



**VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**ESCUELA DE DOCTORADO  
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO  
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

**TESIS DOCTORAL**

**LA COLABORACIÓN DE PERSONAS  
JURÍDICAS EN CASOS DE  
CORRUPCIÓN: EL SISTEMA  
BRASILEÑO DE LA  
LEY 12.846/2013**

**RENATO MACHADO DE SOUZA**

**Salamanca | 2020**





**VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO  
'STUDII SALAMANTINI'

PROGRAMA DE DOCTORADO  
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

## **TESIS DOCTORAL**

# **LA COLABORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: EL SISTEMA BRASILEÑO DE LA LEY 12.846/2013**

**RENATO MACHADO DE SOUZA**

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca, dirigida por el Dr. Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

**Salamanca | 2020**



## **AGRADECIMIENTOS**

Al profesor Nicolás Rodríguez-García, por su amistad, generosidad e inmensurable dedicación en estos años de aprendizaje. A tantos otros profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y a mis amigos de investigación.

A la profesora Luz E. Nagle, por tan magnífica acogida en Stetson University College of Law, por todo el tiempo dedicado a mi desarrollo como investigador y como persona. A la profesora Ellen S. Podgor, por la generosidad e incentivo al aprendizaje. A Velaine Paryzek y al equipo de Stetson University, por todo el auxilio en mi estancia en EE.UU.

A mis compañeros de la Controladoria-Geral da União y del gobierno brasileño, especialmente a Wagner Rosário y a André Luiz de Almeida Mendonça, por incentivar el utilizar las políticas públicas para el desarrollo profesional de los funcionarios, sin lo cual este proyecto no habría sido posible. A los amigos que hice estudiando, en especial a Cristina, Pedro y Mónica.

A mi familia y a mis amigos, que han estado presentes al máximo en estos momentos interminables de estudio e investigación, por toda su comprensión con mi distancia y mi ausencia.



*A Lêda y Liney Lucas, siempre en mi memoria, y  
A Lia y Dailton, por tantos años de incentivos.*





## ÍNDICE

**ABREVIATURAS** [15]

**ILUSTRACIONES** [17]

**RESUMEN** [19]

**PALABRAS CLAVE** [19]

**INTRODUCCIÓN** [21]

**PARTE A. BRASIL 2020: CORRUPCIÓN Y COLABORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS** [29]

**CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE CONTEXTO: EFECTOS EXPANSIVOS DEL “CASO LAVA JATO”** [31]

1. INTRODUCCIÓN [31]
2. EL “CASO LAVA JATO” [35]
  - 2.1. Esquema [37]
  - 2.2. Estadísticas [40]
  - 2.3. Odebrecht y el “Caso Lava Jato” [45]
  - 2.4. El “Caso Odebrecht” [48]
  - 2.5. Los acuerdos de colaboración con Odebrecht [50]
    - 2.5.1. *La colaboración con la Fiscalía Federal de Brasil* [50]
    - 2.5.2. *La colaboración de personas físicas con la Fiscalía Federal de Brasil* [54]
    - 2.5.3. *La colaboración con EE.UU. y Suiza* [58]
    - 2.5.4. *La colaboración con CGU y AGU* [60]
    - 2.5.5. *La colaboración con otros países* [62]
3. LA COLABORACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS [65]
  - 3.1. Naturaleza jurídica de la colaboración [67]
  - 3.2. Concurrencia institucional en supuestos de colaboración [70]
  - 3.3. Los intereses de personas físicas y jurídicas involucradas en situaciones de colaboración [73]
  - 3.4. La no vinculación y los riesgos de la colaboración [75]
  - 3.5. El control de la colaboración [83]
4. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [88]

## **PARTE B. ORÍGENES DE LA COLABORACIÓN [93]**

### **CAPÍTULO II. JUSTICIA NEGOCIADA, COLABORACIÓN Y PERSONAS JURÍDICAS [95]**

1. INTRODUCCIÓN [95]
  - 1.1. Colaboración, justicia negociada y sistema penal [99]
  - 1.2. La colaboración y la asunción de culpa (*guilty plea*) [105]
  - 1.3. ¿Justicia colaborativa o justicia consensuada? [108]
2. RAZONES POR LAS CUALES HAY QUE COLABORAR: SISTEMAS DE COLABORACIÓN [110]
  - 2.1. Ventajas para el interés público [112]
  - 2.2. Ventajas para los presuntos acusados [117]
  - 2.3. Ventajas para las víctimas [119]
3. JUSTICIA NEGOCIADA Y COLABORACIÓN [120]
  - 3.1. Justicia negociada y discrecionalidad: el paradigma de EE.UU. [124]
  - 3.2. Justicia negociada y discrecionalidad: su llegada a Brasil [127]
4. PARADIGMA DEL DERECHO SANCIONADOR [130]
5. EXPANSIÓN INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA PENAL COLABORATIVA [136]
  - 5.1. Naciones Unidas: la colaboración de las personas jurídicas en sus principales convenciones [139]
    - 5.1.1. *Naciones Unidas y la reglamentación de la colaboración* [142]
  - 5.2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: la colaboración en la Convención Anticorrupción [145]
    - 5.2.1. *El Grupo de Trabajo sobre el Cohecho y la colaboración* [147]
  - 5.3. Organización de los Estados Americanos: la colaboración en la Convención Anticorrupción [152]
    - 5.3.1. *MESISIC: ¿aperturas a espacios de colaboración?* [153]
  - 5.4. Consejo de Europa: lineamientos hacia la colaboración [155]
    - 5.4.1. *El Grupo de Estados contra la Corrupción* [157]
  - 5.5. Unión Europea: la colaboración en el actuar de la Fiscalía Europea [159]
  - 5.6. La colaboración de las personas jurídicas: su expansión en diversos países del *common law* [162]
    - 5.6.1. *Reino Unido: cambio en el programa de justicia negociada* [163]
    - 5.6.2. *Australia: implementación de la penal justicia negociada* [168]
    - 5.6.3. *Canadá: nuevo programa de acuerdos* [171]
  - 5.7. Otros sistemas penales y el *deferred prosecution agreement* [176]
6. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [179]

### **CAPÍTULO III. LA COLABORACIÓN EN EE.UU. [181]**

1. INTRODUCCIÓN [181]
2. HISTORIA DE LA COLABORACIÓN Y DE LA CONFESIÓN [183]

- 2.1. Doctrina inicial de la Suprema Corte [185]
- 2.2. Cambio de pronunciamiento de la Suprema Corte [191]
- 2.3. Colaboración de personas jurídicas [194]
3. CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU. [198]
  - 3.1. Asimetrías en la negociación y naturaleza contractual de los acuerdos [201]
  - 3.2. La confesión de inocentes [205]
    - 3.2.1. Estudios psicológicos [210]
    - 3.2.2. Resquemores de la Suprema Corte [214]
  - 3.3. El *peaje* a pagar por no firmar el acuerdo [217]
4. OTRAS CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU. CUANDO INTERVIENEN PERSONAS JURÍDICAS [220]
  - 4.1. El caso de Arthur Andersen [221]
  - 4.2. La persona jurídica como *chivo expiatorio* [226]
  - 4.3. La falta de supervisión de los acuerdos [230]
  - 4.4. Ausencia de control y violación de derechos [233]
  - 4.5. Imposición de condiciones excesivas [237]
  - 4.6. Discrecionalidad y sanción de empresas extranjeras [240]
5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [246]

## **PARTE C. DEFENSA Y LÍMITES DE LA COLABORACIÓN [249]**

### **CAPÍTULO IV. DEFENSA Y COLABORACIÓN [251]**

1. INTRODUCCIÓN [251]
2. EL DERECHO PENAL Y LA DEFENSA CRIMINAL [255]
  - 2.1. Los principios de la justicia penal como límites para evaluar a los sistemas [258]
3. EL PROCESO PENAL Y EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: RELACIONES Y TENSIONES [262]
  - 3.1. El Derecho Administrativo sancionador y el criterio del análisis económico [265]
  - 3.2. La prohibición de la doble incriminación en EE.UU. [268]
  - 3.3. La defensa en el proceso administrativo sancionador [272]
  - 3.4. La sanción y el castigo [278]
4. LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS [280]
  - 4.1. Los derechos de las personas jurídicas y el Derecho Internacional [285]
  - 4.2. Los derechos de las personas jurídicas en las convenciones de Naciones Unidas [288]
  - 4.3. Los derechos de las personas jurídicas en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [290]

- 4.4. Los derechos de las personas jurídicas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos [292]
- 4.5. Los derechos de las personas jurídicas y Derecho supranacional europeo [294]
5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [296]

## **CAPÍTULO V. LOS DERECHOS DE DEFESA EN LA COLABORACIÓN** [299]

1. INTRODUCCIÓN [299]
2. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO [302]
  - 2.1. Debido proceso y verdad [307]
  - 2.2. Debido proceso y personas jurídicas [310]
  - 2.3. Debido proceso y acuerdos de colaboración: hacia una construcción de la verdad [318]
  - 2.4. Debido proceso y acuerdos de colaboración: la exigencia de la voluntariedad [321]
  - 2.5. Debido proceso y acuerdos de colaboración: ámbitos de discrecionalidad [326]
3. PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA [331]
  - 3.1. Presunción de inocencia y personas jurídicas [336]
  - 3.2. Presunción de inocencia y acuerdos de colaboración [339]
  - 3.3. Presunción de inocencia y programas de cumplimiento [344]
  - 3.4. La presunción de inocencia, el sistema de cumplimiento y la obligatoriedad de colaborar [348]
  - 3.5. La presunción de inocencia como límite en la utilización de las informaciones derivadas del acuerdo [353]
4. PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y AMPLIA DEFENSA [361]
  - 4.1. Contradicción y amplia defensa con relación a las personas jurídicas [368]
  - 4.2. Contradicción y amplia defensa con relación a los acuerdos [371]
5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD [378]
  - 5.1. Legalidad y discrecionalidad [382]
  - 5.2. Legalidad y personas jurídicas [385]
  - 5.3. Legalidad y acuerdos de colaboración [387]
  - 5.4. Legalidad y control de los acuerdos de colaboración [388]
6. PRINCIPIO DE IGUALDAD [393]
  - 6.1. Igualdad y personas jurídicas [397]
  - 6.2. Igualdad y acuerdos de colaboración [400]
  - 6.3. Igualdad de armas y acuerdos de colaboración con personas jurídicas [408]
7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD [412]
  - 7.1. Proporcionalidad y personas jurídicas [416]
  - 7.2. Proporcionalidad en la formalización de acuerdos de colaboración [417]

- 7.3. Proporcionalidad en la ejecución de acuerdos de colaboración [424]
8. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* [428]
  - 8.1. *Non bis in idem* y personas jurídicas [434]
  - 8.2. *Non bis in idem* y los acuerdos de colaboración [436]
9. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [443]

## **PARTE D. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA COLABORACIÓN EN BRASIL [447]**

### **CAPÍTULO VI. LECCIONES APRENDIDAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* [449]**

1. INTRODUCCIÓN [449]
2. EL SISTEMA BRASILEÑO DE COLABORACIÓN [452]
  - 2.1. Justicia negociada en casos de corrupción [461]
  - 2.2. Concurrencia institucional [467]
    - 2.2.1. *En el sistema de combate a la corrupción* [467]
    - 2.2.2. *En el ámbito de la Ley de la Empresa Limpia* [475]
    - 2.2.3. *En el ámbito del acuerdo de lenidad* [481]
  - 2.3. La Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad Administrativa*: concurrencias y posibles incompatibilidades [486]
3. JUSTICIA NEGOCIADA EN CASOS DE CORRUPCIÓN: LA COLABORACIÓN [489]
  - 3.1. El acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 [490]
  - 3.2. La delación premiada de la Ley 12.850/2013 [494]
  - 3.3. La utilidad de la colaboración conjunta de personas físicas y jurídicas [496]
  - 3.4. El acuerdo de lenidad del Ministerio Fiscal Federal [502]
  - 3.5. ¿Hacia una colaboración uniforme? [508]
4. LA LEY 12.846/2013: DE LA RESPONSABILIDAD *OPE LEGIS* AL ACUERDO DE LENIDAD [513]
  - 4.1. Responsabilidad de personas jurídicas en la Ley 12.846/2013 [519]
  - 4.2. Ámbito objetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013 [526]
    - 4.2.1. *Los actos asemejados al soborno y los actos de financiación o participación* [527]
    - 4.2.2. *Los actos relacionados con la contratación pública* [529]
    - 4.2.3. *Los actos relacionados con dificultar la actuación del control ejercido por la Administración* [533]
    - 4.2.4. *La Administración y el agente público* [535]
  - 4.3. Ámbito subjetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013 [536]

5. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA COLABORACIÓN EN LA LEY 12.846/2013 [539]
  - 5.1. Requisitos subjetivos [540]
    - 5.1.1. Requisito subjetivo como limitador de la colaboración [541]
  - 5.2. Requisitos materiales [544]
    - 5.2.1. Requisitos materiales, pruebas e informaciones [549]
  - 5.3. Condiciones [552]
    - 5.3.1. Cláusulas sobre los requisitos del acuerdo [552]
    - 5.3.2. Cláusulas sobre el incumplimiento del acuerdo [554]
    - 5.3.3. Cláusulas sobre el programa de cumplimiento [557]
6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COLABORACIÓN PARA EL INTERÉS PÚBLICO [559]
  - 6.1. Ventajas [560]
    - 6.1.1. Generales [560]
    - 6.1.2. Específicas [563]
  - 6.2. Desventajas [568]
7. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS PARA LOS COLABORADORES [577]
  - 7.1. Incentivos [578]
  - 7.2. Desincentivos [586]
8. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA [592]

## **CONCLUSIONES** [595]

## **BIBLIOGRAFÍA** [605]

### **ANEXO I. DOCUMENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA MENCIÓN DE “DOCTORADO INTERNACIONAL”** [619]

- ABSTRACT (English version) [621]
- KEY WORDS (English version) [621]
- INTRODUCTION (English version) [623]
- CONCLUSIONS (English version) [631]
- RESUMO (versão em português) [641]
- PALABRAS CHAVE (versão em português) [641]
- INTRODUÇÃO (versão em português) [643]
- CONCLUSÕES (versão em português) [651]

## ABREVIATURAS

AGU: Advocacia-Geral da União / Abogacía General de la Unión (Brasil)  
ADR: Alternative Dispute Resolution  
Art./Arts.: Artículo/s  
CPB: Código Penal de Brasil  
CGU: Controladoria-Geral da União / Contraloría General de la Unión (Brasil)  
CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica / Consejo Administrativo de Defensa Económica (Brasil)  
CFB: Constituição Federal do Brasil (Brasil)  
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos  
COE: Consejo de Europa  
DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos  
DPA: Deferred Prosecution Agreement (EE.UU.)  
DRCI: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (Brasil)  
DOJ: Department of Justice (EE.UU.)  
DOU: Diário Oficial da União (Brasil)  
FBI: Federal Bureau of Investigations (EE.UU.)  
FCPA: Foreign Corrupt Practices Act (EE.UU.)  
GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa  
IRS: Internal Revenue Service (EE.UU.)  
MESISIC: Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos  
NPA: Non-Prosecution Agreement (EE.UU.)  
UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito  
OEA: Organización de Estados Americanos  
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico  
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
TCU: Tribunal de Contas da União / Tribunal de Cuentas de la Unión (Brasil)  
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
SEC: Securities and Exchange Commission (EE.UU.)  
StAR: Stolen Asset Recovery Initiative  
STJ: Superior Tribunal de Justiça (Brasil)  
STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)  
UE: Unión Europea

WGB/OECD: Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las  
Transacciones Comerciales Internacionales



## ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Acuerdos con Odebrecht.

Ilustración 2: El paradigma tradicional del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Ilustración 3: El “nuevo” paradigma del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.

Ilustración 4: Responsabilidad por soborno y hechos relacionados a corrupción.

Ilustración 5: Autoridades competentes.

Ilustración 6: Procesos posibles.

Ilustración 7: La colaboración en casos de corrupción.

Ilustración 8: La colaboración en casos de corrupción “ajustada”.

Ilustración 9: Relevancia de tener un programa de *compliance* efectivo.

Ilustración 10: Sanciones e incentivos conforme la literalidad de las leyes.

Ilustración 11: Sanciones e incentivos conforme a la interpretación sistémica.



## **RESUMEN**

La corrupción, más que un “tipo” previsto en los Códigos Penales, es un fenómeno complejo: su práctica tiene lugar con la participación de varias personas, físicas y jurídicas, para la comisión de múltiples conductas, generalmente relacionadas con desvíos y abusos de poder. Por ello, tanto en el ámbito internacional como en el nacional de diversos países, hay iniciativas para implementar sistemas y herramientas que posibiliten una lucha más efectiva y rápida contra las personas involucradas en supuestos de corrupción.

El “acuerdo de lenidad”, implementado en Brasil a través de la Ley 12.846/2013 y que prevé la colaboración de las personas jurídicas con la Administración, es una variedad de herramienta de justicia negociada planteada para incrementar la lucha contra la corrupción que requiere de las personas jurídicas involucradas en estos supuestos que presenten informaciones y pruebas a cambio de una reducción de su responsabilidad. En este sentido, se traduce en una “colaboración” que generará, al final, limitación de derechos fundamentales.

Siendo así las cosas, esta tesis doctoral lleva a cabo un análisis de la herramienta, considerando su herencia de Derecho Internacional y la influencia del *common law* de Estados Unidos en mecanismos de justicia penal negociada. Además, presenta un análisis crítico de la colaboración de personas jurídicas, su relación con derechos y garantías que limitan la actuación del Estado en la imposición de restricción a derechos fundamentales, pero tradicionalmente desarrolladas en el seno de procesos penales y no en dinámica de negociación y colaboración. Todo ello para intentar extraer interpretaciones y ajustes necesarios para el sistema de Brasil, en orden a que la justicia negociada se traduzca en un mecanismo que incremente la eficacia y la rapidez con la cual se combate a la corrupción, todo ello sin que esto signifique una grave vulneración del Estado de Derecho y de los límites del poder de la Administración.

## **PALABRAS CLAVE**

Acuerdos de lenidad. Colaboración. Derechos y garantías. Corrupción. Personas jurídicas.



## INTRODUCCIÓN

Proponerse estudiar cualquier tema es un desafío, aún más cuando el resultado de esta labor sea presentar una “tesis”, que presupone también encontrar preguntas y algunas respuestas a partir de la investigación y del aprendizaje. En este caso, para seguir el consejo de los padres de que uno tiene que trabajar en lo que le guste, sería importante encontrar un tema que, además de permitir una investigación teórica, esté relacionado con la práctica desde la experiencia del investigador y las dificultades que haya encontrado en su vida. También que el tema, y en especial las preguntas que hace le permitan desarrollar respuestas y planes para el futuro, que se reconozca como un profesional mejor de lo que era antes.

En nuestro caso, encontrar desde un principio la cuestión inicial fue muy sencillo: el tema a ser investigado tendría que estar relacionado con la corrupción. No obstante, a partir de ahí, todo lo demás empieza a añadir capas de complejidad: ¿qué parte de la corrupción estudiar: sus causas, sus consecuencias...?, ¿cómo luchar contra ella: desde la educación de los niños, desde la participación de la ciudadanía, desde lo que prescriben los organismos internacionales? Todos son temas válidos, importantes y necesarios en cualquier ámbito geográfico al que podamos referirnos en nuestro estudio. En este momento, el rol del maestro que dice al alumno “hace falta que te enamores del tema” aporta una lección: es necesario reconocer lo que uno quiere y delimitar, definir, lo que se estudiará. Además, es necesario tener presente en todo momento que no encontraremos respuestas simples para preguntas complejas.

En 2013, teniendo como justificación tanto la implementación de obligaciones internacionales como protestas ciudadanas en las calles, en Brasil fue aprobada una normativa conocida popularmente como “Ley Anticorrupción”. Poco a poco nos fuimos ocupando de sus instituciones fundamentales, concentrando toda la dedicación, a partir de mediados de 2015, en una herramienta en específico: el denominado “acuerdo de lenidad”. De esta manera surgió la semilla que ha dado lugar a esta investigación sobre la justicia negociada y la colaboración de personas jurídicas en supuestos de corrupción.

Conforme tendremos ocasión de exponer, se trata de un tema actual y, al mismo tiempo, un desafío para los países, tanto por sus tradiciones jurídicas como por los aspectos prácticos que lo envuelven. Con nuestro estudio no pretendemos ni *resolver* la corrupción ni tampoco fijar una visión única que permita esclarecer los desafíos de la justicia negociada y de

la responsabilidad de las personas jurídicas. Pretendemos, sin embargo, encender algunas luces sobre las alternativas para utilizar instrumentos jurídicos de manera segura, eficaz y sistémica, en una búsqueda de la igualdad y la justicia fundamentada en la culpabilidad y en los derechos de defensa de los inculpados.

Con este enfoque, vamos a partir de la lucha contra la corrupción —y contra los delitos— y de la necesaria fijación de responsabilidades a sus culpables. Ahora bien, con un matiz fundamental: esta imposición de responsabilidad puede ser estructurada para que el investigado esté *del mismo lado* del interés público, actitud estimulada a partir de los beneficios que se le aseguren para que, más allá de la condena que él y otros partícipes reciban, se asegure un incremento en el efecto preventivo y represivo de la normatividad aplicable al caso. Ahí se sitúa una modalidad de justicia negociada, al permitir que los delincuentes realicen acuerdos y, a cambio de una reducción en su sanción, acepten su pena, entreguen información y aporten pruebas; por tanto, que demuestren un “arrepentimiento” a través de su colaboración activa y eficaz con los resortes institucionales del Estado de Derecho.

En Brasil, la relevancia de estas cuestiones es palpable, concreta y de la máxima actualidad en el último lustro: el “Caso Lava Jato”, considerando el mayor escándalo de corrupción investigado en el mundo, demuestra el rol que las personas jurídicas tienen en los delitos de corrupción y la importancia que la colaboración de los delincuentes con las investigaciones tienen para luchar contra esos delitos, en especial cuando en los hechos a enjuiciar han tenido participación las élites políticas —y económicas y empresariales—. Con base en una compleja investigación, en la que se involucra la colaboración de personas físicas y personas jurídicas —responsables por delitos—, se generó (y todavía se hace) la imposición de sanciones administrativas y penales, además de la recuperación de activos y el resarcimiento por los daños causados. Muchos de los investigados son políticos de relevancia nacional de Brasil y de otros países y las mayores empresas de la construcción civil brasileñas, entre ellas, multinacionales.

Así está el problema, por un lado: la colaboración de personas físicas y jurídicas es comprobadamente importante para la investigación de la corrupción compleja; por otro: ¿qué implica esta colaboración? Hablamos de hechos de corrupción, conductas consideradas como delito, lo que significa que entra en el ámbito de interés del Derecho Penal: prevenir y reprimir, tener claras las normas y las consecuencias de su incumplimiento en la ley y aplicarlas cuando sea necesario. El mismo Derecho Penal que está en crisis: la demora para decidir el gran número de casos justifica el intento de desarrollar herramientas selectivas, entre ellas las relacionadas con la justicia negociada, todo ello en orden a añadir rapidez y eficacia al sistema criminal, en países del *common law* como del *civil law*, sin ser relevante el continente en el que se sitúen.

No obstante, cuando hablamos de la prevención de delitos hablamos de la *ultima ratio*, de normas que tienen la finalidad de desincentivar conductas indeseables y de castigar a los responsables de ellas: hablamos de un interés público tan relevante que permite una profunda limitación de derechos fundamentales. Mientras tanto, cuando nos referimos a la justicia negociada, hablamos de soluciones *no procesales* en el sentido tradicional del término, en soluciones obtenidas a través de acuerdos entre las partes. El Derecho *moderno* presupondría alguna incompatibilidad entre estas dos cosas: si hay un interés público tan importante —hablamos de corrupción compleja y no de bagatela—, ¿cómo asignar a la autoridad la capacidad para disponer de ello?

Aunque en crisis, si no se desnaturaliza el esquema del Derecho Penal (¿o diríamos, sancionador?), deberíamos obtener un resultado que promueve la represión y la prevención garantizando la igualdad de tratamiento y justicia. La responsabilidad de las personas jurídicas aprovecha parte de ello: imponer una sanción a las empresas involucradas en un delito es una manera de garantizar la responsabilidad por haber obtenido beneficios por hechos ilícitos, en este aspecto, tratándola con igualdad y con base en su culpabilidad. Este sería el primer desafío: obtener un resultado justo a través de la justicia negociada.

Lo que se puede alcanzar a través de un proceso de modelo garantista es imponer la responsabilidad a los culpables, asegurando las garantías y derechos procesales a los inocentes. Pero, la justicia negociada pivota sobre acuerdos, concesiones —¿idealmente sinalagmáticas?— obtenidas a través de una negociación previa, y en ello reside el segundo desafío: ¿qué garantías y qué derechos presidirán esas *conversaciones* entre la acusación y la defensa si no existe un proceso completo, porque precisamente con el resultado de las negociaciones lo que se busca es o abreviarlo al máximo o evitarlo?

Si todo ello fuera poco, nos circunscribimos al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, las cuales, tradicionalmente, no tienen *voluntad propia* (por lo tanto, ¿tienen culpabilidad?), que no pueden sufrir medidas de restricción de derechos como la libertad. De esta manera, hasta el mismo Derecho Internacional, en las veces que obliga a los países a imponer responsabilidad a las empresas, permite la utilización del Derecho Administrativo o Civil, conforme a las tradiciones de los sistemas jurídicos. Además, lo hace y señala que hay que encontrar un balance: garantizando los derechos procesales y el carácter disuasorio de las sanciones.

Esto es lo que ha hecho Brasil: hace años adoptó la responsabilidad administrativa para las personas jurídicas por los pagos de soborno a agentes de la Administración nacional y extranjera, con la Ley Federal 12.846/2013. Y ahí emerge el tercer desafío: ¡hay que disponer de intereses públicos relevantes a través de acuerdos, sin el soporte procesal para el

ejercicio de derechos y garantías en el ámbito de la responsabilidad de naturaleza administrativa de las personas jurídicas!

Hay una infinidad de posibles estrategias para hacer frente al estudio de un tema así, sus problemas y desafíos; sin embargo, para llegar al final, es necesario elegir algún camino. En este sentido, para profundizar en la colaboración de personas jurídicas en Brasil en supuestos de corrupción, es necesario iniciar la investigación con el sistema doméstico, conforme se ha mencionado, no solamente del Derecho Penal, sino también del Derecho Administrativo sancionador y su relación con la responsabilidad de las personas jurídicas en la prevención de delitos. No obstante, el estudio exclusivo del tema bajo el sistema brasileño no parece ser el más adecuado —ni tampoco suficiente— para intentar esclarecer algunos matices de la complejidad de los desafíos que presenta. Aunque no se pretenda ser exhaustivo sobre todo lo que representa una herramienta de justicia negociada, su relación con el proceso y con el desarrollo de los sistemas jurídicos es necesario investigar algunos de sus orígenes, tanto en Brasil como fuera: la herramienta está prevista en legislación brasileña, pero fue planteada para hacer frente a compromisos internacionales de lucha contra la corrupción. Porque la lucha contra la corrupción es un tema global, que produjo normas de Derecho Internacional: convenciones que tienen previsiones obligando a los países a adoptar medidas específicas para luchar contra ella, lo que incluye desarrollar normas jurídicas, tipificar delitos y asignar competencias de combate a la corrupción para organismos especiales de la Administración. Específicamente en el caso de Brasil, se destacan las convenciones de Naciones Unidas —contra la corrupción y la delincuencia organizada—, y las convenciones contra la corrupción de la Organización de los Estados Americanos y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Además, la importancia de dichas normas se extiende a sus mecanismos de implementación, que evalúan las medidas adoptadas por países y sobre ellas hacen recomendaciones. Por ello es importante establecer relaciones entre el sistema de Brasil y lo que prescriben estas convenciones y organismos internacionales, tanto en la relación con la responsabilidad de personas jurídicas como en la relación con los acuerdos de colaboración y la concesión de beneficios a los delincuentes que colaboren con las investigaciones. En este aspecto, es posible beber de las buenas prácticas y recomendaciones relacionadas a los programas de cumplimiento y los incentivos sistémicos para su adopción.

También es necesario considerar que esto es el Derecho Internacional al cual se somete Brasil, pero no es el único relevante en el ámbito supranacional: hay que reconocer que la justicia negociada, por lo menos en parte, viene de fuera del país. Por un lado, los sistemas jurídicos de otros países, en sus aciertos y errores, son una fuente comparativa relevante, lo que conlleva a la importancia de intentar observar: los elementos de los



sistemas europeos —y otros— sirven como referencia, con lo que su estudio permite identificar los retos que enfrentaron y cómo intentaron solucionarlos.

Por otro lado, es innegable reconocer, entre el rol de países, la influencia de Estados Unidos en el desarrollo de las convenciones referencia para Brasil, y del historial de la justicia negociada en su sistema criminal de *common law*. La ley estadounidense de 1977 —*Foreign Corrupt Practices Act*— fue fuente de *inspiración* de las mismas convenciones de lucha contra la corrupción que obligan a Brasil (¿y a cuántos otros países?) a adoptar la tipificación del soborno transnacional —y de la responsabilidad de personas jurídicas por estos delitos—. Además, fue en este país anglosajón que, modernamente, se expandió la noción de la utilidad de la justicia negociada en el sistema criminal, para asignarle rapidez y eficacia.

Además, es importante observar que la justicia negociada no es algo inherente a los sistemas de *common law*, en realidad, su utilización en la forma de *plea agreements*, con reducción de sanción o de imputación, fue aprobada por la primera vez por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1970. Antes de ello, los precedentes —incluso en Inglaterra— eran explícitos sobre la imposibilidad de aceptar la confesión de los investigados cuando estuvieran precedidos de promesas de *ventajas* (reducción de sanción) o de *amenazas* por parte de la acusación pública (incremento de sanción). Además, dicho cambio en el paradigma ocurrió en un momento en el cual había un exceso de casos en el sistema criminal, en parte debido al fenómeno de la *overcriminalization*, y por otra parte debido al reconocimiento —también por la Suprema Corte y como influencia del sistema de Derecho continental— de la necesidad de respetar los derechos y garantías procesales para castigar.

Este “sistema de *pleas*” está relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas. Con base en ello, y en las necesidades de la Administración —y del mercado—, fueron desarrolladas herramientas de justicia negociada con requisitos y consecuencias distintas: en ocasiones, requiriendo colaboración con las investigaciones y otras solamente la confesión y renuncia al proceso; en otras, generando una condena penal y sus consecuencias accesorias y otras solucionando el caso sin condena.

Todas estas experiencias de los otros países —y esas herramientas de justicia negociada— generan casos y estadísticas que permiten realizar estudios y críticas sobre sus efectos para la solución de los conflictos, considerando los ideales de igualdad y justicia que fundamentan el poder del Estado de reprimir con la finalidad de producir la prevención y la represión de delitos. Mayoritariamente en Estados Unidos, a consecuencia de su historia, del desarrollo de su sistema criminal y de su actuación en el *enforcement* transnacional de ley de combate a la corrupción.

En concreto, es una tarea imposible, o por lo menos hercúlea: pretender estudiar y comprender todos los aspectos de todo ello. No obstante, es

necesario identificar sus características principales para establecer las críticas esenciales, las causas y consecuencias propias de cada sistema y las premisas existentes que permiten generar unos resultados deseables y, eventualmente, otros resultados no queridos. Y esto se plantea hacer básicamente bajo dos puntos de vista: siempre intentando identificar lo que está desarrollado como norma y con qué propósito, y también buscando entender si en la práctica estos resultados son observables y si son deseables. En este sentido, nuestro plan de investigación tiene incluida la comprensión de las premisas formales y prácticas de estos otros sistemas en relación con el tema, en un estándar del mínimo suficientes para volver de manera más pertinente y cabal al análisis inicial: el sistema de Brasil.

Con base en todo ello, lo que se busca no es plantar los fundamentos para un estudio comparado, sino permitir un análisis del acuerdo de colaboración de las personas jurídicas de la ley brasileña para los supuestos de corrupción que incluya el origen de estos conceptos: corrupción y soborno, colaboración y responsabilidad de personas jurídicas. Solamente considerando este origen —digamos exógeno— es posible mirar hacia la Ley 12.846/2013 y su acuerdo de lenidad, analizar sus fundamentos y mirar las otras herramientas de colaboración del sistema brasileño, en un claro intento de presentar la parte relacionada con las personas jurídicas en el rompecabezas que es la responsabilidad —penal y no-penal— por hechos relacionados con la corrupción en Brasil.

Así procedemos debido a que el desarrollo del sistema brasileño ha tenido lugar en un contexto del trasplante de herramientas jurídicas extranjeras, fundamentalmente de procedencia estadounidenses. Y no hay como descifrar ese proceso de implementación sin comprender un mínimo de su origen, finalidad, premisas y fallos, para finalmente esforzarse y contrastar al máximo, y quizás extraer, de esta comparativa, alguna respuesta útil.

Las herramientas que permiten la colaboración de los delincuentes a cambio de beneficios son una realidad y lo que se pretende, en este aspecto, es andar por camino intermedio: ni negarlas ni asumir su perfección, sí criticarlas con la finalidad de identificar la posibilidad de que sean utilizadas sin la vulneración —¿en demasía?— de las premisas del Derecho Penal —o sancionador— y garantizando que conserven alguna utilidad práctica para el sistema de prevención de delitos. Siendo así, con estos lineamientos el resultado de nuestra investigación ha sido planificado en cuatro partes.

En primer lugar, se pretende presentar la relevancia de la colaboración de las personas jurídicas en Brasil en supuestos de corrupción, lo que es ejemplificado a través de los Casos de “Lava Jato” y Odebrecht. Más allá de ello, este asunto sirve para demostrar lo intrincado que es el sistema brasileño, con una sobrexposición de leyes y de *responsabilidades* de naturaleza idéntica pero diferente, aplicables a personas físicas y a personas jurídicas. También es posible percibir, en este relevante caso, la importancia

de la colaboración de los delincuentes en la lucha contra la corrupción de las élites políticas: tal vez la corrupción con la mayor afectación y relevancia debido a su gran potencial para generar consecuencias dañosas a la sociedad y al interés público, y no solamente en Brasil, incluyendo reflejos internacionales.

A partir del desafío concreto, en la segunda parte se lleva a cabo el desarrollo de lo que serían las bases para la colaboración de las personas jurídicas. Para ello es esencial, en un primer momento, encontrar en el Derecho Internacional y en el Derecho de otros países las bases de la Ley 12.846/2013 brasileña: su inspiración y su finalidad. Esto lo hacemos a partir de un análisis de las convenciones relacionadas con el tema, otros documentos de los organismos internacionales y considerando el reflejo de estas normas también en el sistema de otros países, como materialización de que Brasil no está solo en este reto.

Este planteamiento provoca que hay que desarrollar una parte relevante de la investigación en Estados Unidos, erigiéndose en una fuente principal para el Derecho Internacional en esta materia, lo que permite buscar instituciones y actores para presentar un historial de desarrollo de la colaboración de las personas jurídicas en casos de comisión de delitos, y así comprender sus fundamentos y su finalidad de asignar dicha *rapidez y eficacia* en la solución de muchos casos. A esto se añade la identificación de los problemas del uso —¿excesivo?— de la justicia negociada en el sistema criminal estadounidense, tanto en su aplicación general como en su aplicación específica para las personas jurídicas, así como las tensiones y distorsiones que causa, finalmente, en la propia noción del Derecho Penal en su doble faz preventiva y represiva.

Este paradigma externo es analizado, en la tercera parte, a partir de la concepción del sistema de lucha contra la comisión de delitos, considerando la necesidad de imponer responsabilidades a los culpables garantizando los derechos de los inocentes, en un estándar de búsqueda de verdad procesal. Este análisis es comparado con el Derecho Administrativo sancionador, en especial considerando su utilización tradicional y *especial* en Brasil: para imponer consecuencias jurídicas por conductas tipificadas como delitos, como por ejemplo sobornos y tráfico de influencias.

Con ello son identificados principios como garantías de defensa relevantes para el proceso penal —y, en consecuencia, ¿administrativo? de Brasil—, su aplicabilidad a las personas jurídicas como garantías también de la consecución de los valores subyacentes a la propia concepción de potestad punitiva estatal, de *ultima ratio*, que fundamenta la imposición de sanción como verdaderas restricciones a los derechos fundamentales. Así es posible plantear, con algún esfuerzo interpretativo y de comparación entre los países, cómo las garantías ¿procesales? deberían tener un rol en la negociación de los acuerdos de colaboración. Y no porque estos son realizados en el ámbito de un proceso —en la concepción judicial y formal—

, sino porque significan, al final, el ejercicio de poderes de limitación de derechos fundamentados en la búsqueda de la justicia y de la igualdad.

Por último, en la cuarta parte, el sistema de colaboración de las personas jurídicas de la Ley 12.846/2013 es analizado considerando las premisas fácticas y formales desarrolladas, en contraste introspectivo como parte del propio sistema de lucha contra la corrupción brasileña, de otras leyes aplicables, de los retos y las dificultades. También se presenta un análisis hacia el exterior, considerando lo que se desprende del propio origen y finalidad de las herramientas adoptadas, sus ventajas y desventajas, que permiten terminar con la certeza de que la justicia negociada ni es la única respuesta ni es un *remedio mágico* que se propaga para la crisis del sistema de justicia, aunque sea una alternativa posible.

**PARTE A: BRASIL 2020: CORRUPCIÓN Y COLABORACIÓN DE  
PERSONAS JURÍDICAS**



## CAPÍTULO I. ANÁLISIS DE CONTEXTO: EFECTOS EXPANSIVOS DEL “CASO LAVA JATO”

### 1. INTRODUCCIÓN

La corrupción en el sector público es considerada la responsable de distintos problemas de las sociedades y países: socava el desarrollo económico y social, además de actuar en contra de los principios democráticos<sup>1</sup>. Como consecuencia, la corrupción también genera diversos efectos nocivos, como la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones y en la clase política<sup>2</sup>. De hecho, diversos organismos internacionales consideran la corrupción como la causa principal de distintos problemas en el mundo, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) y las Naciones Unidas<sup>3</sup>. De esa manera, además de ser tema de investigación y de estudios, la corrupción también es objeto del Derecho Internacional y doméstico de diversos países. La lucha contra la corrupción está relacionada con herramientas de prevención y represión de delitos como pagos de soborno, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y blanqueo de capitales<sup>4</sup>.

En ese contexto, diversos países, en su rol de combatir la corrupción, implementan estrategias distintas que conllevan no sólo la creación de leyes, sino también el incremento de la participación de la sociedad en las decisiones públicas, entre otras. Así, se puede estimar que existan una amplia gama de medidas desarrolladas con la finalidad de combatir la corrupción, y otros institutos adaptados o utilizados con esa misma finalidad. Ese esfuerzo puede involucrar la creación de leyes, procesos judiciales específicos, o jurisdicciones especiales, entre otros. Dichos cambios suelen estar relacionados con la implementación de más controles en los gastos públicos y también con la creación de nuevos delitos o implementación de cambios legislativos que posibiliten la ampliación de la responsabilidad de las personas involucradas. En resumen, las

---

<sup>1</sup> ROSE-ACKERMAN & PALIFKA (2016: 7) y MCCORMACK (2015: 474).

<sup>2</sup> ARTÉS CASELLES & JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017: 49-51).

<sup>3</sup> Como se puede observar de los preámbulos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, Convención Anticorrupción de OCDE), en línea: [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en línea: [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf).

<sup>4</sup> La Ley, por ejemplo, arts. 5, 6, 15, y 20 de la Convención Anticorrupción de la OCDE.

posibilidades de estrategias y combinación de estrategias para combatir la corrupción parecen multiplicarse conforme pasa el tiempo.

Dentro de estas opciones disponibles, la combinación específica de, al menos, dos de ellas despertó interés en los últimos años en Brasil: la responsabilidad de personas jurídicas por los hechos de corrupción y las herramientas de justicia negociada. La responsabilidad de las personas jurídicas, por un lado, por una cuestión de igualdad<sup>5</sup>. La práctica de determinados delitos —en especial la delincuencia económica— genera beneficios que muchas veces pueden ser cuantificados monetariamente. En este sentido, esta delincuencia se distancia de otros delitos que generan como beneficio al delincuente meros sentimientos de satisfacción personal. En el caso de la delincuencia económica, la participación de las personas jurídicas suele estar basada en el interés de obtener ganancias, de lucrarse con la delincuencia. Esto no quiere decir que no hace falta implementar la responsabilidad de personas jurídicas por otros delitos, pero sí demuestra la existencia de una necesidad de implementar una estrategia o una herramienta para prevenir y reprimir la participación no sólo de personas físicas, pero también de las personas jurídicas en ese tipo de delincuencia. De hecho, en sistemas como el de Brasil, hasta el año de 2013 había una laguna en el sistema jurídico en lo que se refiere a imponer responsabilidad por hechos de corrupción<sup>6</sup>. La Ley de la Empresa Limpia<sup>7</sup> —una ley federal con aplicabilidad en todo el territorio de Brasil— cambia ese modelo, permitiendo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción está inserta en un contexto complejo en Brasil. En primer lugar, la Ley prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por conductas por las cuales las personas físicas generalmente pueden ser responsabilizadas penal, civil y algunas veces, administrativamente. Brasil, finalmente, elimina esa laguna en el sistema jurídico en 2013, añadiendo la responsabilidad de las personas jurídicas —uno de los actores que pueden ser responsables por la comisión de esos delitos—. Esa elección de la vía administrativa está relacionada con la histórica responsabilidad de tipo administrativo de las personas jurídicas y con las tradiciones del sistema brasileño<sup>8</sup>. Al mismo tiempo, la ley fue aprobada en una época de protestas en todo el país en la cual la ciudadanía demandaba, entre otros, una mayor

---

<sup>5</sup> SCHÜNEMANN (2004:22) y GÓMEZ TOMILLO (2015: 49%). Sobre corrupción y su relación con el Derecho Penal, ver, en general, CERINA (2020).

<sup>6</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 43-45).

<sup>7</sup> Lei No. 12.846, de 1.º de agosto de 2013, *Diário Oficial da União* (DOU) de 2.8.2013 (Brasil.) (en adelante Ley 12.846/2013).

<sup>8</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 43-47), hablando sobre la exposición de los fundamentos del proyecto de la Ley de la Empresa Limpia y las consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa. La Constitución de Brasil prevé la posibilidad de responsabilidad penal de personas jurídicas para delitos contra el medio ambiente y delitos contra el orden económico, conforme abordado en el capítulo específico sobre el sistema jurídico de Brasil.



lucha contra la corrupción<sup>9</sup>. Quizás esas protestas fueron responsables de una tramitación y aprobación más rápida que el promedio de los trámites de leyes en Brasil —con aprobación por el Senado en 15 días<sup>10</sup>—. Por último, la ley también fue utilizada para cumplir obligaciones internacionales de implementar sistemas de responsabilidad para personas jurídicas por cohecho en relaciones comerciales transnacionales. En ese aspecto, Brasil adoptó el mismo estándar de responsabilidad de empresas por soborno nacional y transnacional y lo hizo en la misma ley con la misma definición de hechos irregulares<sup>11</sup> y sanciones.

La Ley de la Empresa Limpia también prevé la aplicación de dicha responsabilidad a las personas jurídicas a través de una herramienta de justicia negociada denominada acuerdo de lenidad<sup>12</sup>. Aunque existan otras leyes sobre acuerdos de lenidad con personas jurídicas en Brasil<sup>13</sup>, a través de la Ley de la Empresa Limpia se permite por primera vez la solución consensuada de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por hechos de corrupción<sup>14</sup>. Una especie de justicia negociada que exige al

---

<sup>9</sup> Vid. *Em dia de maior mobilização, protestos levam mais de 1 milhão de pessoas às ruas no Brasil*, Cotidiano UOL (20 de junio de 2013). Em línea: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/em-dia-de-maior-mobilizacao-protestos-levam-centenas-de-milhares-as-ruas-no-brasil.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Vid. también Luiz Fernando Toledo, *Passeata dos Cem Mil, Caras Pintadas e Movimento Passe Livre debatem 'Jornadas de Junho'*, Estadão (13 de diciembre de 2013). Em línea: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,passeata-dos-cem-mil-caras-pintadas-e-movimento-passe-livre-debatem-jornadas-de-junho,1107798> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Ana Carolina Moreno, *Resultados das Manifestações de junho*, G1 Brasil (28 de junio de 2013), em línea: <http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>10</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 27-28). Es interesante observar que el proyecto de ley estuvo en trámites iniciales en el Congreso por más de 3 años y recibió aprobación rápida tras las protestas del año de 2013.

<sup>11</sup> La ley de Brasil denomina las conductas “atos lesivos” y no irregularidades, aunque adopte un estándar de responsabilidad administrativa. No obstante, la descripción de las irregularidades repite conductas consideradas delitos, como pago de soborno a funcionarios brasileños y de otros países. Con ello la adopción de una terminología precisa es compleja: las conductas son delitos, pero la ley brasileña las trata también como hechos que lesionan la administración (la Ley de la Empresa Limpia) y también como ilícito (Ley de *Improbidad* Administrativa, que incluso nombra las sanciones administrativas imponibles como *penas*). El sistema de responsabilidad de personas jurídicas de Brasil está presentado con más detalles en el Capítulo VI.

<sup>12</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013. Las leyes brasileñas son estructuradas en artículos, *incisos* y *líneas*, y los *incisos* pueden, en algunos casos, ser agrupados bajo párrafos. A los artículos se les asigna números arábigos, a los *incisos*, números romanos, a las *líneas*, letras y los párrafos son indicados por el carácter § y números romanos. Estos elementos son citados separados por comas, conforme lo utilizado en las referencias oficiales. Estas reglas están previstas en el art. 10 Art. 10 de la Lei Complementar N.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, *Diário Oficial da União* (DOU) de 27.2.1998 (Brasil).

<sup>13</sup> ATHAYDE (2019) y CANETTI (2018: 169 y ss.).

<sup>14</sup> Las leyes que permiten la transacción y los acuerdos que anteceden la Ley de la Empresa Limpia en Brasil están relacionadas a responsabilidad por otras conductas que no corrupción o otras instancias de responsabilidad, como la responsabilidad civil. Sobre otras leyes, *vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 59-60) y RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA.

colaborador —persona jurídica—auxiliar efectivamente a las investigaciones, exigiendo que se entreguen pruebas e información sobre los hechos irregulares y sobre otras personas —físicas y jurídicas— involucradas en ellos<sup>15</sup>.

Lo curioso es que esa pequeña parte del sistema jurídico de lucha contra la corrupción fue implementada legislativamente en 2013 y regulada a nivel federal en 2015, exactamente cuándo se empieza conocer mundialmente la *Operação Lava Jato*. El “Caso Lava Jato” es referido muchas las veces como el mayor caso de corrupción jamás descubierto e investigado<sup>16</sup>. Involucra a diversas empresas constructoras brasileñas —algunas multinacionales de origen brasileño—, políticos de distintos niveles, empresarios y otras personas jurídicas, principalmente en Brasil, pero también en otros países del mundo. Este caso sirvió —y todavía sirve— de prueba del sistema jurídico de Brasil: desde la colaboración internacional con investigaciones transnacionales, hasta la efectividad y eficacia del Poder Judicial brasileño y la independencia de las instancias. Además, pone a prueba en el elemento más novedoso del sistema: la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción y la posibilidad de su colaboración con las autoridades.

Para profundizar en el sistema de colaboración de las personas jurídicas en los casos de corrupción, este capítulo está planteado en tres partes. En la sección 2 se analiza el “Caso Lava Jato” de Brasil, con una breve historia de su origen, su desarrollo y sus resultados en cuanto a condenas, recuperación de activos e investigaciones. A partir de una identificación del tipo de participación de políticos, empresarios y personas jurídicas en los actos de corrupción, se pueden observar las proporciones del caso y su relevancia para el actual escenario político brasileño y de otros países. En la sección 3 se extraen diversas consideraciones relacionadas con el sistema de colaboración y responsabilidad de personas jurídicas y, más concretamente, con las características jurídicas y pragmáticas del acuerdo de lenidad, los derechos y garantías procesales relacionados, además de eventuales reflexiones sobre el sistema penal y su eficacia. A partir de ello, se extraen algunas conclusiones en la sección 4 sobre los límites de la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción y potenciales oportunidades para ajustes y perfeccionamientos. Estos resultados son la base necesaria para evaluar el sistema de colaboración de la Ley de la Empresa Limpia en Brasil no sólo en los casos de soborno nacional sino también para los casos transnacionales, en los cuales la práctica demuestra investigaciones

---

<sup>15</sup> Art. 16, I-II de la Ley 12.846/2013.

<sup>16</sup> Vid. Jonathan Watts, *Operation Car Wash: Is This the Biggest Corruption Scandal in History?*, Guardian (1 de junio de 2017), en línea: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

internacionales y distintos estándares de responsabilidad y de garantías procesales.

## 2. EL “CASO LAVA JATO”

*Operação Lava Jato* —o “Caso Lava Jato”— es el nombre en portugués de lo que es considerada la mayor investigación sobre corrupción de Brasil<sup>17</sup>. Tuvo inicio en marzo de 2014 con la unificación de cuatro investigaciones relacionadas con la compra y venta de moneda extranjera practicada por *doleros*, que eran sospechosos de la práctica de crímenes contra el sistema financiero con la utilización de fondos públicos desviados<sup>18</sup>. Las investigaciones fueron unificadas en la ciudad de Curitiba, en el estado<sup>19</sup> de Paraná, en la jurisdicción de la justicia federal. El nombre *lava jato* es una referencia a una red de empresas de gasolineras y servicios de limpieza de coches existente en Brasilia, la capital federal de Brasil, utilizada como uno de los frentes de las operaciones de los *doleros*<sup>20</sup>. Aunque el apodo dado al caso no hiciera referencia a ello, las investigaciones desvelaron un amplio esquema de corrupción que involucraba a la empresa Petrobras SA —que tiene como mayor accionista el gobierno brasileño—, empresas de construcción civil, además de otros órganos públicos y diversos individuos. Las investigaciones y procesos judiciales se desarrollan en Paraná, en los estados de Rio de Janeiro, São Paulo y Distrito Federal<sup>21</sup>. Hay estimación de investigaciones relacionadas con la comisión de delitos por algunos de los individuos y personas jurídicas en al menos otros 12 países<sup>22</sup>.

Las autoridades brasileñas empezaron a investigar, desde 2009, *doleros* que hacían operaciones de cambio irregulares ligados a Alberto Youssef<sup>23</sup>. Youssef, también *dolero* y empresario, había estado involucrado en el caso Banestado, de 2002, en el cual había confesado haber transferido ilegalmente millones de dólares de Brasil al exterior. Las autoridades

---

<sup>17</sup> *Operação Lava Jato*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>18</sup> *Dolero* es el nombre común que se da a personas que trabajan con operación de cambio de moneda extranjera, en especial dólares estadounidenses, en operaciones no oficiales o del cambio paralelo. Sobre el inicio de la operación, *vid. Operação Lava Jato: o que é a operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>19</sup> Brasil es una federación compuesta por estados divididos en municipios y por el distrito federal. El término “estado” aquí es utilizado como uno de los estados de Brasil.

<sup>20</sup> *Operação Lava Jato: o que é a operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>21</sup> *Operação Lava Jato*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>22</sup> *Operação Lava Jato: entenda o caso*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>23</sup> *Operação Lava Jato: o avanço das investigações*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo3> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

descubrieron el movimiento financiero de miles de millones de reales en Brasil y en otros países a través de la utilización de empresas pantalla, cuentas bancarias en paraísos fiscales y contratos de importación falsos<sup>24</sup>. Las investigaciones demostraron la relación de los negocios de Youssef con Paulo Roberto Costa, exdirector comercial de Petrobras<sup>25</sup>. Los dos fueron encarcelados en marzo de 2014, y tras unos meses, decidieron colaborar con las investigaciones a cambio de una reducción de sus sentencias<sup>26</sup>. Costa fue considerado sospechoso por haber recibido de regalo un coche de lujo de Youssef<sup>27</sup>. Durante su colaboración, Costa informó a las autoridades que cobraba un soborno de empresas debido a contrataciones con Petrobras, que otros directores hacían lo mismo y que parte del dinero era transferido a políticos<sup>28</sup>.

Dicha colaboración ayudó en las investigaciones de modo que, en noviembre del mismo año, a funcionarios y directores de las mayores empresas de construcción de Brasil se les impuso prisión preventiva y fueron objeto de medidas de obtención de pruebas. Algunas de esas empresas son Camargo Correa, UTC, Mendes Junior, OAS y Engevix<sup>29</sup>. Las investigaciones se expandieron aún más y resultaron, en junio de 2015, en la encarcelación del presidente Odebrecht —tal vez la empresa más conocida relacionada al caso, Marcelo Odebrecht. Las investigaciones también resultaron en pena de prisión para el presidente de otra gigante de la construcción civil, Andrade Gutierrez<sup>30</sup>. En pocos meses la operación empezó a expandirse también con la inclusión de políticos entre los investigados. En 2015 fue incluido el expresidente de Brasil y Senador Fernando Collor<sup>31</sup>. Otras figuras muy importantes en el escenario brasileño empezaron a ser objeto de investigación y de medidas de prisión preventiva, por ejemplo, el exministro jefe de la Casa Civil<sup>32</sup> del gobierno de Lula, José Dirceu. Un amigo del expresidente Lula también fue encarcelado, José Carlos Bumlai, junto al exsenador Delcídio do Amaral. A mediados de 2016, Lula fue por primera vez encarcelado en un proceso relacionado con la operación por tentativa de obstrucción a la justicia. El exdiputado federal y

---

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Operação Lava Jato: as fases da operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo4> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>28</sup> *Operação Lava Jato: o avanço das investigações*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo3> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> El Ministro Jefe de la Casa Civil de Brasil es la autoridad política de mayor proximidad con el Presidente, responsable generalmente por la coordinación política con otros organismos y poderes, nombrado por el Presidente de la República.

expresidente de la Cámara de los Diputados, Eduardo Cunha y el exgobernador de Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, son otras figuras políticas que fueron encarceladas e investigadas en la operación<sup>33</sup>. Además de contrataciones con Petrobras, la operación “Lava Jato” se extendió a otras empresas y otros ámbitos de contratación pública, como la construcción de centrales nucleares, edificios y obras de infraestructura relacionadas con la Copa del Mundo, o el proyecto de ferrovía brasileña Norte-Sul, entre otras obras<sup>34</sup>.

### 2.1. Esquema

Conforme a la información revelada por las autoridades brasileñas, el esquema básico de corrupción con los contratos de Petrobras estaba relacionado con acuerdos entre las propias constructoras y acuerdos con ejecutivos y directores de Petrobras. Directores y ejecutivos de Petrobras cobraban de las empresas participantes de licitaciones y de contratos públicos pagos de soborno en proporción a la cuantía de cada contrato<sup>35</sup>. Los sobornos eran cobrados para que se facilitaran los negocios de las empresas con Petrobras. Con ello, los responsables de Petrobras firmaban contratos fraudulentos y con sobreprecio<sup>36</sup>. Las empresas también tenían acceso a información privilegiada sobre las contrataciones. Además, los agentes de Petrobras se aseguraban de que las empresas involucradas en el esquema fueran contactadas para los procedimientos de licitación y resultaran ganadoras de los contratos que les fueran asignados<sup>37</sup>. Las propias empresas acordaban entre ellas maneras de asignar distintos contratos, de modo que actuaban como un cartel que fue conocido como el *clube das empreiteiras* —o club de las contratistas<sup>38</sup>—. Los presidentes y directivos de las empresas hacían una distribución de contratos y obras en el club. El club tenía incluso un reglamento de cómo sería hecho el reparto, lo que permitía a las empresas acordar precios inflados y condiciones contractuales que les fueran más favorables<sup>39</sup>. De este modo, se saltaba la concurrencia —característica normal de una contratación y especialmente

---

<sup>33</sup> *Operação Lava Jato: o avanço das investigações*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo3> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> *Operação Lava Jato: como funcionava o esquema*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo2> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Delatores contam em detalhes como funcionava o “clube das empreiteiras”*, O Globo (22 de abril de 2017) <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/04/delatores-contam-em-detalhes-como-funcionava-o-clube-das-empreiteiras.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>39</sup> *Operação Lava Jato: entenda o caso*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

relevante para una contratación pública— entre las empresas con capacidad para desarrollar el objeto del contrato. Cómo las empresas contratantes controlaban los ganadores y los precios que serían cobrados, Petrobras no conseguía contratar los servicios y productos por el precio normal del mercado<sup>40</sup>.

Los funcionarios y directivos de Petrobras eran cooptados por las empresas como una manera de garantizar la funcionalidad del club y saltarse la concurrencia de las licitaciones<sup>41</sup>. Los responsables en Petrobras *miraban para otro lado* con relación al cartel de las empresas y utilizaban estrategias para garantizar los resultados deseados: restringían las notificaciones de participación en las licitaciones, negociaban directamente con las empresas que debían ganar los contratos, añadían términos contractuales en disconformidad con los límites regulares<sup>42</sup>. Además, los funcionarios aprobaban las contrataciones con sobrepagos y auxiliaban en todos los trámites necesarios para agilizar las etapas de contratación, incluso con supresión de formalidades<sup>43</sup>. Las empresas generalmente pagaban los valores de soborno a través de terceros: los operadores financieros, que eran *doleros*, lobistas y otras personas. Esos terceros eran responsables de actuar como intermediarios para el pago del soborno y también de blanquear los activos y hacer los pagos a los destinatarios finales.

Se utilizaron diversas estrategias para blanquear el dinero. Las empresas, por ejemplo, hacían pagos a los operadores a través de contratos falsos, o en el exterior o incluso en efectivo. Los operadores hacían los pagos para los funcionarios también en efectivo, a través de la utilización de transferencias bancarias en el exterior, o a través del pago de bienes y servicios<sup>44</sup>. Parte de los recursos recibidos por los operadores era destinado a importantes figuras del escenario político de Brasil<sup>45</sup>. Esa estrategia lograba que los políticos apoyaran la permanencia de los directivos en Petrobras —y en otras posiciones en el gobierno brasileño—. Los cargos de interés en Petrobras y en otras empresas estatales y órganos de la administración eran usualmente ocupados según la indicación de partidos y políticos, como un verdadero reparto de los cargos entre los partidos de los representantes de la población en los Poderes Ejecutivo y Legislativo<sup>46</sup>. Además, esa estrategia también garantizaba el acceso de los contratistas a esos mismos partidos y políticos, de manera directa o indirecta,

---

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> *Operação Lava Jato: como funcionava o esquema*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo2> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>46</sup> *Id.*

garantizando una participación efectiva en las definiciones de políticas relacionadas con los gastos de los presupuestos públicos.

Lo que empezó como una investigación de la Policía y de la Fiscalía sobre la conducta de operadores financieros actuando de manera ilegal se desarrolla durante más de 6 años en Brasil, en un esquema que demuestra un escenario generalizado de corrupción relacionado con las mayores empresas de construcción civil brasileñas. El dinero que los operadores movían no era suyo, y sí fondos destinados a funcionarios, a políticos y sus partidos —incluyendo, según procesos judiciales ya concluidos e investigaciones aún abiertas— ministros del Estado, expresidentes —en plural—, diputados, senadores y personas vinculadas a ellos. Por primera vez en Brasil tantos personajes de poder e influencia son objeto de investigaciones, imputación penal y procesos. Por lo pronto, el análisis del esquema sirve para demostrar cuestiones de suma importancia en la lucha contra la corrupción. En primer lugar, el esquema demuestra que el reparto de los cargos de dirección y influencia dentro del gobierno —incluso los cargos de empresas comandadas por el gobierno, como la Petrobras— puede ser moneda de cambio para tratar de influencia y corrupción. Conforme a las investigaciones, los directivos de Petrobras realizaban acuerdos de pagos de soborno y disponían que gran parte de esos valores fueran transferidos a políticos y partidos. Esto generaba interés en los políticos de tener a los directivos como sus aliados. Los directivos eran piezas clave para hacer que el esquema funcionara, por ello los políticos tenían —¿y siguen teniendo?— control de quienes ocupaban los puestos de liderazgo en la empresa. Las investigaciones demuestran también que el cambio en las figuras políticas no significaba necesariamente el cambio de los directivos clave, puesto que esos tenían simplemente que ajustar su “lealtad” a los nuevos ocupantes de los cargos políticos.

En segundo lugar, el esquema demuestra la importancia del blanqueo de capitales. Hay distintas estimaciones de la cuantía que manejaban los involucrados en las investigaciones, desde 31 mil millones de reales<sup>47</sup> hasta 8 mil billones de reales<sup>48</sup>, respectivamente 4.7 mil millones de euros hasta 1.22 mil billones de euros<sup>49</sup>. Sea cual sea la cuantía correcta, la realidad es que no es poco dinero, de hecho, la mayor estimación sobrepasa el propio

---

<sup>47</sup> *Operação Lava Jato: o que é a operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>48</sup> Bárbara Lobato, *Valor movimentado na Lava Jato soma 8 trilhões*, Época (9 de enero de 2017), <https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2017/01/valor-movimentado-na-lava-jato-soma-r-8-trilhoes.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>49</sup> Considerando el cambio Real y Euro de la data de 20 de agosto de 2020, en el valor de 1BRL = 0.15EUR.

producto interno bruto de Brasil para el año 2015<sup>50</sup>. Se puede afirmar con seguridad que, si no fuera por las técnicas de blanqueo y movimiento de valores utilizadas, habría sido mucho más difícil disfrazar los pagos y las operaciones de negociación de valores. La experiencia de los *doleros* y otros operados involucrados, con la utilización de empresas pantallas, pagos en moneda, en el exterior y a través de bienes y servicios, fue esencial para mantener el esquema por un largo período de tiempo. Además, la propia operación empezó con las investigaciones relacionadas a las operaciones realizadas por los *doleros* —conforme a la información oficial de la Fiscalía Federal de Brasil<sup>51</sup>—. Eso es una prueba de que eventuales investigaciones fragmentadas sobre los políticos involucrados probablemente no obtendrían la información y pruebas necesarias para lograr los resultados ya obtenidos con la operación “Lava Jato”.

Las técnicas y estrategias utilizadas por los *doleros* fueron una forma de proteger a los directores y políticos involucrados, añadiendo capas de operaciones para disfrazar el origen y destino de los valores. La utilización de dichas técnicas incrementa las dificultades de la investigación, por distintos aspectos. Por un lado, diversas de las operaciones ocurrieron fuera del sistema financiero formal —a través del pago en moneda— lo que reduce la posibilidad de encontrar pruebas documentales de los pagos<sup>52</sup>. Por otro lado, diversas operaciones fueron hechas utilizando cuentas bancarias y empresas en paraísos fiscales y en otros países. Lo cual también dificulta las investigaciones dado que exige cooperación internacional, conocimiento de los distintos estándares de privacidad y confidencialidad y requiere lidiar con sistemas bancarios y jurídicos que a veces no proveen o tampoco mantienen datos de individuos y personas jurídicas con los estándares necesarios para controlar la delincuencia. Esa dificultad añadida por la estructura del esquema de corrupción demuestra la necesidad de utilización de medios de obtención de pruebas —e información— especiales, dentro de los cuales se destacó la colaboración de las personas involucradas a cambio de reducción de penas y sanciones.

## 2.2. Estadísticas

Desde 2014 las investigaciones de “Lava Jato” generaron muchos resultados. Los procesos e investigaciones ocurren en distintas jurisdicciones en Curitiba, Rio de Janeiro, São Paulo y Brasilia, tanto bajo la competencia de jueces de primera instancia como de tribunales de

---

<sup>50</sup> Bárbara Lobato, *Valor movimentado na Lava Jato soma 8 trilhões*, Época (9 de enero de 2017), <https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2017/01/valor-movimentado-na-lava-jato-soma-r-8-trilhoes.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>51</sup> *Operação Lava Jato: entenda o caso*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>52</sup> Se estima que reduce la posibilidad, pero no la extingue por completo, dado que los propios *doleros* y empresas, en el caso, mantenían documentos sobre pagos en especie.



apelación, del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) y del *Supremo Tribunal Federal* (STF) — los tribunales máximos de Brasil<sup>53</sup>—. Las investigaciones representaron una actuación conjunta de la Policía y de la Fiscalía Federal de Brasil, además de distintos órganos brasileños, dentro de los cuales se menciona la hacienda federal, el órgano responsable de la defensa de la competencia en el mercado (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – CADE), la Contraloría-General de la Unión (CGU), la autoridad de cooperación internacional de Brasil (*Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional* – DRICI) y la propia Petrobras<sup>54</sup>. La operación es coordinada por la Fiscalía Federal de Brasil, por su sección situada en la ciudad de Curitiba. Sin embargo, se derivaron muchas otras consecuencias de la operación, de las cuales se puede mencionar la actuación de la hacienda federal, por la vía administrativa tributaria y la Contraloría-General de la Unión, en su ejercicio de sanción disciplinaria de los funcionarios federales y de actuaciones para garantizar la responsabilidad administrativa de personas jurídicas.

Conforme a los datos puestos a disposición por la Fiscalía Federal ya fueron presentadas 186 acciones penales con 182 investigados en primera instancia, además de dos acciones penales con 48 investigados en el tribunal de apelación y 47 acciones penales con 133 investigados en la competencia de los tribunales STF y STJ<sup>55</sup>. A finales de 2017, el Poder Judicial ya había aprobado más de 290 acuerdos de colaboración con personas físicas<sup>56</sup>. La Fiscalía Federal había firmado 18 acuerdos de lenidad con personas jurídicas colaboradoras, lo que generaría la recuperación de más de 24 mil millones de reales para la Administración<sup>57</sup>. En 2019, ante la justicia de Curitiba —ámbito del mayor brazo de la operación— fueron denunciados como investigados<sup>58</sup> en sede de acción judicial más de 400 personas, con más de 12 mil millones de reales previstos en multas resultantes de

---

<sup>53</sup> *Operação Lava Jato: resultados*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> Alessandra Modzeleski, *Lava Jato tem 293 acordos de delação premiada homologados, diz PGR*, G1 Política (4 de diciembre de 2017), <https://g1.globo.com/politica/noticia/lava-jato-teve-293-acordos-de-delacao-homologados-diz-pgr.ghtml> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>57</sup> La Ley de la Empresa Limpia prevé la competencia de la CGU para firmar acuerdos de lenidad con empresas colaboradoras en casos de corrupción. Sin embargo, en el ámbito de la operación Lava Jato, dila Leysas empresas firmaron acuerdos con la Fiscalía Federal. Sobre el tema, *vid.* ATHAYDE (2019: 315 y ss.). *Vid.* también el capítulo específico sobre el sistema de colaboración de personas jurídicas en Brasil.

<sup>58</sup> Se estima que esos datos informados por la Fiscalía Federal sean relacionados al cuantitativo de personas sobre las cuales la Fiscalía ejerció la acción penal, incluyendo los casos en los cuales aún no fue decidido por el juez competente por mantener las imputaciones presentadas. La presentación de la denuncia por parte de un fiscal de Brasil es la manifestación para empezar el trámite del proceso penal.

acuerdos con personas jurídicas y más de 2 mil millones de reales en multas relacionadas con la colaboración de personas físicas, además de otros valores<sup>59</sup>. En Rio de Janeiro y São Paulo fueron denunciados como investigados 339 y 76 personas físicas, respectivamente. Las investigaciones generaron millares de procedimientos para investigar los distintos hechos, además de haber generado centenas de medidas relacionadas con la obtención de pruebas, como búsquedas de documentos autorizadas judicialmente y centenas de encarcelamientos, tanto en prisión preventiva como en sentencia firme<sup>60</sup>.

Esos datos demuestran que el esquema de corrupción operaba en distintos estados de Brasil<sup>61</sup>. La existencia de procesos en los tribunales superiores está relacionada con los recursos especiales y también con casos de políticos y autoridades públicas que están aforados para poder ser procesados en causas penales —garantía procesal prevista en el sistema brasileño para determinados cargos públicos<sup>62</sup>—. También se puede observar la necesidad de una actuación de distintos agentes de la Policía y de la Fiscalía en conjunto con autoridades de la hacienda pública, de organismos que registran operaciones financieras atípicas, y autoridades de supervisión de los delitos contra la competencia, entre otras. Esta colaboración permite que cada autoridad responsable ejerza su competencia en una doble vía. Por un lado, ejercen las competencias relacionadas con la responsabilidad administrativa y demás medidas necesarias para la seguridad de los gastos públicos y de los sistemas financiero y económico del país. Por otro lado, dada la sofisticación del esquema, la actuación colaborativa intergubernamental permite que la experiencia de distintos funcionarios esté disponible para la obtención de pruebas y el análisis de la información y los documentos disponibles. En este caso, se estima un incremento en la calidad de la actuación de las autoridades dado el análisis multidisciplinario y el intercambio de experiencias. Las estadísticas del caso demuestran el desarrollo de la colaboración de autoridades brasileñas entre distintas localidades y también la importancia de la colaboración de distintas agencias en las investigaciones y en la lucha contra la corrupción.

La colaboración internacional también es un importante eje de la operación. Desde 2014 las autoridades brasileñas cooperan formalmente con autoridades de otros países en las investigaciones. Hasta septiembre de 2019 la secretaría de la Fiscalía Federal responsable de la coordinación de

---

<sup>59</sup> *Operação Lava Jato: resultados*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>60</sup> *Operação Lava Jato: o que é a operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>61</sup> Brasil es una federación compuesta de estados. En ese sentido se utiliza el término.

<sup>62</sup> CAPEZ (2012: 101-102).

la cooperación con los fiscales brasileños había recibido 497 peticiones de cooperación de 39 países, además de haber realizado 384 peticiones de cooperación a más de 61 países<sup>63</sup>. Diversas autoridades de otros países solicitaron que se hicieran en Brasil audiencias con testigos, involucrados, víctimas y peritos que habían actuado en las investigaciones, entre otras medidas. Las autoridades de Brasil solicitaron ayuda de los otros países para notificar investigados, obtener documentos protegidos por secreto fiscal y bancario y poder congelar cautelarmente los activos, entre otras medidas<sup>64</sup>. Los dos países que hicieron más solicitudes de colaboración con Brasil fueron Perú y Suiza, responsables de más del 60 por ciento de las peticiones. Brasil realizó más del 40 por ciento de sus peticiones a Suiza y Estados Unidos, además de haber solicitado también a otros países cuestiones relacionadas a congelar cautelarmente activos y bienes, como Mónaco, Singapur, Luxemburgo, y las Islas Jersey. Con ello, más de 2,1 mil millones de reales fueron bloqueados<sup>65</sup>. La mayor parte de las peticiones de colaboración internacional está relacionada con los delitos de blanqueo de activos, corrupción y participación en organización criminal.

En el caso de Suiza y Estados Unidos, por ejemplo, las peticiones de colaboración realizadas por Brasil están relacionadas con la competencia jurisdiccional de esos países de investigar la comisión de delitos en los que se haya utilizado su sistema financiero, bancario y empresarial. En ese sentido, es importante para Brasil la actuación de las autoridades de los dos países con la finalidad de identificar bienes y activos, además de operaciones de pagos y negociaciones de soborno cuyos beneficiarios fueron autoridades y políticos brasileños. Se puede suponer que esa colaboración también es importante para que los dos países impongan responsabilidad a personas físicas y jurídicas —sean o no sus nacionales— conforme a su sistema jurídico, en especial en hechos relacionados con la corrupción transnacional y el blanqueo de capitales. La colaboración con Suiza y Estados Unidos pone de manifiesto la actuación internacional con el interés de imponer responsabilidad por hechos que originalmente atentan contra la Administración Pública de Brasil, pero que, dado su desarrollo transnacional, también generan responsabilidad en otros países<sup>66</sup>.

Otros ejemplos de colaboración internacional con las investigaciones del “Caso Lava Jato” están más relacionados con el interés de otros países

---

<sup>63</sup> *Operação Lava Jato: efeitos no exterior*, MPF, en línea <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/efeitos-no-externo> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>64</sup> *Id.*

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> Como ejemplo de la colaboración con Estados Unidos, *vid. Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, Department of Justice (21 de diciembre de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

de imponer responsabilidad por hechos cometidos por empresas brasileñas en contra de sus intereses nacionales. Como ejemplo, en el caso de Perú, la colaboración internacional está relacionada con las investigaciones sobre la empresa del sector de la construcción, Odebrecht, y sus presuntos pagos de soborno a políticos peruanos<sup>67</sup>. Las investigaciones en Perú apuntan a pagos de soborno por parte de la multinacional brasileña para obtener contratos con la Administración, además de financiación irregular de campañas políticas<sup>68</sup>. Entre de los investigados están cuatro expresidentes de Perú, que ocuparon la presidencia sucesivamente desde 2001 hasta 2018, y también la líder de la oposición<sup>69</sup>. La empresa habría hecho inversiones ilegales en las campañas de los candidatos, además de haber realizado pagos a través de operaciones fraudulentas, por ejemplo, trabajos de consultoría a empresas relacionadas con los expresidentes, cuando tales trabajos nunca llegaron a realizarse<sup>70</sup>. Otros delitos que también forman parte de las investigaciones están relacionados con el blanqueo de capitales y a el tráfico de influencias<sup>71</sup>.

Así se puede observar que los resultados obtenidos por el equipo de fiscales actuando en la operación “Lava Jato”, tanto en Brasil como en el exterior, son dependientes de una amplia cadena de actores. Además de la actuación de las autoridades judiciales y de la Policía, diversos órganos públicos ayudaron y vieron el ejercicio de sus competencias incrementado y reforzado por las investigaciones de “Lava Jato”. Sin embargo, es importante que se observe que la propia operación está basada en la colaboración de centenares de personas físicas y jurídicas involucradas en los hechos ilícitos. A los colaboradores con las investigaciones generalmente se les requiere entregar información y pruebas relevantes para el caso, de manera que ayuden a las autoridades a ampliar el ámbito objetivo y subjetivo de las investigaciones. La colaboración con autoridades de distintos países también genera la posibilidad de imponer la responsabilidad por hechos relacionados con la corrupción ocurrida en Brasil y por hechos practicados por brasileños en el exterior. Por ende, la colaboración internacional es fuente de intercambio de documentos y pruebas que sirven para fundamentar condenas tanto en Brasil como en el exterior. En Brasil, por ejemplo, porque la colaboración genera pruebas sobre pagos de soborno realizados en el exterior. En otros países, como en el caso de Perú, porque la colaboración de empresas en Brasil produce

---

<sup>67</sup> *Corrupção no Peru: entenda denúncias envolvendo a Odebrecht e 4 ex-presidentes peruanos*, G1 Mundo (17 de abril de 2019), <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/17/corruptao-no-peru-entenda-denuncias-envolvendo-odebrecht-e-4-ex-presidentes-peruanos.ghtml> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> *Id.*

pruebas relevantes para las investigaciones en aquel país. Como resultado, un verdadero entramado de colaboración entre autoridades brasileñas y extranjeras, además de colaboración con personas físicas y jurídicas involucrados —y eventualmente víctimas— tuvo un rol principal en permitir la ampliación de las investigaciones y las consecuentes medidas de imposición de responsabilidad y de resarcimiento hasta ahora implementadas. La colaboración de Odebrecht tiene un especial rol en ese entramado y evidencia la importancia de la justicia negociada.

### **2.3. Odebrecht y el “Caso Lava Jato”**

Al comienzo de la operación “Lava Jato”, los principales investigados eran operadores financieros que, tras la obtención de pruebas y la imposición de prisión preventiva, empezaron a colaborar con las investigaciones en el año 2014. A partir de esa colaboración y el desarrollo de las investigaciones, otras personas fueron encarceladas cautelarmente y otros elementos de prueba fueron obtenidos por la Policía y por la Fiscalía. Con el paso del tiempo, otros individuos —y empresas— empezaron a colaborar con las investigaciones. En junio de 2015, en la 14.<sup>a</sup> fase de la operación<sup>72</sup>, fue encarcelado cautelarmente Marcelo Odebrecht, ingeniero civil y en esa época presidente del Grupo Odebrecht<sup>73</sup>. También fue detenido en la misma ocasión el presidente de Andrade Gutierrez, otro gigante de la construcción civil<sup>74</sup>. En septiembre de 2015, Marcelo Odebrecht compareció ante la comisión de investigación de parlamentarios brasileños, en el Congreso Nacional, que tenía la finalidad de investigar los desvíos de recursos de Petrobras<sup>75</sup>. En esa ocasión, Marcelo Odebrecht se declaró inocente, y mencionó que no negociaría con la Fiscalía un acuerdo de colaboración a cambio de la reducción de su pena. Dado su declaración de inocencia, dijo a los parlamentarios que “[p]ara dedurar primeiramente precisa ter o que dedurar”, como una expresión que dejaba explícito que no

---

<sup>72</sup> La operación es organizada y desarrollada en fases, generalmente basadas en distintas personas, distintos objetos e otros elementos. Para la integralidad de las fases *vid. Operação Lava Jato: as fases da operação*, Folha de São Paulo, en línea: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo4> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>73</sup> *Marcelo Odebrecht deixa a cadeia para cumprir prisão domiciliar*, G1 Jornal Nacional (19 de diciembre de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/marcelo-odebrecht-deixa-cadeia-para-cumprir-prisao-domiciliar.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>74</sup> Ricardo Brandt, Julia Affonso y Fausto Macedo, *PF aponta estratégia de Odebrecht para confrontar Lava Jato*, Exame (21 de julio de 2015), <https://exame.abril.com.br/brasil/pf-aponta-estrategia-de-odebrecht-para-confrontar-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>75</sup> Las comisiones de investigación del congreso brasileño tienen competencia para investigar, producir pruebas y proponer a las autoridades competentes la continuidad de las investigaciones.

había participado en los supuestos hechos ni tenía conocimiento de ellos, de manera que no tenía medios para colaborar con las investigaciones<sup>76</sup>.

En 2016, una funcionaria de Odebrecht, Maria Lucia Tavares, también fue encarcelada y reveló a las autoridades, colaborando a cambio de una reducción de la pena, que el grupo empresarial mantenía un directorio en la empresa específicamente para realizar pagos de soborno<sup>77</sup>. Hasta ese momento, a pesar de declararse inocente, Marcelo Odebrecht era acusado de intentar implementar estrategias utilizándose de la prensa y de funcionarios para poner bajo sospecha las investigaciones de “Lava Jato”<sup>78</sup>. Sin embargo, a partir del descubrimiento del sector responsable por el pago de soborno, Marcelo Odebrecht y otros 77 directores y exdirectores de la empresa decidieron colaborar con las investigaciones y realizar un acuerdo de colaboración<sup>79</sup>. La información revelada estaba relacionada con la financiación ilegal de campañas políticas y del pago de sobornos a centenares de políticos a lo largo de los años<sup>80</sup>. Marcelo Odebrecht afirmó entonces que no conocía a ningún político electo en Brasil que una utilizase una “caja B”, como referencia a la cuenta irregular de financiación de campañas. Mencionó que era posible que un político no supiera de donde vinieron los recursos, pero que era imposible que los recursos de la campaña no incluyeran fondos irregulares<sup>81</sup>. El expresidente de Odebrecht también mencionó que los expresidentes de Brasil Lula<sup>82</sup> y Dilma Rousseff<sup>83</sup> tenían conocimiento de la cuenta irregular de gastos de campaña y que, aunque no

---

<sup>76</sup> *Marcelo Odebrecht deixa a cadeia para cumprir prisão domiciliar*, G1 Jornal Nacional (19 de diciembre de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/marcelo-odebrecht-deixa-cadeia-para-cumprir-prisao-domiciliar.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

En traducción libre “para ser un soplón uno tiene que tener algo que denunciar”.

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> Ricardo Brandt, Julia Affonso y Fausto Macedo, *PF aponta estratégia de Odebrecht para confrontar Lava Jato*, Exame (21 de julio de 2015), <https://exame.abril.com.br/brasil/pf-aponta-estrategia-de-odebrecht-para-confrontar-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>79</sup> *Marcelo Odebrecht deixa a cadeia para cumprir prisão domiciliar*, G1 Jornal Nacional (19 de diciembre de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/marcelo-odebrecht-deixa-cadeia-para-cumprir-prisao-domiciliar.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> Gioconda Brasil, *Marcelo Odebrecht diz que não conhece político eleito sem caixa 2*, G1 Jornal Hoje (13 de abril de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/marcelo-odebrecht-diz-que-nao-conhece-politico-eleito-sem-caixa-2.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>82</sup> Como referencia a Luiz Inácio Lula da Silva, expresidente de Brasil entre los años 2003 hasta 2011.

<sup>83</sup> Dilma Rousseff es expresidente de Brasil, ocupando el cargo entre los años de 2011 hasta 2016.

tuvieran conocimiento de los valores precisos, tenían conocimiento del dinero<sup>84</sup>.

El sistema de pago de soborno de Odebrecht era sofisticado y realizado a través del sector denominado *Departamento de Operações Estruturadas*, creado en el año de 2006 y disuelto en 2015, un mes tras la prisión de los ejecutivos de Odebrecht<sup>85</sup>. Con la utilización de una red de ordenadores y diversos aplicativos de contenido encriptado, la empresa mantenía registro de los pagos en una red segura con servidor localizado físicamente en Suiza<sup>86</sup>. Los empleados y directivos tenían hasta servicio de *help desk* para solucionar las dificultades en la utilización del sistema. De acuerdo con las informaciones obtenidas de los delatores, el sistema fue desarrollado debido al gran volumen de las operaciones realizadas. La empresa ofertaba hacer donaciones en las cuentas de las campañas utilizando esa contabilidad no oficial. Conforme a los delatores, la empresa no mantenía un registro de cómo eran utilizados los recursos de las donaciones: aunque los políticos pidieran las donaciones para financiar las campañas, no era posible ni a los delatores ni a la empresa probar que los recursos fueron utilizados con esa finalidad<sup>87</sup>. El sector de la empresa proveía los pagos, los registros en la contabilidad paralela de la empresa y también las estrategias para disimular el origen y finalidad de los fondos<sup>88</sup>. La comunicación entre los responsables de los contratos y los responsables de los pagos era realizada con la utilización de sistemas de hoja de cálculo y mensajería interna. Los pagos eran realizados básicamente de dos maneras. Para los ejecutivos de Petrobras, a través de la utilización de cuentas secretas en el exterior. Para los pagos en Brasil, a través de pagos en efectivo realizadas por operadores y doleros, todos registrados como prestadores de servicios al sector<sup>89</sup>. El Grupo Odebrecht tenía un canal para hacer los pagos de los valores: los directores del contrato hacían pedidos por vía jerárquica hasta el director-presidente. En caso de aprobación, los directores del contrato enviaban el pedido para los empleados del sector que hacían los pagos de soborno, con

---

<sup>84</sup> Gioconda Brasil, *Marcelo Odebrecht diz que não conhece político eleito sem caixa 2*, G1 Jornal Hoje (13 de abril de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/marcelo-odebrecht-diz-que-nao-conhece-politico-eleito-sem-caixa-2.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>85</sup> Beatriz Bulla, Fabio Serapião & Ricardo Brant, *A maior delação da Lava Jato*, Estadão Política <https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delacao-da-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>86</sup> Gioconda Brasil, *Marcelo Odebrecht diz que não conhece político eleito sem caixa 2*, G1 Jornal Hoje (13 de abril de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/marcelo-odebrecht-diz-que-nao-conhece-politico-eleito-sem-caixa-2.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> Beatriz Bulla, Fabio Serapião & Ricardo Brant, *A maior delação da Lava Jato*, Estadão Política <https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delacao-da-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>89</sup> *Id.*

identificación del origen del pedido de pago, el origen del recurso, las autorizaciones recibidas para el pago y los beneficiarios<sup>90</sup>.

#### 2.4. El “Caso Odebrecht”

La colaboración de Odebrecht y sus ejecutivos con las autoridades demostró tantos hechos irregulares que, muchas de las veces, la participación de la empresa en el “Caso Lava Jato” es mencionado de manera independiente, como el caso Odebrecht<sup>91</sup>. Los acuerdos de colaboración con la empresa y las personas físicas fueron firmados en finales de 2016 y demostraron pagos de soborno y corrupción relacionados a políticos, partidos, empresarios y funcionarios de 12 países: Brasil, Angola, Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela<sup>92</sup>. Conforme a la información proporcionadas durante la colaboración, en el caso de Brasil, a cambio de ventajas contractuales, el Grupo Odebrecht y Braskem<sup>93</sup> hicieron pagos de casi 600 millones de dólares<sup>94</sup> como soborno a políticos, partidos y funcionarios. Los pagos fueron realizados entre 2003 y 2016 y generaron casi 2 mil millones de dólares a Odebrecht como ganancias contractuales<sup>95</sup>.

En Angola, entre los años 2006 y 2013, Odebrecht fue responsable del pago de 50 millones de dólares en sobornos para obtener participación en obras públicas, lo que habrá generado beneficios de más de 260 millones de dólares. En Argentina, la información demuestra que Odebrecht hizo pagos entre 2007 y 2014 por un valor total de 35 millones de dólares, resultando en 278 millones de dólares en beneficios contractuales. En Colombia, entre los años 2009 y 2014, los pagos de soborno de aproximadamente 11 millones de dólares generaron provechos de 50 millones de dólares en contratos firmados con el gobierno. En República Dominicana, entre los años 2001 y 2014, los pagos de soborno de 92 millones de dólares generaron beneficios de 163 millones de dólares en contratos de obras. En Ecuador, los pagos fueron realizados entre 2007 y 2016, por valor de más de 33

---

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> Ver, por ejemplo, *Caso Odebrecht*, El País, [https://brasil.elpais.com/tag/caso\\_odebrecht](https://brasil.elpais.com/tag/caso_odebrecht) y Luis Péres de Ancha, *¿Por qué es importante esclarecer el caso Odebrecht en México?*, The New York Times (20 de marzo de 2019), <https://www.nytimes.com/es/2019/03/20/espanol/opinion/odebrecht-mexico.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>92</sup> Nathalia Tavolieri, Entenda “o maior caso de suborno da história”, DW (22 de diciembre de 2016) <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-historia/a-36883165> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>93</sup> Incluye los valores referentes a Braskem, empresa petroquímica formada por empresas del Grupo Odebrecht, con participación expresiva de Petrobras, además de otras personas jurídicas. *Vid.* <https://www.braskem.com.br/perfil> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>94</sup> En valores de 2006. *Vid.* Nathalia Tavolieri, Entenda “o maior caso de suborno da história”, DW (22 de diciembre de 2016) <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-historia/a-36883165> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>95</sup> *Id.*



millones de dólares y generaron más de 116 millones de dólares en ventajas contractuales. En Guatemala, los pagos entre 2013 y 2015 alcanzaron aproximadamente 18 millones de dólares y generaron más de 34 millones de dólares en provechos obtenidos en contrataciones públicas. En México, entre los años 2010 y 2014, Odebrecht hizo pagos por valor de 10,5 millones de dólares a cambio de ventajas contractuales de aproximadamente 39 millones de dólares. En Mozambique, los pagos fueron realizados entre los años 2011 y 2014, por valor de 900 mil dólares en cambio de obtener ventajas contractuales y trato de favor. En Panamá, pagos de soborno de 59 millones de dólares fueron hechos para obtener y mantener contratos con el gobierno, garantizando beneficios de más de 175 millones de dólares. En Perú, Odebrecht hizo pagos de soborno entre 2005 y 2014 de aproximadamente 29 millones de dólares, para obtener contratos en licitaciones públicas. Los pagos generaron ganancias de 143 millones de dólares. Por último, en Venezuela, los pagos de soborno realizados entre 2006 y 2015 alcanzan en total 98 millones de dólares —el mayor pago de soborno de Odebrecht afuera de Brasil— a cambio de participación en contrataciones públicas<sup>96</sup>.

Estos valores son un resumen de la información y pruebas presentadas por el Grupo Odebrecht en su colaboración con las autoridades de la Fiscalía Federal de Brasil, y con las autoridades de Estados Unidos y de Suiza. El valor total de pagos a ser realizados por el Grupo Odebrecht y Braskem es de por lo menos 3.5 mil millones de dólares estadounidenses, para solucionar su responsabilidad en las jurisdicciones de los tres países. Así como en Brasil, en esos países los pagos fueron realizados a políticos, partidos y funcionarios, para obtener ventajas en contrataciones públicas en dichos países. Además, fueron hechos utilizando los sistemas de control de pagos de Odebrecht, a través de operaciones realizadas con *doleros* y empresas pantallas en distintos países, con la finalidad de blanquear los pagos. La jurisdicción penal de Estados Unidos y de Suiza —fundamento para que los acuerdos fueran firmados con las autoridades de dichos países— fue establecida dado que las estrategias de blanqueo incluían operaciones monetarias y utilización de recursos bancarios y financieros de dichos países. La información presentada en la colaboración de 2016 no identificaba pagos a funcionarios o políticos de Suiza y Estados Unidos<sup>97</sup>. El

---

<sup>96</sup> Datos de Nathalia Tavolieri, Entenda “o maior caso de suborno da história”, DW (22 de diciembre de 2016) <https://www.dw.com/pt-br/entenda-o-maior-caso-de-suborno-da-historia/a-36883165> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020) y *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, Department of Justice (21 de diciembre de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

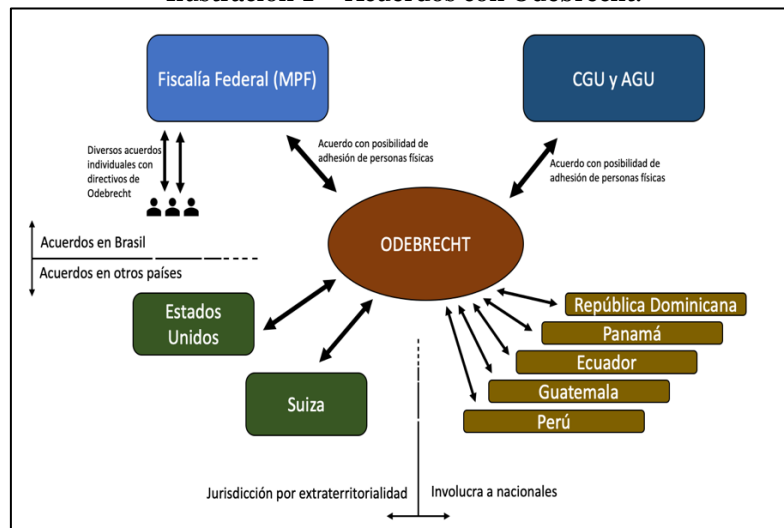
<sup>97</sup> *Id.* Los valores de las sanciones en las tres jurisdicciones serán de por lo menos 2,6 mil millones hasta el límite de 4,5 mil millones de dólares, con combinación de por lo menos 3,5 mil millones de dólares para resolución en las tres jurisdicciones.

acuerdo fue considerado por la Fiscalía Federal estadounidense como el mayor acuerdo de soborno transnacional firmado hasta la fecha.

## 2.5. Los acuerdos de colaboración con Odebrecht<sup>98</sup>

Odebrecht fue solo una de las personas jurídicas que colaboraron con las investigaciones del “Caso Lava Jato”, conforme se ha mencionado. Odebrecht firmó acuerdos con la Fiscalía Federal y con otras autoridades de Brasil. También firmó acuerdos con las autoridades de Estados Unidos, Suiza y otros países en los cuales hubo información respecto al pago de sobornos.

Ilustración 1 – Acuerdos con Odebrecht.



Fuente: elaboración propia.

### 2.5.1. La colaboración con la Fiscalía Federal de Brasil

La colaboración de Odebrecht está regulada en base a cláusulas de diversos instrumentos de colaboración firmados con distintas autoridades. El acuerdo con la Fiscalía Federal fue firmado en diciembre de 2016<sup>99</sup>. En el referido instrumento la empresa se obliga a colaborar con las investigaciones y proveer la información y pruebas relevantes. El acuerdo tiene su base jurídica en disposiciones de la Constitución Federal, leyes y convenciones internacionales, aunque ninguno de esas disposiciones prevea expresamente la realización de acuerdos de lenidad entre personas

<sup>98</sup> Las informaciones de este apartado fueron obtenidas en pesquisas de documentos y referencias disponibles para el público en general, y marcadas en las notas de pie de página correspondientes.

<sup>99</sup> El documento original está en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.

jurídicas y la Fiscalía brasileña<sup>100</sup>. El acuerdo contiene una cláusula sobre la adhesión de personas físicas como forma de complementar la colaboración de empresa<sup>101</sup>. Esta estrategia parece basarse en la actuación del DOJ en Estados Unidos en relación con la colaboración de personas jurídicas en causas penales<sup>102</sup>. En términos prácticos, la persona jurídica como ente ficticio no actúa sin la participación de sus empleados y directivos —o incluso, terceros contratados—.

Para comprender mejor el caso, hace falta identificar que la colaboración de personas jurídicas respecto a la participación de otras personas puede ocurrir en dos extremos. En un primer extremo están las colaboraciones que permiten la actuación solamente de la persona jurídica y solamente a ella garantizan ventajas. Aunque el colaborador sea la persona jurídica, en la práctica, quienes hablarán y negociarán el acuerdo serán personas físicas, sus agentes. Sin embargo, la *persona* colaboradora no son los agentes, sino la persona jurídica, y la asunción de responsabilidad y las ventajas por la colaboración no se extienden a los agentes, sino a la persona jurídica colaboradora. En algunos casos la colaboración será hecha de esa manera debido a límites en el propio sistema jurídico. En otros casos, la colaboración puede ser exclusivamente de la persona jurídica dada las circunstancias del caso. Por ejemplo, en el caso de una gran empresa en la cual los sistemas de control interno funcionaron correctamente e identificaron a los responsables de los pagos de soborno, con la adecuada obtención de pruebas y la promoción de las medidas de reparación del daño. En esos casos, los agentes de la empresa responsables de la dirección y no involucrados en los hechos pueden prestar toda la información disponible a la Administración a cambio de ventajas para la propia persona jurídica.

En otro extremo está la colaboración de personas jurídicas que puede ser complementada con la participación de personas físicas que estén de alguna forma involucradas en los hechos<sup>103</sup> —aunque con menor grado de culpabilidad—. En esos casos, la colaboración contará también con la participación de empleados y directivos que fueron responsables en la práctica de parte de los hechos —además de la participación de los agentes no involucrados en los hechos y que representen la persona jurídica. En

---

<sup>100</sup> Los dispositivos de ley están mencionados en el ítem I del acuerdo disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). *Vid.* también ATHAYDE (2019: 331 y ss.), evaluando los fundamentos de la interpretación de la Fiscalía Federal sobre la posibilidad de firmar acuerdos de lenidad con empresas brasileñas.

<sup>101</sup> Ítem II, cláusula 5.<sup>a</sup> del acuerdo. Disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.

<sup>102</sup> ATHAYDE (2019: 338-340).

<sup>103</sup> Es importante considerar que también en los casos en que el sistema de *compliance* funcione adecuadamente, las investigaciones pueden considerar la colaboración de las personas físicas involucradas en los hechos. Los ejemplos planteados son hipotéticos y sirven para basar la necesidad de la participación de múltiples colaboradores en conjunto con la persona jurídica.

dicha situación todos los colaboradores —la persona física y sus agentes— buscan ventajas de la colaboración como reducción o exención de responsabilidad. El acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía Federal de Brasil pertenece a este tipo de colaboración: permite la participación de personas físicas —agentes de Odebrecht— como adherentes. Conforme a los términos del acuerdo, aunque la colaboración de las distintas personas sea independiente, a los adherentes —prepuestos o agentes— les serán aplicadas las ventajas por la colaboración. Dentro de las ventajas están el no ejercicio de la acción judicial de naturaleza penal o civil por parte de la Fiscalía Federal en lo que fuera relacionado con los hechos sobre los cuales hubo la colaboración, la actuación de la Fiscalía Federal para mantener el acuerdo válido en casos de recursos ante la Corte<sup>104</sup> y las acciones necesarias para homologar la validez del acuerdo ante otras autoridades competentes<sup>105</sup>. Dichos beneficios serían garantizados por los agentes de la Fiscalía Federal en caso del cumplimiento adecuado de las condiciones de colaboración.

Una cuestión interesante es que, en el acuerdo, los fiscales federales de la operación “Lava Jato” se comprometieron a ayudar a la empresa y los adherentes ante las otras autoridades brasileñas<sup>106</sup>. La ayuda se resume especialmente en dos puntos. El primero, en actuar directamente junto a las autoridades —como la *Controladoria-Geral da União*, la *Advocacia-Geral da União*, los abogados de la Administración y otros— para que estas acepten los términos del acuerdo con la Fiscalía y las condiciones relacionadas con el pago de las multas y sanciones en las negociaciones de su competencia<sup>107</sup>. El segundo punto del acuerdo es que la Fiscalía se comprometió a emitir documentos para comprobar ante dichas autoridades —o incluso ante las autoridades de otros países— la colaboración prestada por la persona jurídica, en especial en lo que se refiera a la comprobación de los hechos y la identificación de los demás involucrados —mantenido el secreto de las informaciones del acuerdo<sup>108</sup>—.

El lenguaje adoptado en la mencionada cláusula es muy similar a la provisión sobre los resultados por la colaboración en un acuerdo de lenidad según la Ley de la Empresa Limpia. La cláusula menciona que la

---

<sup>104</sup> Esta cláusula tiene la finalidad de demostrar que la Fiscalía Federal actuaría judicialmente al lado de la colaboradora en caso de que otro organismo de la administración decidiera utilizarse de expediente judicial contra ello.

<sup>105</sup> Previsto en la cláusula 5<sup>a</sup>, §3.º y en la cláusula 8.<sup>a</sup>, I, c-h del acuerdo, disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>106</sup> Pedro Canário, *Leniência da Odebrecht também transforma MPF em gestor bilionário*, Consultor Jurídico (2 de abril de 2019) <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/leniencia-odebrecht-tambem-transforma-mpf-gestor-bilionario> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>107</sup> Previsto en la cláusula 8.<sup>a</sup>, I, a del acuerdo.

<sup>108</sup> Previsto em la cláusula 8.<sup>a</sup>, I, b del acuerdo.

certificación emitida atestará (i) la extensión de la colaboración, (ii) con inclusión del grado de relevancia de los hechos presentados, (iii) la utilidad de la identificación de los demás involucrados en los hechos ilícitos, (iv) para obtener rápidamente informaciones, documentos y elementos de comprobación. La cláusula también menciona que la certificación incluirá (v) otros elementos relevantes para la celebración de acuerdo de lenidad con otras autoridades con el fin de obtener los beneficios relacionados con otros acuerdos<sup>109</sup>. A su vez, la Ley de la Empresa Limpia prevé la posibilidad de firmar un acuerdo de lenidad entre personas jurídicas y la autoridad administrativa —en el caso del gobierno federal, la CGU— si la colaboración resulta en la identificación de los demás involucrados en los hechos (referencia ítem iii *supra*) con la producción rápida de información y pruebas (referencia ítem iv *supra*)<sup>110</sup>. Además, la Ley de la Empresa Limpia prevé que dicha colaboración debe ser efectiva para las investigaciones<sup>111</sup>, de manera plena y permanente<sup>112</sup>, y que el acuerdo debe incluir las condiciones necesarias para garantizar la efectividad y utilidad de la información para los procesos relacionados<sup>113</sup> (referencia a los ítems i y ii *supra*). De este lenguaje del acuerdo se puede inferir que la Fiscalía —y los colaboradores— tenían conocimiento de que el acuerdo analizado no extinguía todas las instancias de responsabilidad y de posibilidad de colaboración de la persona jurídica. Además, se puede inferir también que la Fiscalía Federal tenía conocimiento expreso del ámbito distinto del acuerdo de lenidad previsto en la Ley de la Empresa Limpia, de competencia en el ámbito federal de la CGU y de la AGU<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> La cláusula 8.<sup>a</sup>, I, b, en su original:

*b) a emitir certidão atestando, parente órgãos ou autoridades mencionadas na alínea anterior ou autoridades estrangeiras, a extensão da cooperação da COLABORADORA, incluindo o grau de relevância dos fatos revelados, a utilidade para a identificação dos demais envolvidos em atos ilícitos e para a obtenção célere de informações, documentos e elementos comprobatórios, bem como outros elementos que forem pertinentes para a celebração de acordos no âmbito desses órgãos ou entidades com vistas à concessão do benefício correspondente. Sem prejuízo de refletir o integral valor da colaboração, a certidão preservará o sigilo decorrente do presente Acordo de Leniência sobre os fatos revelados, sempre que cabível;*

<sup>110</sup> Ítems I y II del art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>111</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>112</sup> Art. 16, §1.º, III de la Ley 12.846/2013.

<sup>113</sup> Art. 16, §4.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>114</sup> Con la CGU conforme las disposiciones de la propia Ley 12.846/2013, con la AGU debido a la competencia de dicha abogacía de la Administración de representar la CGU judicialmente y la competencia de promover el resarcimiento y la responsabilidad de personas jurídicas en otros procesos judiciales de naturaleza civil relacionados. Para más sobre el asunto, *vid.* capítulo sobre el sistema brasileño.

### **2.5.2. La colaboración de personas físicas con la Fiscalía Federal de Brasil**

La colaboración de individuos con las investigaciones del “Caso Lava Jato” fue esencial para ampliar la información disponible para las autoridades y, como consecuencia, ampliar la importancia de las investigaciones en frenar los hechos de corrupción y soborno existentes en Brasil y en otros países. Lo mismo pasó en lo que se refiere a la comisión de hechos ilícitos por Odebrecht. Las personas jurídicas, como entes ficticios, realizan actos a través de personas físicas. Por ello es natural que la responsabilidad de las personas jurídicas esté vinculada en cierto nivel con acciones —u omisiones— de sus directivos o empleados. Las informaciones del caso de Odebrecht demuestran que sus agentes fueron responsables de actuar en un esquema de solicitudes, promesas y pagos de soborno. Los delitos consisten en conductas practicadas por personas físicas vinculadas directamente a Odebrecht —directivos y empleados— y vinculados indirectamente —como los terceros prestadores de los servicios de blanqueo de los pagos—. En ese sentido es natural que las autoridades tuvieran también interés por obtener la colaboración de las personas físicas junto a la colaboración de Odebrecht.

La colaboración de agentes de Odebrecht ocurrió de dos maneras: a través de la colaboración de la persona física individualmente y a través de la adhesión al acuerdo de lenidad firmado con la Fiscalía Federal, conforme a lo mencionado. Es importante que se observe que en ambas situaciones la colaboración de los individuos está vinculada a la colaboración de la empresa. No obstante, la Fiscalía Federal adoptó esas dos estrategias distintas para firmar acuerdos con los agentes de Odebrecht. En resumen, la ley de Brasil permite la utilización de justicia negociada para casos relacionados a organizaciones criminales, la figura de la *colaboración premiada*<sup>115</sup>, muchas veces denominado *delación premiada*, herramienta vinculada a la responsabilidad penal de personas físicas. La colaboración premiada fue planteada como parte de la investigación de los hechos y medio de obtención de pruebas<sup>116</sup>. A través de dicha colaboración, la Fiscalía puede solicitar al juez que decida perdonar los hechos y reducir la pena<sup>117</sup>. La ley requiere que la colaboración produzca resultados relevantes para el interés público, que pueden estar relacionados con el incremento de la información y pruebas disponibles sobre los hechos indebidos, al resarcimiento de las ganancias obtenidas o los perjuicios causados, o a la recuperación de las víctimas (por ejemplo, de víctimas de secuestro o trata de personas)<sup>118</sup>. De esta manera se observa que la colaboración premiada es

---

<sup>115</sup> Art. 3.º, I de la Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, *Diário Oficial da União* (DOU) de 5.8.2013 (Brasil) (en adelante Ley 12.850/2013).

<sup>116</sup> Vid. BADARÓ (2018) hablando de la naturaleza jurídica de la colaboración premiada.

<sup>117</sup> Art. 4.º de la Ley 12.850/2013.

<sup>118</sup> Incisos I-V del art. 4.º de la Ley 12.850/2013.

un instituto cualificado de justicia negociada, que demanda del colaborador más que la simple confesión y renuncia al proceso, además de ser aplicable a los casos de delincuencia organizada<sup>119</sup>.

El mismo precepto prevé una situación especial en la cual la Fiscalía podrá decidir no presentar imputaciones a los colaboradores: si se cumplen las condiciones de la colaboración en lo que refiere a resultados, si los colaboradores no son líderes de la organización criminal y si son los primeros en prestar colaboración efectiva sobre los hechos<sup>120</sup>. En esta situación, la ley divide los colaboradores entre dos grupos de posibles beneficios. En el primer grupo, existe la posibilidad de solicitar la condonación de la pena o su reducción; en el segundo, la posibilidad de no ejercer la acción penal. El primer caso depende de la aprobación de la autoridad judicial, que es el responsable de aplicar efectivamente el perdón o reducir la penalidad; en ese sentido, es una especie de favor judicial<sup>121</sup>. En el segundo caso, la ley prevé la no actuación de la Fiscalía, de manera que constituye una especie de favor ministerial<sup>122</sup>. En los dos casos, no obstante, habrá ejercicio de control interno por parte de las instancias de la Fiscalía y control externo por parte del Poder Judicial, dado que incluso en el caso del favor ministerial se necesita la homologación judicial<sup>123</sup>.

Con relación a la naturaleza de estos institutos jurídicos, la colaboración premiada pertenece al ámbito de la responsabilidad penal, mientras que el acuerdo de lenidad pertenece al ámbito de la responsabilidad administrativa —o responsabilidad civil<sup>124</sup>—. De hecho, las herramientas de justicia negociada utilizadas por la Fiscalía Federal en el caso de Odebrecht son acuerdos de colaboración premiada y acuerdo de lenidad. Los acuerdos de colaboración premiada fueron hechos con las personas físicas involucradas en los delitos de manera relevante, como agentes principales. El propio acuerdo de lenidad firmado con Odebrecht contiene una cláusula restrictiva de adhesión de las personas físicas cuya conducta sea considerada de culpa grave por parte de la Fiscalía, permitiendo a la autoridad no aprobar la adhesión al acuerdo<sup>125</sup>. Este acuerdo de lenidad fue planteado para posibilitar la adhesión de las personas cuya conducta sea de

---

<sup>119</sup> En realidad, hay diversas leyes en Brasil no revocadas que prevén la posibilidad de colaboración. *Vid.* CORDERO (2020: 12-14). Aquí se menciona la Ley de organizaciones criminales dado su mayor identidad, el hecho de ser la ley posterior, y su utilización como fundamento legal por parte de la Fiscalía Federal.

<sup>120</sup> §4.º del Art. 4.º de la Ley 12.850/2013.

<sup>121</sup> CORDEIRO (2020: 35).

<sup>122</sup> CORDEIRO (2020: 35).

<sup>123</sup> CORDEIRO (2020: 83 y ss.).

<sup>124</sup> ATHAYDE (2019: 338). La utilización de la terminología de responsabilidad civil es un contrapunto a la responsabilidad penal, no la mención de la responsabilidad por indemnizar y resarcir por los daños causados. En ese sentido, la terminología responsabilidad civil aquí incluye la responsabilidad administrativa, por ejemplo, de la Ley de *Improbidad Administrativa*.

<sup>125</sup> Cláusula 5.ª, §3o, I del acuerdo disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

menor culpabilidad, es decir, las mismas personas sobre las cuales la Fiscalía Federal podría decidir no ejercer la acción penal<sup>126</sup>. El objetivo de la adhesión sería permitir la colaboración de personas sobre las cuales no hubiera investigación criminal pero que tuviesen en su poder información y documentos con utilidad para los procesos. Esto permitiría la colaboración de conductores de choche de directivos, secretarías y ejecutivos sin participación directa en los hechos<sup>127</sup>.

Sin embargo, esto no significó que a las personas físicas con mayor culpabilidad no les sería permitido colaborar mediante la justicia negociada, a efectos de una colaboración premiada con posibilidad de reducción de las penas. De hecho, esa parece ser la situación de Marcelo Odebrecht, expresidente del Grupo Odebrecht, que firmó acuerdo de colaboración premiada con la Fiscalía Federal tras su condena y obtuvo reducción de la pena<sup>128</sup>. Además, existen elementos que demuestran la colaboración de otros exdirectores de Odebrecht con la Fiscalía Federal a través de colaboración premiada y acuerdos individuales<sup>129</sup>. De igual modo, también hubo colaboración de agentes de Odebrecht en adhesión al acuerdo de lenidad hecho con la Fiscalía Federal. En los términos del acuerdo, Odebrecht ejecutó una especie de programa de adhesión, informando a sus agentes sobre las posibilidades de recibir ventajas por ayudar en la colaboración y garantizando apoyo jurídico para ello<sup>130</sup>. En total, se estima que por lo menos 77 personas vinculadas a Odebrecht colaboraron o colaboran con la Fiscalía Federal de Brasil bajo alguna de esas modalidades<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Cláusula 5.ª del acuerdo.

<sup>127</sup> ATHAYDE (2019: 339).

<sup>128</sup> Ylena Luna, *Marcelo Odebrecht começa a depor em delação premiada*, Jusbrasil <https://lunatenorio.jusbrasil.com.br/noticias/316636619/marcelo-odebrecht-comeca-a-depor-em-delacao-premiada> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020) y Eduardo Gonçalves, *Em delação premiada, Marcelo Odebrecht confirma pagamentos a Lula*, Veja (12 de abril de 2017) <https://veja.abril.com.br/politica/em-delacao-marcelo-odebrecht-confirma-pagamentos-a-lula/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>129</sup> Ver, por ejemplo, Gioconda Brasil, *Marcelo Odebrecht diz que não conhece político eleito sem caixa 2*, G1 Jornal Hoje (13 de abril de 2017), <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/04/marcelo-odebrecht-diz-que-nao-conhece-politico-eleito-sem-caixa-2.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020) y Beatriz Bulla, Fabio Serapião & Ricardo Brant, *A maior delação da Lava Jato*, Estadão Política <https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delacao-da-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>130</sup> *Odebrecht cria programa interno de adesão ao Acordo de Leniência*, Istóe (1 de junio de 2017) <https://istoe.com.br/odebrecht-cria-programa-interno-de-adesao-ao-acordo-de-leniencia/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>131</sup> Listado de nombres disponibles en Beatriz Bulla, Fabio Serapião & Ricardo Brant, *A maior delação da Lava Jato*, Estadão Política <https://infograficos.estadao.com.br/politica/a-maior-delacao-da-lava-jato/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Cuantitativo de ejecutivos que colaboraron disponible en Graziella Valenti, *Odebrecht gasta R\$ 1.5 bi com delações de executivos*, Valor Económico (13 de janeiro de 2020),



Para los adherentes al acuerdo de lenidad, fueron previstas ventajas de no ejercicio de acción penal y no ejercicio de acción de responsabilidad civil o sancionatoria, incluso responsabilidad por hechos de *improbidad*<sup>132</sup> administrativa<sup>133</sup>. De esta manera, el acuerdo de lenidad, para los adherentes, garantizaría ventajas también penales —aunque la naturaleza del acuerdo esté relacionada primordialmente con la responsabilidad civil o administrativa—<sup>134</sup>. La Fiscalía también ofreció como ventajas a los adherentes actuar junto a otros órganos de la Administración y a empresas públicas con el fin de eliminar restricciones de registro público (que impidieran la participación en licitación o de recibir fondos públicos) acaso existentes en nombre de los colaboradores, actuar para la homologación del acuerdo y prestar las declaraciones y certificados necesarios sobre la colaboración de cara a terceros<sup>135</sup>. En ese aspecto, la Fiscalía ofreció como ventaja actuar para la regularización del acuerdo y para que la colaboración tuviera efectos ante otras autoridades administrativas y de particulares, en el sentido de auxiliar a los colaboradores en el mantenimiento de sus relaciones contractuales, inclusive con instituciones financieras y bancarias. Por último, la Fiscalía también ofreció como ventaja defender judicialmente la validez del acuerdo<sup>136</sup>.

Para la decisión de aceptar la colaboración premiada de individuos clave en las investigaciones del caso Odebrecht, factores como la culpabilidad, la participación en las conductas, y las ventajas para las investigaciones parecen ser los elementos evaluados por la Fiscalía. A cambio de la colaboración, los investigados recibirían una reducción de su pena o ajustes en la forma de cumplimiento de la pena. Por ejemplo, en el caso de Marcelo Odebrecht, la colaboración resultó en una propuesta de cambio en la pena de prisión —en el modo de cumplimiento de la pena—<sup>137</sup>. La colaboración

---

<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/01/13/odebrecht-gasta-r-15-bi-com-delacoes-de-executivos.ghtml>.

<sup>132</sup> *Improbidad* administrativa es un término del sistema jurídico brasileño que denomina la falta de probidad o de honestidad, generalmente está relacionada con la responsabilidad administrativa por supuestos de corrupción. *Vid.* Capítulo VI para más información sobre la Ley de *Improbidad* Administrativa.

<sup>133</sup> Previsto en la cláusula 5.<sup>a</sup>, §3.º y en la cláusula 8.<sup>a</sup>, I, c-d del acuerdo, en línea: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf>.

<sup>134</sup> En ese sentido, la Fiscalía garantizó ventajas penales dentro de su competencia funcional, conforme permitido por la Ley 12.850/2013, lo que parece perfectamente adecuado a el sistema brasileño.

<sup>135</sup> Cláusula 8.<sup>a</sup>, I, e-g del acuerdo.

<sup>136</sup> Cláusula 8.<sup>a</sup>, I, h del acuerdo.

<sup>137</sup> La defensa de Marcelo Odebrecht pidió también reducción en la condena de perdimiento de bienes. Sobre la discusión sobre la reducción de penalidad, *vid.* Juliana Barbosa, *Dodge se opõe a pedido de Marcelo Odebrecht para reduzir pena*, Metrópolis (16 de agosto de 2019) <https://www.metropoles.com/brasil/dodge-se-opoe-a-pedido-de-marcelo-odebrecht-para-reduzir-pena> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020) y Fabio Schaffner, *Entenda o acordo que permitiu reduzir a pena de Marcelo Odebrecht*, Gaúchazh Política (17 de diciembre de 2017) <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/12/entenda-o-acordo-que-permitiu->

de personas físicas en el caso Odebrecht demuestra la importancia de una colaboración amplia para las investigaciones. Las personas físicas, muchas veces, serán las responsables de presentar información y describir los hechos ocurridos, como testigos. En especial en delitos complejos, en los cuales los criminales tendrán interés en no mantener registros detallados de las operaciones ilegales. En el caso de Odebrecht, los destinatarios de los pagos muchas de las veces eran registrados con apodosos o códigos en los sistemas. De esta manera, la colaboración de los delatores y testigos fue fundamental para montar el rompecabezas y complementar las pruebas obtenidas de modo a identificar los agentes destinatarios de los sobornos e involucrados en los hechos de corrupción.

### **2.5.3. La colaboración con EE.UU. y Suiza**

Además del acuerdo firmado con la Fiscalía de Brasil, Odebrecht también firmó acuerdos de colaboración en otros países. En un primer momento, la empresa firmó acuerdos independientes pero negociados conjuntamente con Brasil, Estados Unidos y Suiza. Después, la empresa firmó acuerdos con otros países en los cuales existió comisión de delitos. Con la Fiscalía Federal estadounidense Odebrecht firmó también un acuerdo en diciembre de 2016. El acuerdo fue hecho bajo el estándar del *plea agreement* y fue fundamentado en la colaboración de la persona jurídica en ayudar en las investigaciones a través de la entrega de información y pruebas, adoptar las medidas necesarias para la remediación del daño y adoptar las medidas para implementar herramientas de control interno y cumplimiento normativo penal<sup>138</sup>. El acuerdo hizo constar que Odebrecht no realizó la denuncia voluntaria de las conductas indebidas, además de registrar el compromiso de aceptar una evaluación de su sistema de cumplimiento a ser realizada por un auditor externo de *compliance*, de manera que se redujeran los riesgos de reincidencia de las irregularidades<sup>139</sup>. A través del acuerdo, Odebrecht hizo un *plea of guilty*, que significa la confesión de su conducta ilícita y la renuncia de su derecho a juicio. De esa manera, Odebrecht asumió el compromiso de continuar colaborando con las investigaciones e implementar las medidas necesarias para mitigar los riesgos de incurrir en la práctica de soborno. Conforme a la práctica usual empleada por el DOJ, el auditor externo del programa de cumplimiento debería hacer informes cada 120 días y presentarlos a la

---

*reduzir-a-pena-de-marcelo-odebrecht-cjbb6r3cu013p01p9deve1zzo.html* (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>138</sup> *Relevant considerations*, ítem 2, b, c y d del acuerdo. Disponible en línea: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>139</sup> *Relevant considerations*, ítem 2, a y e del acuerdo. Disponible en línea: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

compañía y a la Fiscalía estadounidense<sup>140</sup>. Odebrecht también firmó acuerdo de colaboración con la abogacía-general de Suiza en diciembre de 2016<sup>141</sup>. Esos dos acuerdos fueron negociados junto al acuerdo con la Fiscalía Federal brasileña, de modo que reflejan las mismas conductas, cada uno regulando la responsabilidad de la empresa en la jurisdicción correspondiente. Las sanciones acordadas deberán ser pagadas a los tres países, de manera general en una proporción de 80 por ciento a Brasil y diez por ciento a EE.UU. y Suiza, a lo largo de 23 años<sup>142</sup>.

Esta estrategia de negociación internacional adoptada por las autoridades y por la empresa posibilita diversas ventajas. Aunque las distintas autoridades de Brasil, Estados Unidos y Suiza tengan jurisdicción sobre varias de las conductas, probablemente ninguna de las referidas autoridades tiene jurisdicción total sobre las personas responsables por las conductas delictivas, dado que el esquema funcionaba a través de la práctica de delitos transnacionales. Por ello, la negociación internacional posibilita que ocurra un intercambio de informaciones y elementos de prueba entre las autoridades, además de aumentar el poder de negociación de la Administración —una solución conjunta sería la única vía de generar las mayores ventajas para la colaboradora en las tres jurisdicciones—. Además, el acuerdo también define la división de los pagos entre los países, lo que evita procedimientos posteriores de solicitud de transferencia internacional de activos, que usualmente requiere que los países prueben que el pago en el otro país está relacionado con hechos ilícitos y perjuicios bajo su jurisdicción. Para la persona jurídica colaboradora, los acuerdos negociados conjuntamente posibilitan ventajas en las distintas jurisdicciones ya que existen deberes de colaboración similares. Eso hace que se incremente la certidumbre sobre las consecuencias jurídicas de la colaboración, incluso porque permite que la empresa requiera a las autoridades de los países que ellas acuerden sobre las multas pagas en las distintas jurisdicciones, lo que reduce los riesgos de que, posteriormente, ocurra algún cobro duplicado, como una especie de *bis in idem* internacional.

---

<sup>140</sup> Pedro Canário, *Leniência da Odebrecht também transforma MPF em gestor bilionário*, Consultor Jurídico (2 de abril de 2019) <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/leniencia-odebrecht-tambem-transforma-mpf-gestor-bilionario> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>141</sup> *Odebrecht signs agreement with authorities in Brazil, United States and Switzerland*, Odebrecht Press Release (21 de diciembre de 2016) <https://www.odebrecht.com/en/communication/releases/odebrecht-signs-agreement-authorities-brazil-united-states-and-switzerland> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>142</sup> *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, Department of Justice (21 de diciembre de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

#### **2.5.4. La colaboración con CGU y AGU**

Odebrecht también firmó un acuerdo de lenidad con otras autoridades brasileñas. La Ley de la Empresa Limpia, conforme se ha mencionado, establece la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por hechos de corrupción nacional y transnacional en Brasil<sup>143</sup>. Además, la referida ley permite que sea firmado un acuerdo de lenidad con la Contraloría-General de la Unión, en el ámbito federal<sup>144</sup>. Aunque no esté previsto de manera expresa en la Ley de la Empresa Limpia, el acuerdo con el Poder ejecutivo federal se firma conjuntamente con la Abogacía-General da União—la institución responsable de representar jurídicamente al gobierno federal—. De esta manera, el acuerdo cumple con los requisitos necesarios para surtir efecto ante otras instancias de responsabilidad de la persona jurídica en virtud de otras leyes<sup>145</sup>. En base a esa competencia, Odebrecht firmó un acuerdo de lenidad con las autoridades de AGU y CGU en julio de 2018<sup>146</sup> —año y medio después del acuerdo firmado con la Fiscalía Federal de Brasil—. El referido acuerdo trata la responsabilidad de Odebrecht por la práctica de hechos de corrupción y soborno en 49 contratos que utilizan presupuestos públicos federales<sup>147</sup>.

A través del acuerdo, Odebrecht aceptó comprometerse a hacer el pago de 2,72 mil millones de reales a la Administración federal por su responsabilidad, lo que incluye (i) devolución del lucro obtenido en los contratos manipulados por hechos indebidos, (ii) devolución de los activos pagados a título de soborno y (iii) multa vinculada con la responsabilidad administrativa de la Ley de la Empresa Limpia<sup>148</sup>. Odebrecht hará el pago a plazos de dicha cuantía a lo largo de 22 años, con compensación con el monto de multa definidas en los acuerdos firmados con las autoridades de la Fiscalía Federal brasileña y las autoridades de EE.UU. y de Suiza. Además, la empresa asumió el compromiso de suministrar pruebas e información necesarias para la imposición de responsabilidad de las demás personas —físicas y jurídicas— involucradas en los hechos. La empresa también suministró datos sobre su programa de *compliance* anticorrupción, que fue evaluado por el equipo de CGU en las negociaciones del acuerdo. El acuerdo también garantiza la competencia de CGU para imponer responsabilidad por soborno transnacional en los casos relacionados y mantiene los compromisos de las autoridades brasileñas de

---

<sup>143</sup> Art. 1.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>144</sup> Art. 16, §10 de la Ley 12.846/2013.

<sup>145</sup> *Vid.* Portaria Conjunta No. 4, de 9 de agosto de 2019 *Diário Oficial da União* (DOU) de 13.8.2019 (Brasil) (en adelante Ordenanza AGU/CGU No 4/2019). Las otras competencias y modalidades de responsabilidad es objeto de análisis en el capítulo correspondiente.

<sup>146</sup> *Acordo de leniência com a Odebrecht prevê ressarcimento de 2,7 bilhões*, CGU (27 de julio de 2018), <http://cgu.gov.br/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>147</sup> *Id.*

<sup>148</sup> *Id.*

colaborar con los otros países en la imposición de responsabilidad bajo su jurisdicción<sup>149</sup>.

El texto del acuerdo reconoce la importancia de la colaboración de la empresa, como la primera empresa que prestó colaboración sobre los hechos descritos en los anexos, además de haber asumido su responsabilidad por los hechos de corrupción practicados<sup>150</sup>. Conforme la ley, la empresa también asume en el acuerdo que cesó la práctica de hechos indebidos y que asume el compromiso de promover medidas para incrementar la eficacia y eficiencia de sus controles internos, en especial su sistema de *compliance*<sup>151</sup>.

Es importante observar que el acuerdo también prevé una cláusula que posibilita la adhesión de personas físicas como *intervinientes-anuentes* de las obligaciones del acuerdo<sup>152</sup>. El dispositivo está direccionado a los individuos que auxiliaron en la colaboración de la empresa, en especial en lo que se refiere a la revelación de información, documentos y otras pruebas que fueron presentadas para la negociación del acuerdo. De esa manera, esos individuos asumen la posición de participantes en el acuerdo y tendrán ventajas por su colaboración. Para ello, hace falta que expresamente haya contribuido con el esclarecimiento de los hechos y realicen una solicitud formal a la CGU, en un plazo de 60 días desde la firma del acuerdo<sup>153</sup>. Por ende, se observa que la posibilidad de participación de personas físicas en el acuerdo está restringida. Primero, porque hace falta haber participado de alguna manera efectiva mientras se negociaba el acuerdo y se esclarecían los hechos investigados. En segundo lugar, porque las personas físicas tienen un espacio de 60 días para manifestar el interés en ser parte del acuerdo. Esa adhesión puede ayudar con la negociación, dado que significa la posibilidad de reducir o exentar de sanciones no sólo a la persona jurídica sino también a la persona física que ayude —lo que es importante dado que la conducta de la persona jurídica ocurre, en realidad, a partir de la conducta de las personas físicas, sus agentes—. Además, dado el límite temporal, genera un incentivo a la decisión rápida de las personas físicas: si no deciden colaborar mientras se negocia el acuerdo, después podrán sufrir las consecuencias de la responsabilidad recurrente de la colaboración de la persona jurídica.

No obstante, la propia Ley de la Empresa Limpia no prevé la posibilidad de participación de personas físicas. De hecho, la ley prevé la responsabilidad administrativa de personas jurídicas, y prevé el acuerdo de

---

<sup>149</sup> *Id.*

<sup>150</sup> Cláusulas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del acuerdo. Disponible en: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>.

<sup>151</sup> Cláusulas 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del acuerdo.

<sup>152</sup> Item 1.5 de la cláusula 1.<sup>a</sup>.

<sup>153</sup> Item 1.5.2 de la cláusula 1.<sup>a</sup>.

lenidad —herramienta de justicia negociada— para esos casos. Así, una evaluación aislada de esos dispositivos legales no permite la extensión del acuerdo de lenidad —como colaboración a cambio de reducción de sanción— también a personas físicas. Tal vez por eso el acuerdo mencione diversas otras leyes en su cláusula de fundamento legal<sup>154</sup>. Menciona las Leyes de *Improbidad* Administrativa y de Licitación y Contratos, que permite la responsabilidad de personas físicas y personas jurídicas<sup>155</sup>. También menciona las leyes de mediación y otros dispositivos legales que permiten a la Administración adoptar una resolución consensuada en causas de naturaleza no penal<sup>156</sup>. De esa manera, el documento firmado con Odebrecht parece indicar que las autoridades de AGU y CGU adoptaron la interpretación de que el acuerdo de lenidad extrapola los límites de la Ley de la Empresa Limpia dada la posibilidad de regular también la resolución consensuada de la responsabilidad civil y administrativa —por los mismos hechos— prevista en otras leyes.

### **2.5.5. La colaboración con otros países**

La colaboración entre las autoridades de Brasil, EE.UU. y Suiza permitió profundizar en las investigaciones de los hechos ilícitos practicados por Odebrecht en los tres países, y permitió negociar los tres acuerdos al mismo tiempo. Los acuerdos son independientes, pero fueron hechos a partir de la colaboración entre las autoridades de los países, de manera que poseen una descripción de los hechos relacionados entre sí y cláusulas complementarias. Entre los hechos relacionados entre sí está, por ejemplo, la forma en la que fueron utilizadas instituciones bancarias en Suiza para hacer pagos de soborno a políticos de Brasil. El mayor ejemplo de las cláusulas complementarias son las de los pagos relacionados con la responsabilidad, que fueron divididos entre los tres países. Como Odebrecht es una empresa brasileña, el núcleo duro de los acuerdos está relacionado con la responsabilidad de la persona jurídica y agentes brasileños, en especial en lo que se refiere a corrupción y soborno de funcionarios y políticos brasileños. Conforme se ha mencionado, dicha colaboración con las autoridades también generó la confesión de pagos de soborno a políticos, partidos y funcionarios de otros 11 países aparte de Brasil. En el caso de Brasil, es probable que el acuerdo incluya informaciones sobre los otros países debido a la jurisdicción relacionada con los hechos practicados por sus nacionales y en territorio brasileño. En el caso de EE.UU. y Suiza, es probable que la jurisdicción para firmar acuerdos esté relacionada con

---

<sup>154</sup> Cláusula 3.ª del acuerdo.

<sup>155</sup> Aunque en carácter restricto, a saber, la Ley de Improbidad, desde que los hechos sean practicados con funcionarios, y la Ley de Contratos, desde que la responsabilidad esté vinculada a relación con contractual con la administración.

<sup>156</sup> En ese sentido, acciones de jurisdicción civil, incluso de responsabilidad administrativa. A ejemplo de la Ley 13.105/2015 y de la Ley 7.347/1958.

hechos practicados en su territorio o con alguna vinculación al mismo —por ejemplo, con la utilización del sistema financiero y bancario—.

A partir del cambio de la actuación corporativa de Odebrecht —de corrupta a colaboradora con las investigaciones<sup>157</sup>— sería natural que algunos de los otros países mencionados en los hechos indebidos buscaran información y pruebas para imponer responsabilidad a sus políticos y funcionarios. Estos acuerdos de colaboración estarán fundamentados con la jurisdicción de los países en lo que se refiere a la práctica de corrupción *doméstica* —y no con la jurisdicción extraterritorial o por corrupción transnacional—<sup>158</sup>. Son el caso de los acuerdos de colaboración con autoridades de República Dominicana, Panamá, Ecuador, Guatemala y Perú<sup>159</sup>. De acuerdo con lo informado por los responsables de Odebrecht, la empresa seguiría buscando la colaboración con las autoridades de los países involucrados, de manera que se continuasen firmando acuerdos para presentar información y pruebas relevantes para que sea impuesta responsabilidad a los nacionales de dichos países<sup>160</sup>. El interés de la empresa, además de mantener los compromisos de implementación de responsabilidad corporativa y controles internos, era obtener la reducción y exención de responsabilidad en los países en los cuales colaborara con las investigaciones<sup>161</sup>.

La colaboración de Odebrecht permitió que la Fiscalía de diversos países de América Latina obtuviera los elementos necesarios para iniciar acciones penales contra políticos y funcionarios involucrados en corrupción<sup>162</sup>. Sin embargo, hay sospechas de que diversos políticos y personalidades influyentes en distintos países involucrados con los sobornos de Odebrecht

---

<sup>157</sup> Ver, por ejemplo, *Odebrecht signs agreement with authorities in Brazil, United States and Switzerland*, Odebrecht Press Release (21 de diciembre de 2016) <https://www.odebrecht.com/en/communication/releases/odebrecht-signs-agreement-authorities-brazil-united-states-and-switzerland> y *Odebrecht signs collaboration agreement with Peru*, Odebrecht Press Release (16 de febrero de 2019) <https://www.odebrecht.com/en/communication/releases/odebrecht-signs-collaboration-agreement-peru> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>158</sup> En estos casos, aunque el delito pueda ser transnacional —como una empresa brasileña haciendo pagos en Suiza para funcionarios de Perú— se utiliza la expresión “doméstica” para frisar que el soborno fue pago en perjuicio de la administración nacional.

<sup>159</sup> Fergus Shiel & Sasha Chavkim, *Bribery division: What is Odebrecht? Who is involved?*, International Consortium of Investigative Journalists (25 de junio de 2019), <https://www.icij.org/investigations/bribery-division/bribery-division-what-is-odebrecht-who-is-involved/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>160</sup> Brazil's Odebrecht says it reaches cooperation agreement with Peru, Reuters (15 de febrero de 2019), <https://www.reuters.com/article/us-peru-corruption/brazils-odebrecht-says-it-reaches-cooperation-agreement-with-peru-idUSKCN1Q42TO> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>161</sup> Fergus Shiel & Sasha Chavkim, *Bribery division: What is Odebrecht? Who is involved?*, International Consortium of Investigative Journalists (25 de junio de 2019), <https://www.icij.org/investigations/bribery-division/bribery-division-what-is-odebrecht-who-is-involved/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>162</sup> *Id.*

todavía no fueron investigados ni responsabilizados, ni tampoco fueron adoptadas medidas para remediar las irregularidades en las distintas contrataciones públicas de dichos países<sup>163</sup>. Un argumento elemental a favor de estas sospechas es que hay noticias de acuerdos de colaboración de Odebrecht con 5 países, excluidos Brasil, EE.UU. y Suiza, mientras que la información revelada a estos tres países indica sobornos a autoridades de por lo menos 12 países —incluido Brasil—<sup>164</sup>. Lo que significa la ausencia de información sobre la colaboración de la empresa en seis países. No está claro si esta falta de información está relacionada con el sigilo de investigación en sus jurisdicciones<sup>165</sup> o con la limitación de sus ordenamientos jurídicos en lo que se refiere a la posibilidad de justicia negociada en casos de responsabilidad de la persona jurídica.

Es importante destacar que los países que no hicieron acuerdos de colaboración directamente con Odebrecht también pueden recibir pruebas e información a través de la colaboración internacional entre sus autoridades y las de los países en los cuales Odebrecht colaboró. La propia Convención de Las Naciones Unidas Contra la Corrupción tiene normas sobre los compromisos de los países en colaborar con las investigaciones de corrupción en otros países<sup>166</sup>. Esto posibilitaría, incluso, una solución jurídica para los casos en los cuales el ordenamiento jurídico no permita la colaboración de personas jurídicas con las investigaciones, o en los cuales por decisión de las autoridades o de la empresa no ocurra la colaboración. Por ejemplo, el acuerdo con las autoridades de EE.UU. contiene cláusulas mencionando expresamente que Odebrecht asume la obligación de colaborar con autoridades de otros países<sup>167</sup>. El acuerdo prevé la obligatoriedad de que Odebrecht colabore con autoridades extranjeras a petición de las autoridades estadounidenses<sup>168</sup>. Además, Odebrecht también aceptó anticipadamente la revelación por parte de las autoridades de EE.UU. de información del acuerdo a autoridades de otros países, incluso en lo que se refiere a pruebas<sup>169</sup>.

El acuerdo de colaboración con la Fiscalía Federal brasileña también permite que otros países obtengan pruebas e información entregadas por Odebrecht en Brasil. En lo que respecta a algunas cláusulas para mantener

---

<sup>163</sup> *Id.*

<sup>164</sup> *Vid.* apartado anterior.

<sup>165</sup> Fergus Shiel & Sasha Chavkim, *Bribery division: What is Odebrecht? Who is involved?*, International Consortium of Investigative Journalists (25 de junio de 2019), <https://www.icij.org/investigations/bribery-division/bribery-division-what-is-odebrecht-who-is-involved/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>166</sup> Art. 43 y ss. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>167</sup> A ejemplo del ítem 11 del acuerdo. Disponible en línea: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup> Ítem 11(d).



bajo secreto la colaboración, la Fiscalía Federal puede satisfacer peticiones de colaboración para investigaciones criminales, estén o no basadas en compromisos internacionales asumidos por Brasil<sup>170</sup>. No obstante, la Fiscalía brasileña se comprometió a exigir al otro país que no utilice la información y las pruebas obtenidas en Brasil para imponer responsabilidad contra la empresa colaboradora —y los agentes de la misma que se adhirieron al acuerdo—<sup>171</sup>. Además, el acuerdo también prevé reglas para preservar la seguridad de la información de la colaboradora y sus agentes.

### 3. LA COLABORACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

El breve análisis del “Caso Lava Jato” y del caso Odebrecht demuestra la complejidad del esquema de corrupción desvelado en Brasil y en otros países. Es posible observar que la actuación de las personas involucradas —o de la organización criminal responsable— es un ejemplo de la corrupción como delito complejo<sup>172</sup>. Demuestra la corrupción como un delito desarrollado a través de conductas encadenadas, por parte de diversas personas, en un período largo de tiempo y desarrollado en más de una jurisdicción territorial. Además, el análisis también evidencia la estrategia de cooptación de autoridades. En realidad, debido a la amplitud del esquema, es difícil identificar si las personas jurídicas involucradas fueron las responsables de cooptar las autoridades o si las autoridades fueron las responsables de cooptar a las personas jurídicas para utilizar los presupuestos públicos en su interés. De todos modos, la corrupción generalizada demuestra el fallo de la clase política de Brasil de canalizar el interés propio de las personas de manera productiva y legítima<sup>173</sup>. El esquema demuestra la utilización de distintas etapas de uso de los fondos públicos para la satisfacción de intereses personales, desde el desarrollo de políticas públicas hasta la definición de las personas que ocuparían puestos importantes en la Administración.

Ese escenario complejo resulta en la dificultad de investigar y encontrar pruebas. Conforme a lo expuesto, los pagos de soborno se hicieron en distintas jurisdicciones, mediante el uso de contratos ficticios y empresas pantallas, en paraísos fiscales y utilizando como ventajas las garantías del secreto bancario y fiscal de distintos países, además de otras técnicas de blanqueo utilizadas. Los acuerdos sobre los contratos eran desarrollados por intermediarios y muchas de las veces ejecutados de manera directa. Un simple cambio en la política pública era suficiente para incrementar —o reducir— los presupuestos públicos de proyectos de desarrollo e

---

<sup>170</sup> Cláusula 21 del acuerdo. Disponible en <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-leniencia-odebrecht-mpf.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>171</sup> Cláusula 21, b del acuerdo.

<sup>172</sup> ORSI (2017: 399), PAKES (2019: 92 y ss.) y PICKERING & MCCULLOCH (2012).

<sup>173</sup> *Vid.* ROSE-ACKERMAN & PALIFKA (2016: 7).

inversión<sup>174</sup>. La propia estrategia de empresas como Odebrecht, de ayudar en la financiación de campañas políticas a través de una contabilidad paralela —suya y de los partidos políticos— tenía la capacidad de convertir en cómplices incluso a los políticos no electos. Por un lado, la ayuda en la campaña intentaba generar —de manera preventiva— la amistad o la simpatía con los candidatos a cargos públicos. Por otro lado, la propia empresa reconoció que ofertaba los pagos como caja no oficial de campaña<sup>175</sup>, de manera que, posteriormente, en caso necesario, contaría con el apoyo y protección del político electo.

Romper los círculos viciosos parece una tarea hercúlea —o quizás imposible, dirían los pesimistas—. De hecho, las investigaciones del “Caso Lava Jato” y los resultados obtenidos demuestran la actuación de instituciones responsables de luchar contra la corrupción. Demuestran no sólo el funcionamiento de la Fiscalía y de la Policía, sino también el funcionamiento de las más diversas instituciones relevantes para ello: órganos de control y auditoría, abogacías del Estado, instituciones de inteligencia financiera, hacienda pública y, además, demuestra el funcionamiento del propio sistema judicial. Sin embargo, esa demostración de lucha institucional —y de la propia ciudadanía, como se ha mencionado— tuvo como importante factor la colaboración de las personas que no formaban parte de las organizaciones criminales o que estaban involucradas colateralmente en los delitos. Las investigaciones de los hechos relacionados a la operación “Lava Jato” fueron desarrolladas con la colaboración de informantes, de personas físicas y jurídicas involucradas, de instituciones privadas con sus sistemas de control —como bancos e instituciones financieras— además de la colaboración entre las propias instituciones.

Ese funcionamiento colaborativo de todo el sistema demuestra que la lucha contra la criminalidad organizada tiene que ser organizada. Demuestra que es posible obtener buenos resultados cuando hay instituciones con las herramientas necesarias para investigar y promover la responsabilidad de los involucrados. En el caso de las conductas descubiertas a través de la operación “Lava Jato”, una de las herramientas utilizada es la colaboración de personas jurídicas por hechos de corrupción. De ese modo, un análisis del contexto brasileño de responsabilidad y de colaboración es necesario para que se puedan identificar los límites y las

---

<sup>174</sup> Como ejemplo, los proyectos de ferrovía desarrollados por la empresa pública Valec. Vid. *Lava Jato: PF deflagra operação que mira propina em obras da ferrovía norte sul*, O Globo (25 de mayo de 2017), <https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-pf-deflagra-operacao-que-mira-propina-em-obras-da-ferrovia-norte-sul-21391082> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>175</sup> Vid. *Marcelo Odebrecht: todos usam Caixa 2*, O Globo <https://oglobo.globo.com/brasil/marcelo-odebrecht-todos-usam-caixa-2-21209974> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

oportunidades para optimizar el sistema. Ese análisis esencialmente tiene que considerar una serie de cuestiones complejas, de las cuales se pueden mencionar la naturaleza jurídica de la responsabilidad y de la colaboración y sus consecuencias sistémicas.

### 3.1. Naturaleza jurídica de la colaboración

Uno de los elementos relevantes para la adecuada delimitación de la herramienta de justicia negociada es su naturaleza jurídica o, mejor dicho, la naturaleza jurídica de la responsabilidad que puede ser objeto de un acuerdo de colaboración. En el caso de Brasil, la Ley de la Empresa Limpia prevé la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por hechos relacionados con corrupción y soborno. No se prevé responsabilidad penal de personas jurídicas por corrupción. Eso traslada conductas de “corrupción” desde el área del Derecho Penal al área del Derecho Administrativo. En ese aspecto, es importante que se considere que Brasil no extinguió la responsabilidad penal a cambio de la responsabilidad administrativa —o civil— en determinados delitos leves. El legislador brasileño optó por mantener la responsabilidad penal en todas las instancias para las personas físicas y alcanzar a las personas jurídicas a través de la imposición de responsabilidad administrativa<sup>176</sup>. De hecho, la responsabilidad administrativa permite sanciones financieras, el cierre de actividades y la declaración de extinción de las personas jurídicas<sup>177</sup>. En ese sentido, es una responsabilidad administrativa con sanciones semejantes a las utilizadas por otros países en sede de responsabilidad penal de personas jurídicas<sup>178</sup>. Además, la ley prevé un proceso administrativo de responsabilidad<sup>179</sup> —en el cual la autoridad que determina el inicio del proceso es la misma autoridad administrativa que impone la sanción al final—, y un proceso de responsabilidad judicial<sup>180</sup>.

Con ello el sistema de Brasil permite la imposición de sanciones semejantes a las sanciones penales, pero en proceso administrativo sancionador<sup>181</sup> —sin la participación del Poder Judicial— y la imposición de otras sanciones semejantes a las sanciones penales a través de proceso

---

<sup>176</sup> MACHADO DE SOUZA (2020).

<sup>177</sup> Conforme el art. 6.º y el art. 19 de Ley de la Empresa Limpia.

<sup>178</sup> A ejemplo de España y Estados Unidos, que permiten la imposición de penalidad de multa y de extinción de la persona jurídica, dentro otras penalidades. Las sanciones y los modelos de responsabilidad serán abordados en los capítulos siguientes.

<sup>179</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>180</sup> Art. 19 de la Ley 12.846/2013.

<sup>181</sup> La Ley 12.846/2013 se refiere al acto como *proceso* y no *procedimiento* administrativo. La utilización de esa nomenclatura proceso para lo que serían procedimientos administrativos es común en Brasil, aún más en los casos de Derecho Administrativo sancionador. *Ver*, como ejemplos, la Ley 8.112/1990, que trata del derecho disciplinario de los funcionarios federales de Brasil, y la Ley 9.784/1999, que trata del “proceso administrativo” que tramita en las instancias de la Administración Pública.

judicial de naturaleza civil<sup>182</sup>. Las dos situaciones —la utilización de proceso administrativo sancionador y de proceso judicial— generan dudas respecto a cuáles son los estándares de Derecho Procesal aplicables al sistema brasileño, en especial en lo que está relacionado con la extensión de los derechos de defensa de la persona jurídica. La respuesta sencilla sería no proporcionar las garantías y derechos relacionados al proceso penal, dado que el sistema no adopta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. O no garantizar los derechos y garantías procesales penales, pero sí estándares tradicionales de defensa aplicables en proceso administrativo como un mínimo de garantías procesales. Sin embargo, los hechos descritos como conductas irregulares<sup>183</sup> en la Ley de la Empresa Limpia son descritos en el sistema jurídico brasileño en el Código Penal y en otras leyes como crímenes —y no simplemente hechos accesorios o parte de conductas descritas como delitos—. Además, la aplicación de esta respuesta demasiado sencilla supondría la aplicación en sede de proceso administrativo sanciones que pueden significar la verdadera muerte de la persona jurídica.

Otra consecuencia de la distinta naturaleza jurídica de la responsabilidad —y de la herramienta de colaboración— es la existencia de distintos estándares de prueba. Si la defensa en el proceso penal y la defensa en el proceso administrativo garantizan distintos derechos, la obtención de pruebas y la evaluación de dichas pruebas —tanto en el sentido de contenido como de legalidad o nulidad— ocurrirán en estándares distintos. Es decir, los límites de la actividad de producción de pruebas en sede de proceso penal son distintos de los límites en sede de jurisdicción civil o administrativa<sup>184</sup>. Los estándares de prueba tradicionalmente necesarios para la responsabilidad de naturaleza civil —aquí en el sentido de incluir la responsabilidad administrativa— generalmente son más bajos. Por ejemplo, el Derecho Procesal civil comúnmente tiene herramientas que posibilitan la decisión del juez —o de la autoridad responsable de la decisión— a partir de presunciones no permitidas en sede de responsabilidad penal. En el caso de Brasil, la sistemática distinta de responsabilidad parece implicar que, en algunos casos, pruebas y hechos que serían inadmisibles para condenar a personas físicas serían, sin embargo, admisibles para condenar a la persona jurídica —simplemente por los estándares distintos de prueba—. Eso conlleva resultados heterogéneos en la definición de responsabilidad de personas por hechos relacionados a corrupción. Es decir, las mismas pruebas e información involucrando a individuos y personas jurídicas por

---

<sup>182</sup> El art. 6.º de la Ley 12.846/2013 prevé las sanciones que pueden ser aplicadas a través de proceso administrativo y el art 19, las sanciones que demandan proceso judicial. Dentro del primero grupo está la multa, dentro del segundo, la disolución de la persona jurídica.

<sup>183</sup> La terminología utilizada en la ley es *ato ilícito* y *ato lesivo*, *vid.* arts. 3.º y 5.º. La ley brasileña no define las conductas como irregularidades, más como actos ilícitos.

<sup>184</sup> GÚZMAN (2018).

los mismos hechos pueden generar la condena de las empresas y no generar la condena de los individuos.

Aunque ese tipo de consecuencia de estándares de prueba distintos sea común cuando se contrasta la responsabilidad penal con la responsabilidad civil —en este caso, por daños causados—, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia, la responsabilidad es una imposición de derecho sancionatorio que tiene como finalidad la prevención y represión de conductas consideradas delitos. En ese aspecto, es una responsabilidad cuya finalidad es “cercana” a la finalidad de la responsabilidad penal, y no de la responsabilidad civil tradicional de funcionar simplemente como herramienta de protección de la propiedad<sup>185</sup>. Estándares distintos de derechos de defensa generarán pruebas basados en distintos sistemas, es decir, una audiencia de testigo o un documento producido en un proceso civil o en un proceso administrativo puede no contener todas las formalidades —o todo el ejercicio de derechos de defensa— necesarios para su utilización en el proceso penal. Por ello, la colaboración en sede de responsabilidad administrativa también puede generar desafíos para la utilización de las informaciones y documentos de prueba en los procesos penales. De igual modo, la colaboración —o las investigaciones— en sede penal pueden generar pruebas que son permitidas con el fin de investigar delitos, pero restringidas para otros tipos de procesos<sup>186</sup>. Además, también puede ocurrir dificultades de colaboración para fines de investigación criminal entre autoridades de distintos países dado que la responsabilidad de las personas jurídicas, en Brasil, es administrativa.

Las obligaciones internacionales de Brasil permiten que el legislador decida qué tipo de responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción adoptará<sup>187</sup>. En la definición del tipo de responsabilidad, los países pueden elegir lo que sea más adecuado a sus tradiciones jurídicas. Sin embargo, conforme se ha mencionado, el simple cambio de responsabilidad penal a responsabilidad administrativa genera necesidades de adaptación en el sistema jurídico como un todo —incluso en lo que se refiere a las posibilidades de colaboración en casos de soborno transnacional—<sup>188</sup>. Por ello, es importante un análisis de la colaboración como herramienta en un

---

<sup>185</sup> Sobre las distintas normas de responsabilidad, *vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>186</sup> Por ejemplo, la Constitución de Brasil permite la interceptación de comunicación telemática a través de orden judicial sólo para fines de investigación de delitos. Art. 5.º, XII de la CFB.

<sup>187</sup> Por ejemplo, en el art. 2 de la Convención Anticorrupción de OCDE habla de la responsabilidad de personas morales y el art. 3(2), de la posibilidad de sanción civil o administrativa.

<sup>188</sup> Interesante que se observe que la Convención Anticorrupción de OCDE, mencionada como ejemplo que posibilita la decisión sobre responsabilidad administrativa o penal, tiene como núcleo duro el combate al cohecho transnacional: el que generalmente demanda la cooperación internacional.

sistema para poder identificar límites y oportunidades de cambio que incrementen la lucha contra la corrupción.

### **3.2. Concurrencia institucional en supuestos de colaboración**

El sistema brasileño de colaboración —y responsabilidad— de personas jurídicas por hechos de corrupción involucra la competencia de distintas instituciones. Conforme se ha mencionado en los casos “Lava Jato” y Odebrecht, diversos acuerdos de colaboración fueron firmados, por lo menos con la Fiscalía Federal, la AGU y la CGU<sup>189</sup>. Tanto los acuerdos con la Fiscalía Federal como los acuerdos con AGU y CGU involucran la colaboración de la persona jurídica Odebrecht con la posibilidad de adhesión o participación de personas físicas, sus agentes. Por un lado, la Fiscalía es la institución responsable de promover los procesos necesarios para imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas involucradas en los hechos<sup>190</sup>. El acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía y el acuerdo conjunto con AGU y CGU mencionan el compromiso de la Administración Pública de no promover acciones o procesos para la responsabilidad de la persona jurídica en otros ámbitos además de la responsabilidad de la Ley de la Empresa Limpia. El acuerdo de la Fiscalía menciona como ventaja no ejercer ninguna acción penal ni acción civil o sancionatoria en contra de la colaboradora<sup>191</sup>. El acuerdo con AGU y CGU menciona, además de la Ley de la Empresa Limpia, ventajas en relación con la no aplicación de sanciones previstas en la Ley de Licitaciones y Contratos Públicos, la Ley de Acceso a Información Pública y la Ley de *Improbidad* Administrativa, entre otras leyes<sup>192</sup>. Eso demuestra, de por sí, una multiplicidad de instituciones con competencia para imponer algún tipo de responsabilidad a las personas jurídicas por hechos relacionados a los pagos de soborno y demás elementos de la conducta de Odebrecht.

En Brasil, incluso en otros casos, la responsabilidad civil innumerables veces es de competencia concurrente de la Fiscalía y de la abogacía de la Administración —dos órganos independientes entre sí—. Así ocurre con la Ley de la Empresa Limpia, que provee la competencia del proceso judicial de responsabilidad a la Fiscalía y a la abogacía de la Administración<sup>193</sup>. Lo

---

<sup>189</sup> También fueron firmados acuerdos de colaboración relacionados con el esquema de las empresas con el órgano brasileño responsable por la defensa de la concurrencia en el mercado. *Vid. Cade celebra acordos com Andrade Gutierrez e UTC nas investigações de cartel em licitações da Petrobrás e da Eletronuclear*, CADE (18 de enero de 2017), en línea: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-com-andrade-gutierrez-e-utc-nas-investigacoes-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-e-da-eletronuclear> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>190</sup> Conforme el art. 129, I de la Constitución Federal.

<sup>191</sup> Cláusula 8.<sup>a</sup>, I, c y d del acuerdo.

<sup>192</sup> Cláusula 11.<sup>a</sup> del acuerdo con la AGU y CGU.

<sup>193</sup> Art. 19, §4.<sup>o</sup> de la Ley 12.846/2013.

mismo ocurre con la Ley de *Improbidad* Administrativa, que permite el ejercicio de la acción judicial a la Fiscalía y a la Administración que sufre el perjuicio, a través de los abogados que le representan<sup>194</sup>. La Ley de la Empresa Limpia, incluso, prevé un proceso administrativo y un proceso judicial, como si uno fuera consecuencia del otro —o consecuencia de la omisión de la autoridad responsable del proceso administrativo, en determinados casos—<sup>195</sup>. Son ejemplos de competencias en sobrexposición o competencias complementarias en los cuales no hay regla en las leyes o normas sobre la necesidad de interpretar las condiciones uniformemente entre instituciones. De esa manera, la Ley permite la interpretación de que los procesos administrativo y judicial son complementarios y permite la interpretación de que son independientes. Además, no existe ninguna disposición en otras leyes brasileñas que limite el ejercicio de las mismas acciones por distintas instituciones<sup>196</sup>.

Eso genera una multiplicidad de competencias distribuidas entre instituciones y una multiplicidad de procesos —judiciales y administrativos— posibles<sup>197</sup>. Conforme se ha mencionado, la multiplicidad de acuerdos firmados con Odebrecht y las autoridades brasileñas demuestra eso. Si hubiera vinculación o competencia dependiente entre las autoridades, a la persona jurídica le bastaría firmar un acuerdo con la institución competente y, por supuesto, colaborar con todas las investigaciones y procesos relevantes. Las distintas instituciones brasileñas tienen competencias para investigar y sancionar —o proponer procesos de sanción— estancos entre sí<sup>198</sup>. Como consecuencia, las autoridades pueden decidir trabajar juntas en la negociación —o decidir cada una adoptar sus prioridades y los criterios relevantes para promover las investigaciones de los casos—. En los acuerdos firmados con Odebrecht, las propias instituciones reconocen las distintas competencias de las autoridades. En el caso de la Fiscalía Federal, el acuerdo firmado incluye el compromiso de los fiscales de actuar junto a la CGU, AGU y otras autoridades con la finalidad de estimular acuerdos de lenidad que traten sobre los mismos hechos<sup>199</sup>. El acuerdo con AGU y CGU reconoce expresamente que hubo un acuerdo firmado con la Fiscalía Federal en el cual Odebrecht demostró esfuerzos por

---

<sup>194</sup> Art. 17 de la Lei No. 8.429, de 2 de junho de 1992, *Diário Oficial da União* (DOU) de 3.6.1992 (Brasil) (en adelante Ley 8.429/1992).

<sup>195</sup> Art. 8.º y art. 19 de la Ley 12.846/2013.

<sup>196</sup> Aunque existan disposiciones de proceso civil, por ejemplo, para no mantenimiento de acciones con la misma identidad. Sin embargo, eso funciona para los casos en los cuales todas las instituciones ejercen sus competencias de manera uniforme, por ejemplo, proponiendo las acciones civiles de responsabilidad. En el caso en el cual hay una colaboración con una institución y otra autoridad ejerciendo la acción judicial civil, no hay limitación sistémica.

<sup>197</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 55-57).

<sup>198</sup> ANTONIETTO & DE CASTRO (2015: 68).

<sup>199</sup> Cláusula 8.ª, I, a del acuerdo.

colaborar en la lucha contra la corrupción y en suministrar información y pruebas a las autoridades<sup>200</sup>.

En la práctica, la colaboración con una institución a través de un acuerdo de lenidad no genera efectos en la competencia de otras instituciones de exigir la responsabilidad de la persona jurídica. Eso sería normal si las competencias de las instituciones estuvieran relacionadas con distintas modalidades de responsabilidad, aunque por hechos relacionados. Por ejemplo, si hubiera un acuerdo relacionado con la formación de un cártel, dicho acuerdo no debería tener necesariamente consecuencias sobre la responsabilidad por pago de sobornos realizado para mantener las conductas del cartel. Aunque son hechos relacionados, una responsabilidad está vinculada a delitos contra la competencia en el mercado mientras que la otra está relacionada con la práctica de corrupción en contra de la Administración Pública. Sin embargo, el planteamiento del sistema jurídico de Brasil resultó en una sobreexposición de la responsabilidad de personas jurídicas por corrupción<sup>201</sup>. Los acuerdos firmados con Odebrecht abarcan la responsabilidad por los hechos punibles a través de la *Ley de Improbidad Administrativa* y de la *Ley de Licitaciones Contrataciones Públicas*. Eso pasa porque esas leyes y la *Ley de la Empresa Limpia* describen conductas muchas de las veces similares o incluso idénticas. En ese sentido, los acuerdos intentan garantizar la exención de responsabilidad en sede judicial por los hechos previstos en las tres leyes.

La falta de claridad sobre las consecuencias de la responsabilidad por los hechos se refleja en la colaboración. Es una tarea hermenéutica identificar cuáles son las leyes que pueden generar responsabilidad por los hechos —además de la *Ley de la Empresa Limpia*—. En el caso de Odebrecht, conforme se ha mencionado, fueron identificadas distintas leyes, distintas sanciones y distintos procesos posibles —para el mismo conjunto de hechos—. Esa dificultad de tener claro las ventajas y las desventajas de la colaboración genera incertidumbre y funciona como un desincentivo a la utilización de la herramienta de justicia negociada. Además de la investigación interna y todas las otras consecuencias de responsabilidad, los abogados y agentes de las empresas tienen que decidir con qué autoridad colaborar o cómo desarrollar una estrategia de colaboración con distintas autoridades al mismo tiempo. En el caso específico de Odebrecht, la colaboración con la Fiscalía Federal generó solicitudes de fiscales en procesos judiciales en los cuales figuraba como parte el gobierno federal representado por la AGU. En dichos procesos, la autoridad judicial recibió solicitudes de fiscales y de abogados

---

<sup>200</sup> Cláusula 2.<sup>a</sup> del acuerdo con AGU y CGU.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019). O por lo menos la interpretación que viene siendo aplicada al sistema genera como consecuencia la sobreexposición de responsabilidad de las personas jurídicas.



representantes de la administración, contradictorios entre si, pero todos *en nombre del interés público y de acuerdo con competencias institucionales*<sup>202</sup>. Las acciones judiciales contra Odebrecht —que había firmado el acuerdo de lenidad— se basaban en el hecho de que los acuerdos no eliminaban los daños y no extinguían la responsabilidad de la empresa por las conductas practicadas<sup>203</sup>.

A través del caso Odebrecht se puede demostrar la existencia de concurrencia entre las instituciones en Brasil. Dicha concurrencia implica multiplicidad de instituciones, multiplicidad de sanciones y multiplicidad de procesos —administrativos y judiciales—. Aunque dicha problemática podría ser resuelta por la colaboración entre las instituciones, el propio rol y estructura de cada agencia parece dificultar la cooperación interinstitucional. Mientras la AGU y la CGU son parte del Poder Ejecutivo federal, la Fiscalía Federal tiene independencia funcional y autonomía con relación al ejecutivo y al judicial. Además, la AGU y la CGU funcionan en una estructura jerárquica, en la cual hay competencia de la autoridad superior —los máximos responsables de las instituciones— para firmar los acuerdos de lenidad; mientras que, en el caso de la Fiscalía, los acuerdos son firmados con cada uno de los fiscales competentes. En la Fiscalía Federal también se requiere la aprobación y la homologación del acuerdo firmado por el fiscal por niveles de control interno (a través de *cámaras* de procuradores) y por el Poder Judicial.

### **3.3. Los intereses de personas físicas y jurídicas involucradas en situaciones de colaboración**

La concurrencia institucional y la sobreexposición de responsabilidad tienen como consecuencia que en un lado de la mesa de las negociaciones deba existir una multiplicidad de agentes públicos. Añadido a esa complejidad, la propia naturaleza de los hechos practicados por las personas jurídicas resulta en que también exista una multiplicidad de agentes en el otro lado de la mesa. Aunque la Ley de la Empresa Limpia prevé la responsabilidad y colaboración sólo de las personas jurídicas, es claro, conforme se ha mencionado, que habrá participación de personas físicas en los casos de soborno. En ese sentido, generalmente habrá más de una persona con potencial para colaborar con la Administración de manera que hace falta una estrategia para extraer los más amplios efectos de la colaboración. En otros sistemas de justicia negociada esta estrategia es

---

<sup>202</sup> Vid. *Tribunal acolhe pedido da AGU e bloqueia bens da Odebrecht*, Época Negócios (30 de mayo de 2017), <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/05/epoca-negocios-tribunal-acolhe-pedido-da-agu-e-bloqueia-bens-da-odebrecht.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>203</sup> Fábio Fabrini e Fabio Serapião, *AGU cobra ressarcimento de R\$ 11,3 bi*, O Estado de S. Paulo (26 de abril de 2017), <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,agu-cobra-ressarcimento-de-r-11-3-bi,70001752114> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

desarrollada a partir de la identificación de la importancia de la colaboración de las personas con las investigaciones, las ventajas, o muchas de las veces con la identificación de la primera persona que demostró su interés en colaborar. En el caso de delitos contra la concurrencia en Brasil, por ejemplo, solamente la primera persona que demuestra interés en colaborar recibirá las más amplias ventajas por su colaboración. Las demás personas eventualmente recibirán reducción de pena, pero siempre en menor medida cuando se compara con el primer colaborador. En el caso de esos delitos, las mismas autoridades son responsables de negociar y firmar acuerdos con todos los colaboradores<sup>204</sup>. Como resultado, ese sistema permite que la autoridad esté en condiciones de definir cuál es el colaborador que recibirá las más amplias ventajas —el primero—. Al mismo tiempo, el sistema permite que las otras personas firmen acuerdos si su colaboración fuera importante para las investigaciones.

Sin embargo, en casos de corrupción, en el cual distintas agencias tienen competencias independientes y no vinculadas, la colaboración de una persona jurídica con ayuda de una persona física ante la CGU y de la AGU no generará ventajas para la persona física en lo que respecta a la competencia de la Fiscalía. Lo mismo ocurrirá al revés, la colaboración de personas jurídicas con apoyo de personas físicas ante la Fiscalía no generará la exclusión de las competencias de investigación y de imposición de responsabilidad de la CGU y de la AGU. Es decir, ni puede la CGU y la AGU ofrecer ventajas y garantías a las personas —físicas o jurídicas— respecto a la competencia de la Fiscalía, ni puede la Fiscalía hacerlo respecto a la competencia de las otras instituciones. Tampoco la colaboración de la persona jurídica con la Fiscalía Federal de Brasil genera a las demás autoridades —como AGU y CGU— vinculación en relación con las condicionantes previstas en el acuerdo<sup>205</sup>. En otras palabras, los acuerdos firmados con determinadas personas y una institución no vinculan a otras instituciones ni en relación con las mismas personas ni en relación con otras personas que eventualmente ayudarán en la colaboración.

Considerando a las personas físicas y a las jurídicas, esto significa que una persona física que ayude en la colaboración de una empresa ante la CGU podrá estar entregando información y pruebas que generan autoincriminación sin que se produzca ninguna ventaja a cambio. El acuerdo de Odebrecht con la CGU y la AGU, por ejemplo, menciona ventajas que las personas físicas colaboradoras tendrían en caso de que se adhirieran

---

<sup>204</sup> ATHAYDE (2019: 83 y ss.).

<sup>205</sup> Como ejemplo, *vid.* el caso de Odebrecht. Pedro Canário, *Decisão do TRF-4 sobre leniência não invalida acordo com a Odebrecht, diz MPF*, Consultor Jurídico (23 de agosto de 2017), <https://www.conjur.com.br/2017-ago-23/decisao-leniencia-nao-invalida-acordo-odebrecht-mpf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

a la colaboración, sin que haya una ventaja extensible al ámbito de la actuación penal de la Fiscalía Federal<sup>206</sup>.

Esa estructura descrita parece situar las personas jurídicas y sus agentes en una posición antagónica. Es cierto que así y entre ellos estarán, como regla general, los involucrados en los hechos que deseen colaborar con las investigaciones, dado que unos producirán pruebas contra los otros. Sin embargo, en el caso específico de la colaboración de la persona jurídica, puede ser del interés de la Administración que las personas físicas involucradas en los hechos actúen, al menos, como testigos en los procesos de responsabilidad. En este sentido, la colaboración de personas ficticias puede depender no sólo de una investigación interna previa a la colaboración, sino también de la ayuda de las personas físicas involucradas.

La imposibilidad de ofertar ventajas en sede de responsabilidad penal a las personas físicas que ayuden en el acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia no genera una carrera para la colaboración —como ocurre en el dilema del prisionero<sup>207</sup>—. En este caso, la imposibilidad de hacer un acuerdo en el cual se unan los intereses de una persona jurídica con los intereses de la persona física relevante hace que se reduzcan los efectos buscados por la herramienta de justicia negociada: la colaboración que ayude en las investigaciones de manera eficaz<sup>208</sup>. La concurrencia institucional y la sobreexposición de responsabilidad funciona como un desincentivo a la colaboración de las personas jurídicas. En este sentido, la concurrencia institucional genera el efecto contrario a la propia lógica de la sistemática del acuerdo de lenidad. La multiplicidad de competencia en los casos en los cuales las autoridades no consiguen ponerse de acuerdo entre sí no generará la desestabilización de las relaciones entre los agentes involucrados en los hechos indebidos<sup>209</sup>. La concurrencia institucional podrá generar la incapacidad de la persona jurídica de colaborar eficazmente como consecuencia del miedo de la persona física clave de ayudar en esa colaboración.

### **3.4. La no vinculación y los riesgos de la colaboración**

La ausencia de criterios de vinculación entre las competencias de las autoridades también genera otras zonas de incertidumbre a los colaboradores, de manera que funcionan como límites a la utilización de la

---

<sup>206</sup> Específicamente en este caso, es verdad que el acuerdo con la Fiscalía y Odebrecht fue firmado antes, de manera que una persona física adherente a el primero acuerdo ya tendría obtenido las ventajas de la colaboración delante de la Fiscalía en lo que se refiere al no ejercicio de acción penal. No obstante, personas físicas que tuvieran el interés de colaborar con AGU y CGU y no lo hubieran hecho con la Fiscalía no recibirían dichas ventajas en sede de responsabilidad penal.

<sup>207</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 23-25) y CANNETTI (2018: 52 y ss.).

<sup>208</sup> *Vid.* art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>209</sup> CANNETTI (2018: 100-104).

justicia negociada en los casos mencionados. La no vinculación de la colaboración significa que los potenciales colaboradores tienen que negociar con *todas* las autoridades competentes, en sus respectivos ámbitos, para proponer algún tipo de responsabilidad por los hechos. Específicamente en los casos de corrupción y responsabilidad de personas jurídicas a nivel federal, conforme se ha mencionado, tendrán competencia, como mínimo, la Fiscalía Federal, de la AGU y de la CGU<sup>210</sup>. La colaboración con la Fiscalía Federal —aunque plena y eficaz— no limita la imposición de responsabilidad por parte de la AGU y de la CGU. En realidad, no implica la imposibilidad de que dichas autoridades promuevan los procesos necesarios para imposición de responsabilidad a la persona jurídica colaboradora. Eso porque el sistema jurídico brasileño permite una multiplicidad de responsabilidad por corrupción a las personas jurídicas a través de la descripción de las mismas conductas como ilícitas en distintas normas<sup>211</sup>. Además, las propias leyes prevén que la responsabilidad aplicable a las personas jurídicas —y personas físicas, a su caso— son independientes, de manera que la actuación de las instituciones competentes por la búsqueda de la responsabilidad no generaría *bis in ídem*<sup>212</sup>. La Ley de la Empresa Limpia menciona expresamente que la imposición de responsabilidad que prevé no afecta los procesos y la responsabilidad por hechos previstos en la Ley de *Improbidad* Administrativa<sup>213</sup>. La Ley de *Improbidad* Administrativa, de igual modo, también contiene una disposición garantizando la independencia de la responsabilidad que prevé con relación a los demás tipos de responsabilidad, sean penal, civil o administrativo<sup>214</sup>.

Esto sitúa a la persona jurídica colaboradora en una situación de resultados imprevisibles. Aunque colabore con la autoridad competente para promover su responsabilidad por los hechos de corrupción, estará sujeta a la responsabilidad a partir de la actuación de otras instituciones. De nuevo, en el caso de la Ley de *Improbidad* Administrativa y en el caso de la Ley de la Empresa Limpia, mencionadas como ejemplos, a través de la imposición de responsabilidad en la modalidad *administrativa*. En ese sentido, las mismas personas, por los mismos hechos estarán sujetas a sufrir imposición de responsabilidad a través de más de un dispositivo de ley. Además, las mencionadas leyes prevén sanciones de naturaleza similar,

---

<sup>210</sup> También podrá haber la competencia, por ejemplo, del Tribunal de Cuentas de la Unión y de otras autoridades competentes en otros niveles de la federación. *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019).

<sup>211</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 55-57) y RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019: 311-314).

<sup>212</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 52). En sentido contrario y específicamente sobre la Ley de *Improbidad* Administrativa, TOJAL (2014).

<sup>213</sup> Art. 30, I de la Ley 12.846/2013.

<sup>214</sup> Art. 12 de la Ley 8.429/1992.

como las sanciones multa<sup>215</sup>. Con ello, aunque los dispositivos legales prevean expresamente la independencia de las instancias y no haya ninguna revocación expresa entre dichas leyes, el modelo actual del sistema jurídico es un poco laberíntico y demanda esfuerzo y un complejo análisis de riesgo por parte de la potencial colaboradora<sup>216</sup>. El sistema genera una doble distorsión. Por un lado, permite que más de una institución utilice los procesos necesarios para imponer responsabilidad de igual naturaleza a las personas jurídicas —creando una situación de posible *bis in ídem*, en el caso de haber doble imposición del mismo tipo de responsabilidad por los mismos hechos al mismo sujeto—. Por otro lado, también permite que se imponga la responsabilidad —o por lo menos que se adopten los procesos necesarios para ello— para personas jurídicas que intentaron resolver su caso a través de una solución consensuada de colaborar con las investigaciones y la reparación de los daños causados. Es decir, aunque exista colaboración en sede de justicia negociada para resolver el caso de manera más rápida, otras autoridades pueden promover las medidas necesarias para procesar e imponer responsabilidad (de la misma naturaleza, administrativa) al colaborador.

Otra área de incertidumbre generada por la no vinculación entre las instancias está relacionada con la utilización de la información y pruebas entregados durante la colaboración de la persona jurídica. En el caso práctico, el propio acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía Federal menciona el compromiso asumido por las autoridades de defender judicialmente el acuerdo y actuar junto a las otras autoridades administrativas para incentivar otros acuerdos sobre los mismos hechos<sup>217</sup>. Además, dicho acuerdo contiene una cláusula que prevé la posibilidad de que la información y pruebas entregados sean utilizados por otros fiscales solamente en concordancia con las cláusulas del acuerdo<sup>218</sup>. En el acuerdo de lenidad de Odebrecht con AGU y CGU hay una cláusula expresa sobre el compromiso de esas autoridades de informar a las administraciones que sufrieron daños por la conducta sobre el acuerdo, la colaboración y la consecuente imposibilidad de imposición de responsabilidad a la colaboradora<sup>219</sup>. Eso se relaciona con el tipo de competencia previsto en la Ley de la Empresa Limpia en el ámbito federal, de que la Administración que sufrió el daño —y la CGU— pueden iniciar los procesos para imponer responsabilidad, pero solamente la CGU puede negociar colaboración, que

---

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019: 368-370).

<sup>216</sup> Organismos internacionales de seguimiento de la implementación de las convenciones antisoborno, como la de la Organización de los Estados Americanos y la de OCDE, apuntaron la sobrexposición de leyes en materia de responsabilidad por corrupción en Brasil. RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019: 304-306).

<sup>217</sup> Cláusula 8.ª del acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía Federal.

<sup>218</sup> Conforme se observa del ítem II de la cláusula 8.ª del acuerdo con la Fiscalía Federal.

<sup>219</sup> Cláusula 14.2 del acuerdo firmado con AGU y CGU.

vincula a la Administración que sufrió el daño<sup>220</sup> —por lo menos en ámbito federal—. Dichas cláusulas demuestran el compromiso de las instituciones brasileñas de defender los acuerdos firmados e informar a las instancias responsables sobre los efectos de la resolución de la responsabilidad a través de la utilización de herramienta de justicia negociada.

No obstante, conforme se ha mencionado, la resolución del caso con la Fiscalía no vincula a la CGU y a la AGU, ni la resolución con estas instituciones vincula a la Fiscalía Federal. Como resultado, la persona jurídica que intenta colaborar con la Administración Pública en Brasil no sabe al inicio de su colaboración cómo serán utilizadas la información y pruebas presentadas. Por ejemplo, la Ley no prohíbe que los elementos de prueba presentados para colaborar con la Fiscalía no sean accesibles o utilizados por otras autoridades. Tampoco está prohibido que la información y pruebas suministradas durante la colaboración con la CGU y la AGU no sean accesibles para la Fiscalía; al contrario: la propia ley de la Fiscalía Federal les garantiza el acceso a información que esté en posesión de otros órganos públicos<sup>221</sup>. Además, considerando que la regla general de Brasil es la transparencia de la información y de los procesos —salvo excepciones— por lo menos parte de las informaciones y elementos de prueba estarán disponibles a través de reglas de transparencia pasiva y activa<sup>222</sup>.

El hecho de que el acuerdo genera la resolución de la responsabilidad vinculada solamente a la institución que lo firma parece ser una consecuencia lógica del propio concepto de acuerdo. No obstante, debido a la existencia de otras competencias para promover la responsabilidad —de misma naturaleza y por los mismos hechos—no se puede garantizar a la persona jurídica colaboradora que la información y pruebas suministradas no serán utilizadas contra ella. Esa consecuencia indeseable podría ser adecuada si son considerados otros ámbitos de responsabilidad. Por ejemplo, un acuerdo con la Administración Pública no podría generar efectos sobre la responsabilidad por indemnización de daños causados a particulares por hechos que pueden ser probados a partir de la colaboración. Sin embargo, el sistema de Brasil, por lo menos abstractamente, permite que las otras instituciones utilicen las pruebas contra la propia empresa. En

---

<sup>220</sup> El acuerdo firmado con Odebrecht y AGU y CGU representa, en este caso, el acuerdo firmado con el Poder Ejecutivo federal. De esa manera, otras instituciones vinculadas al Poder Ejecutivo federal no podrán ejercer las competencias sancionatorias previstas en la Ley de la Empresa Limpia contra la persona jurídica colaboradora.

<sup>221</sup> Conforme previsto en el art. 8.º de la Ley Complementar 75/1993.

<sup>222</sup> El acuerdo con la Fiscalía Federal prevé cláusulas de sigilo mientras pendientes acciones de la Fiscalía —cláusula 11— y con relación a los hechos transnacionales, por seis meses —cláusula 19 del acuerdo—. De igual modo, el acuerdo con la AGU y la CGU también prevé cláusula relacionadas al sigilo, permitiendo la divulgación de las informaciones mientras no generen perjuicio a investigaciones —cláusula 18 del acuerdo— además e otras condiciones, como el mantenimiento del secreto comercial.

principio, la empresa colaboradora podría defenderse en juicio —o delante de la autoridad competente— alegando una especie de mala fe de la Administración por utilizar su colaboración contra sí misma. Pero, aunque ese tipo de defensa sea hipotéticamente razonable y finalmente genere la victoria de la persona jurídica colaboradora, por lo menos una de las ventajas de la colaboración fue perdida: prescindir de la marcha tradicional del proceso en la resolución del caso. Es decir, en el ejemplo, la persona jurídica colabora con la Administración y después se defiende de la propia Administración —aunque la colaboración sea prestada ante una institución y la defensa ante otra institución—. Se pierde una de las ventajas de la colaboración, que era realmente no tener que disponer de los perjuicios causados por la marcha procesal, tanto como consecuencias directas como consecuencias indirectas, que en el caso de personas jurídicas puede significar pérdida de consumidores y de contratos, además de pérdida en valor de mercado.

Otra consecuencia relevante de la colaboración es la posibilidad de utilizar las informaciones y elementos de prueba contra otras personas involucradas en los hechos. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia, eso es parte de la propia naturaleza de la herramienta de justicia negociada, que demanda una colaboración que permita ampliar el conocimiento de los hechos por parte de la Administración, inclusive en lo que se refiere a otras personas involucradas<sup>223</sup>. La persona jurídica colaboradora asume la obligación de ayudar en la identificación de personas y en la producción de las pruebas necesarias para el caso<sup>224</sup>. Ocurre igual con la Ley de Lucha contra las Organizaciones Criminales de Brasil, que prevé la colaboración premiada de personas jurídicas con las investigaciones como forma de obtener una resolución consensuada que produzca elementos relevantes para el interés público<sup>225</sup>. Esa colaboración es considerada un medio de producción de prueba o un medio de obtención de pruebas<sup>226</sup>. Los acuerdos de lenidad y las colaboraciones premiadas en Brasil requieren la ayuda para la investigación y procesamiento de los casos. Además, la Ley no limita ante qué autoridades deberá haber colaboración ni qué autoridades tendrán acceso a la información y elementos de prueba presentados —lo que parece una medida adecuada, dado que además de la responsabilidad administrativa también habrá responsabilidad penal y civil, conforme se ha mencionado, muchas de las veces competencia de distintas instituciones—.

Como resultado, es posible que una autoridad que no sea parte de un acuerdo de lenidad, por ejemplo, utilice las informaciones y elementos de prueba para procesar a otras personas involucradas en los hechos. Además,

---

<sup>223</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>224</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 115-117).

<sup>225</sup> Arts. 3.º y 4.º de la Ley 12.850/2015.

<sup>226</sup> BADARÓ (2018), evaluando críticamente dicha nomenclatura.

es posible que dicha autoridad demande la comparecencia o la participación del colaborador en sede judicial, para funcionar como testigo o para proveer documentos y otras informaciones. Esa situación parece más una ventaja en el sistema de Brasil que un fallo, dado que posibilita la utilización amplia de los elementos producidos durante la colaboración en la búsqueda de imposición de responsabilidad a los responsables.

Sin embargo, dada la concurrencia institucional, también genera una zona turbia en la colaboración con la Administración: la misma persona puede funcionar como colaborador en un proceso e investigado en otro, a partir del ejercicio de la competencia de la misma institución. La situación de Odebrecht es una buena ilustración del caso. Si hubiera solamente acuerdo con la Fiscalía Federal y la empresa, la competencia institucional de CGU permitiría empezar un proceso de responsabilidad administrativa en el cual Odebrecht fuera el investigado. Además, CGU también podría conducir procesos disciplinarios en los cuales serían investigados los funcionarios indicados como involucrados en hechos de corrupción por Odebrecht en la colaboración con la Fiscalía. CGU también podría empezar procesos de responsabilidad administrativa contra otras empresas participantes del esquema, utilizando las informaciones y elementos de prueba de Odebrecht. CGU podría, incluso, solicitar a la Fiscalía Federal que pidiera la colaboración de la empresa en los referidos procesos —en los términos del acuerdo de lenidad firmado con la Fiscalía—. De igual modo, la AGU podría ejercer sus competencias institucionales a partir de elementos de pruebas e informaciones suministrados por Odebrecht en su colaboración con la Fiscalía Federal. Estas hipótesis son distintas de la situación en la que una institución utilizaría la propia colaboración contra la colaboradora. Sin embargo, también generan una situación compleja, dado que la colaboradora sería ante una misma autoridad colaboradora para efectos de procesos relativos a otras personas e investigada con relación a su propia responsabilidad —por los mismos hechos—. Una situación similar podría ocurrir con Odebrecht si firmara el acuerdo solamente con la CGU y la AGU. La Fiscalía Federal podría utilizar dichas informaciones en los procesos de responsabilidad de las otras personas involucradas y podría empezar investigaciones contra la propia Odebrecht.

La situación fáctica podría volverse aún más compleja. Añadiendo más elementos hipotéticos —que no ocurrieron<sup>227</sup>— en el ejemplo de Odebrecht, y asumiendo un acuerdo solamente con AGU y CGU, la Fiscalía Federal podría empezar investigaciones criminales en contra de las personas físicas identificadas a partir de las informaciones y elementos de pruebas

---

<sup>227</sup> Sobre los acuerdos con Odebrecht, *vid.* apartados anteriores específicos de este capítulo. *Vid.* también *AGU e CGU assinam acordo de leniência com Odebrecht*, Reuters (8 de julio de 2018), <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1JZ2I7-OBRTP> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).



presentados por Odebrecht. Algunas de las referidas personas físicas podrían realizar un acuerdo de colaboración premiada con la Fiscalía, de manera que suministraran elementos de prueba e informaciones sobre los hechos irregulares, incluso demostrando la culpabilidad de Odebrecht. En base, por ejemplo, a la Ley de *Improbidad* Administrativa, la Fiscalía podría empezar procesos judiciales de responsabilidad contra Odebrecht basado en la colaboración de las personas físicas. En esa situación —hipotética— la empresa colaboradora sería responsable de producir informaciones y elementos de prueba contra personas físicas en sede de colaboración con la AGU y la CGU. La Fiscalía, utilizando esas informaciones, podría investigar y procesar criminalmente a personas físicas y hacer acuerdos de colaboración premiada. A través de dichos acuerdos, la Fiscalía podría obtener informaciones y elementos de prueba contra la empresa —que fue el colaborador responsable de proporcionar los elementos necesarios para procesar a las personas físicas—. En este ejemplo, la colaboradora fue indirectamente responsable de la producción de pruebas que, posteriormente, serían relevantes para su propia investigación y procesamiento ante otras autoridades.

Por último, la inexistencia de vinculación entre las colaboraciones también deja espacio para la incertidumbre respecto a la doble imposición de multa y de cobro de activos relacionados con otros pagos. Por ejemplo, el acuerdo firmado con Odebrecht y la Fiscalía Federal prevé el pago de multa y, de manera general, devolución de los beneficios obtenidos e indemnización por los perjuicios causados<sup>228</sup>. El acuerdo con la AGU y la CGU, de igual modo, prevé el pago de valores como multa y resarcimiento a los presupuestos públicos<sup>229</sup>. Los dos acuerdos mencionan los pagos de sanciones financieras también conforme acuerdos con Estados Unidos y Suiza. AGU y CGU, en su acuerdo, reconocen los pagos en el ámbito de los demás acuerdos y se comprometen a realizar tratos con las otras autoridades —incluso de los otros países— con la finalidad de articular la adecuada destinación de los pagos realizados por la colaboradora<sup>230</sup>. De esta manera, hubo un esfuerzo de las instituciones que negociaron acuerdos con Odebrecht de trazar estrategias con el fin de impedir un doble cobro por la responsabilidad, incluyendo multas y resarcimientos por perjuicios causados.

Aun así, en términos prácticos, la empresa depende de la concordancia de las autoridades —brasileñas y de los demás países— en la destinación de los pagos para tener sus obligaciones consideradas concluidas. Considerando que fueron firmados varios acuerdos con distintas

---

<sup>228</sup> Cláusula 7.<sup>a</sup> del acuerdo con la Fiscalía Federal.

<sup>229</sup> Cláusulas 8.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> del acuerdo con la AGU y la CGU.

<sup>230</sup> Cláusula 8.2.1 del acuerdo con la AGU y la CGU.

autoridades<sup>231</sup>, en términos abstractos, cada una de esas autoridades podría no reconocer la forma de pago propuesto por la otra y declarar, en su competencia, incumplimiento del acuerdo por parte de Odebrecht. El compromiso de las autoridades brasileñas de negociar con las otras autoridades es, ciertamente, importante para la colaboradora. No obstante, no significa la resolución del caso sin la posibilidad de cobros dobles, significa simplemente que las autoridades reconocen la relevancia de negociar entre sí la forma de ejecutar los pagos. En el caso de Odebrecht, la situación —de acuerdos firmados entre 2016 y 2018— no parece estar resuelta. El acuerdo con la Fiscalía prevé que esa institución será responsable de administrar la cuenta en la cual la empresa hará los pagos destinados a Brasil<sup>232</sup>. El anexo del acuerdo que contiene el destino final de los pagos no es de acceso público; no obstante, la Fiscalía Federal informó que los recursos en Brasil serán destinados a resarcir los daños y para el presupuesto de la Unión —en lo que se refiere a las multas como la de la Ley de Improbidad—, no habiendo activos para la utilización por parte de la propia Fiscalía Federal<sup>233</sup>. Sin embargo, en abril de 2019, uno de los jueces de la suprema corte de Brasil —el STF— solicitó, a la autoridad judicial responsable de la homologación del acuerdo y a la Fiscalía Federal, explicaciones sobre la utilización de los fondos pagos<sup>234</sup>. La solicitud de explicaciones está basada en la información del acuerdo firmado de que la verba estaría depositada en una cuenta a la disposición de la Fiscalía Federal, cuando lo adecuado era hacer el depósito en la cuenta única de los presupuestos federales<sup>235</sup>. Además, la propia Ley de la Empresa Limpia —también utilizada por la Fiscalía Federal como fundamento para su acuerdo de lenidad con Odebrecht— prevé que la multa y la pérdida de bienes y

---

<sup>231</sup> A lo que parece, por lo menos cinco. Por lo menos dos acuerdos en Estados Unidos, uno con DOJ y otro con SEC. Un acuerdo en Suiza, un acuerdo con la Fiscalía Federal de Brasil y un acuerdo con AGU y CGU. *Vid. AGU e CGU assinam acordo de leniência com Odebrecht*, Reuters (8 de julio de 2018), <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1JZ2I7-OBRTP> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). *Vid. también Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, Department of Justice (21 de diciembre de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>232</sup> Cláusula 7.<sup>a</sup> del acuerdo.

<sup>233</sup> *Vid. Pedro Canário, Leniência da Odebrecht também transforma MPF em gestor bilionário*, Consultor Jurídico (2 de abril de 2019), <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/lenienciac-odebrecht-tambem-transforma-mpf-gestor-bilionario> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>234</sup> *Vid. Pedro Canário, Alexandre de Moraes pede explicações sobre acordo de leniência da Odebrecht*, Consultor Jurídico (4 de abril de 2019), <https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/alexandre-moraes-explicacoes-leniencia-odebrecht> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020), y *Alexandre de Moraes pede que PGR também explique leniência da Odebrecht*, Consultor Jurídico (5 de abril de 2019), <https://www.conjur.com.br/2019-abr-05/alexandre-moraes-pgr-explique-leniencia-odebrecht> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>235</sup> *Id.*

activos en base en sus dispositivos deberá ser, preferentemente, destinadas a las personas jurídicas que sufrieron los perjuicios de los hechos indebidos<sup>236</sup>. Conforme a los términos del acuerdo con la Fiscalía, existe la posibilidad de perjuicios causados a Petrobras, a estados y municipios brasileños, y a otros órganos y entidades de la Administración<sup>237</sup>.

### 3.5. El control de la colaboración

El hecho de que hay una concurrencia de multiplicidad de instituciones, de tipos de procesos y de leyes relacionadas con la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción provoca que exista, conforme se ha mencionado, diversidad de situaciones que pueden terminar con acuerdos de colaboración con personas jurídicas.

Aunque la Ley de la Empresa Limpia prevé la competencia de la CGU, en el ámbito federal<sup>238</sup>, el caso de Odebrecht demuestra que no hay un consenso sobre la no competencia de otras instituciones en negociar la colaboración de las personas jurídicas dentro de sus competencias institucionales. Tampoco hay consenso sobre cómo negociar: en acuerdos individuales con Fiscalía Federal y CGU con AGU, o en un acuerdo colectivo con las tres instituciones<sup>239</sup>. Como consecuencia, también habrá una heterogeneidad de las instancias de control institucionales de los acuerdos que ocurrirá con independencia de que la negociación sea hecha colectivamente por parte de las autoridades o de manera fraccionada — como fue el caso de Odebrecht—.

En el caso de la Fiscalía Federal, dada la posibilidad de concurrencia de efectos penales con otros de naturaleza administrativa y civil, habrá control por parte de la autoridad judicial competente y por parte de la autoridad de supervisión de las investigaciones de los fiscales, una especie de control interno. Eso puede ser observado en la cláusula de homologación del acuerdo de lenidad firmado con Odebrecht<sup>240</sup>. En un primer momento, el acuerdo de lenidad sería enviado a la cámara especializada de homologación del propio Ministerio Fiscal, dada su competencia para analizar los efectos de las investigaciones relacionadas con la *improbidad* administrativa<sup>241</sup>.

<sup>236</sup> Art. 24 de la Ley 12.846/2013.

<sup>237</sup> Se puede inferir eso con base en la cláusula en la cual la Fiscalía asume el compromiso de articularse con otras autoridades, incluso de estados y municipios brasileños, sobre el acuerdo y los hechos de competencia de dichas autoridades. *Vid.* Cláusula 8, I, a del acuerdo con la Fiscalía Federal.

<sup>238</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>239</sup> Existen evidencias de que las autoridades federales intentan negociar en conjunto las condiciones de algunos acuerdos, o lo hacen considerando el acordado con las otras instituciones. Ver, por ejemplo, Carla Araújo & Fabio Pupo, *CGU e AGU assinam acordo de R\$ 1,49 bilhão com Andrade*, Valor (18 de diciembre de 2018), <https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/12/18/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-de-r-149-bilhao-com-andrade.ghtml> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>240</sup> Cláusula 17 del acuerdo con la Fiscalía Federal.

<sup>241</sup> Ítem I de la cláusula 17.

Tras ser homologado en el propio Ministerio Fiscal, el acuerdo estaría listo para su homologación ante la autoridad judicial competente para decidir sobre los hechos penales<sup>242</sup>. Con ello, el acuerdo firmado por los fiscales con competencia para investigar y ejercer las acciones judiciales relacionada con los hechos pasaría por una homologación interna y una homologación del Poder Judicial para efectos penales. Además, el acuerdo también contiene el compromiso de que los fiscales, tras la homologación interna, informarán a los juzgados en los cuales tramitarán acciones de naturaleza civil<sup>243</sup>, para efectos de desbloqueo de bienes y eventual desestimación de medidas cautelares en contra de Odebrecht<sup>244</sup>.

Los trámites de aprobación en los casos de acuerdos firmados con AGU y CGU son muy distintos, dado la propia distinción entre las competencias de negociación y aprobación. En primer lugar, en dichas instituciones existe la competencia de la autoridad máxima de los órganos —en este caso, los ministros de AGU y de CGU— de designar una comisión de negociación tras recibir una solicitud por parte de la potencial colaboradora. A partir del informe final de la comisión de negociación, que deberá evaluar la propuesta de acuerdo, su efectividad y la conformidad de las condiciones y requisitos legales para la colaboración, las autoridades máximas de AGU y CGU podrán firmar un acuerdo con la empresa colaboradora<sup>245</sup>. En ese aspecto, de manera distinta a lo que ocurre con la Fiscalía Federal, la competencia para determinar la negociación y para firmar el acuerdo es de la autoridad máxima jerárquica de las instituciones.

No hay una instancia de supervisión que ejerza control interno de la firma del acuerdo. A partir de la decisión de la autoridad máxima sobre el inicio de la negociación, una comisión de funcionarios especializados es designada para la conducción de las negociaciones y el desarrollo de las condiciones y cláusulas del acuerdo. Finalmente, la comisión de funcionarios prepara un informe para la autoridad máxima, con fundamentos y explicaciones sobre la efectividad del acuerdo. En base a eso la autoridad máxima firma o no el acuerdo. El sistema de la Ley de la Empresa Limpia, sin embargo, expresa una dinámica distinta de firmar un acuerdo con la Fiscalía y proponer las homologaciones interna y judicial —esta, en el caso de Odebrecht, solo para los efectos penales del acuerdo—. Las tareas de negociación y confección de la propuesta de acuerdo y aprobación final del acuerdo están distribuidas entre distintos agentes —lo cual no pasa con la Fiscalía, donde el fiscal o los fiscales competentes

---

<sup>242</sup> Ítem II, a de la cláusula 17.

<sup>243</sup> Lo que incluye acciones basadas en la responsabilidad *administrativa* prevista en la Ley de *Improbidad Administrativa*.

<sup>244</sup> Ítem I, f de la cláusula 8.<sup>a</sup> del acuerdo con la Fiscalía.

<sup>245</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013, art. 31 del Decreto Federal 8.420, de 18 de marzo de 2015, *Diário Oficial da União* (DOU) de 19.03.15 (Brasil) (en adelante Decreto 8420/2015) y la Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

negocian y firman—. En ese sentido, existe una similitud entre las dos situaciones: están los responsables de evaluar la colaboración y manifestar la aprobación del acuerdo —que en el caso de la Fiscalía incluye firmar el acuerdo a ser homologado internamente— y la autoridad interna que decidirá conferir los efectos necesarios a la colaboración —que en el caso de AGU y CGU en realidad firma el acuerdo—. No obstante, las diferencias de estructura, competencias y prerrogativas de la Fiscalía Federal y de la AGU y CGU son muchísimas, de manera que no hay una equivalencia perfecta entre los institutos<sup>246</sup>.

En base a esa estructura de negociación y aprobación, el acuerdo firmado entre AGU, CGU y Odebrecht, contiene una previsión de total validez independientemente de la homologación judicial<sup>247</sup>. No obstante, el acuerdo también prevé la acción de la autoridad para promover la homologación judicial, con extinción de causas judiciales propuestas en contra de la colaboradora<sup>248</sup>. En este caso, lo que prevé el acuerdo no es una homologación necesaria para empezar a tener efectos, sino una medida procesal para cerrar los procesos judiciales abiertos que traten sobre los mismos contenidos con decisión sobre el mérito de la causa con base en la transacción entre las partes<sup>249</sup>. En este sentido, el acuerdo firmado con AGU y CGU no está sujeto a una homologación para generar efectos. Con relación a la reparación del daño, dadas las competencias institucionales del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), existe una discusión sobre la posibilidad de extender las ventajas del acuerdo a su ámbito de competencia institucional<sup>250</sup>. No obstante, no se trata de una homologación para conceder de los efectos del acuerdo de lenidad en los términos de la Ley de la Empresa Limpia. Además, el TCU es un órgano que forma parte del Poder Legislativo, no manteniendo, en ese sentido, competencias de jurisdicción típicas del Poder Judicial. Es interesante observar, inclusive, que la AGU es el órgano responsable de representar ante el Poder Judicial el interés del TCU. En ese sentido, una hipotética discusión judicial entre el acuerdo firmado con las autoridades mencionadas y el TCU resultaría en la representación por parte de la AGU de las dos partes<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> Para profundizar todas las distinciones posibles haría falta explicitar la posición de las instituciones en el sistema brasileño, además de evaluar los normativos de responsabilidad y control interno, incluso en lo que se refiere a cuestiones disciplinarias, de las distintas carreras de funcionarios. Ese análisis no es objeto de estudio y alargaría sobremanera este punto.

<sup>247</sup> Cláusula 19.1 del acuerdo firmado con AGU y CGU.

<sup>248</sup> Cláusula 14.3.2 del acuerdo.

<sup>249</sup> *Vid.* Código de Processo Civil, art. 487, III, b.

<sup>250</sup> ATHAYDE (2019: 307-309).

<sup>251</sup> Dicha posibilidad está referida expresamente en el acuerdo firmado con la Odebrecht, en el cual se reconoce que la AGU es la responsable para eventualmente representar la Unión a partir de decisión emitida por el TCU relacionada con los hechos del acuerdo. Cláusula 14.4.1 del acuerdo.

Consideradas todas las posibilidades mencionadas, en el caso de los acuerdos firmados por Odebrecht —con la Fiscalía Federal y con AGU y CGU— se puede observar una multiplicidad de autoridades responsables de la decisión final. En consecuencia, la persona jurídica colaboradora tenga su situación más estable solamente tras la firma por parte de dos ministros de Brasil —de AGU y CGU— y de la aprobación por el órgano de supervisión de la Fiscalía Federal y por la autoridad judicial competente para decidir las causas, considerando la competencia distinta entre la autoridad judicial penal y la autoridad judicial civil. En este sentido, aunque la negociación sea hecha por la Administración de manera colectiva —con concordancia de condiciones por parte de la Fiscalía, de la AGU y de la CGU con la finalidad de firmar solo un acuerdo— la persona jurídica dependerá de la aprobación de otras instancias para tener los efectos de su acuerdo validados. Además, un acuerdo único también podrá generar consecuencias complejas. Por ejemplo, por parte de la AGU y de la CGU, la firma de las autoridades máximas es suficiente para generar efectos. Por parte de la Fiscalía, además de la firma por el fiscal competente, hace falta la homologación por la autoridad de supervisión. No hay previsión legal de cuáles serán los efectos del acuerdo en caso de que dicha autoridad no lo homologue. Eso hace que un acuerdo, hipotéticamente, pueda generar efectos para la AGU y CGU y no genere efectos para la Fiscalía Federal. Considerando la Ley de Improbidad<sup>252</sup> y el proceso judicial de responsabilidad de la Ley de la Empresa Limpia<sup>253</sup>, como ejemplos, el sistema brasileño permite competencia concurrente entre Fiscalía Federal y AGU. En el ejemplo, para una de las autoridades el caso estará resuelto a partir de la colaboración y para la otra autoridad, no estará resuelto debido a la no homologación. Todo ello para efectos de los mismos procesos y de las mismas responsabilidades, lo que añade más incertidumbre a la posición de la persona jurídica con un potencial de colaboración.

La multiplicidad del sistema de responsabilidad y de colaboración de las personas jurídicas también añade complejidad a la posibilidad de control judicial de los acuerdos de colaboración. Según la Ley de la Empresa Limpia, el acuerdo es una solución consensuada de una causa con la propia Administración Pública. En principio, la autoridad administrativa no tiene completa discrecionalidad para decidir firmar o no el acuerdo, dado que la propia ley prevé resultados a ser obtenidos por la colaboración y requisitos que debe cumplir el colaborador<sup>254</sup>. No obstante, la propia ley prevé que es una *potestad* de la autoridad decidir si acepta la colaboración de la persona jurídica y firma un acuerdo de lenidad, dado que utiliza el verbo *poderá* —

---

<sup>252</sup> Art. 17 de la Ley 8.429/1992.

<sup>253</sup> Art. 19 de la Ley 12.846/2013.

<sup>254</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013. *Vid.* también ATHAYDE (2019: 267 y ss.), CANETTI (2018: 191-192) y SIMÃO & VIANNA (2017: 99 y ss.).

podrá— para definir la acción de la autoridad<sup>255</sup>. Por lo tanto, se trata de una decisión administrativa en la cual la autoridad responsable puede evaluar las cláusulas legales, el cumplimiento del interés público y decidir dentro de los límites legales. La autoridad decide un mérito administrativo —que no puede extrapolar los límites de la ley— pero que permite decisiones distintas a partir de la evaluación de la propia autoridad. En ese caso, en Brasil, puede haber evaluación de la autoridad judicial de legalidad de la decisión, pero no podrá haber evaluación amplia de oportunidad o de conveniencia de la decisión de la Administración<sup>256</sup>. Es decir, quien decide si hubo interés público en la colaboración es la autoridad administrativa. La misma autoridad responsable de promover el procesamiento administrativo de la persona jurídica e imponer su sanción en los casos que no hubiera acuerdo<sup>257</sup>. Eso resulta que un eventual control judicial sea realizado en los marcos de control de los actos de competencia de la Administración Pública, por la autoridad judicial de competencia civil —la responsabilidad administrativa trasladada al juicio civil la competencia<sup>258</sup>—, considerándose, inclusive, que la imposición eventual de responsabilidad también es un acto administrativo.

En el caso del acuerdo con la Fiscalía Federal, además de la competencia de supervisión de la autoridad interna, podrá haber control judicial de los hechos. A efectos de las personas físicas colaboradoras, dada la naturaleza penal de la responsabilidad, ante la autoridad penal. En ese caso, la colaboración implica la propuesta de reducción de pena a ser impuesta a la persona física<sup>259</sup>. La competencia original para la imposición de la pena es de la propia autoridad judicial —que ejercerá el control del acto—. Podrá necesitarse la homologación del acuerdo —en este caso, eventualmente los firmados por la AGU también— por la autoridad con competencia para decidir las causas civiles como, por ejemplo, las basadas en la Ley de *Improbidad* Administrativa. De nuevo, la homologación en las referidas situaciones será hecha por la autoridad judicial competente para imponer la responsabilidad prevista en la ley de naturaleza no criminal. En resumen, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia, el eventual control judicial será

---

<sup>255</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 115). Art. 16 de la Ley 12.846/2013, en su original, con grifo:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública *poderá* celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte.

<sup>256</sup> *Vid.* CORDEIRO (2020: 94-95) hablando del desarrollo del control judicial de los actos de la administración en Brasil.

<sup>257</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>258</sup> Juicio civil en contraposición al juicio penal. Brasil no tiene juzgados administrativos, de manera que el control judicial de los actos de la administración es realizado por la autoridad judicial con competencia para decidir causas de naturaleza civil.

<sup>259</sup> En el caso de personas físicas, en los términos del instituto de la *colaboración premiada* mencionado en los apartados anteriores.

sobre actos de competencia exclusiva de la autoridad administrativa —tanto en lo que se refiere a firmar un acuerdo como en lo que se refiere a no firmarlo e imponer responsabilidad administrativa en los términos de la ley—. En el caso de los otros dispositivos legales sobre los cuales las instituciones proponen la transacción a través de la utilización del acuerdo de lenidad, algunas veces la transacción versará sobre la competencia de actos judiciales de imposición de responsabilidad. Además, potencialmente ante autoridades judiciales distintas —el juez penal en el caso de las personas físicas participantes y el juez civil en el caso de la responsabilidad de personas jurídicas previstas en otras leyes—. Eso hace que un mismo acuerdo pueda estar sujeto a control judicial en niveles distintos y delante de autoridades judiciales distintas, conforme a los efectos propuestos de los acuerdos. Incluso en los casos en los cuales la persona jurídica potencial colaboradora intente cuestionar judicialmente la decisión de las instituciones de no aceptar la propuesta de acuerdo.

#### **4. Consideraciones reflexivas y toma de postura**

En el sistema brasileño de justicia se implementaron a lo largo de los años distintas herramientas de justicia negociada, tanto de naturaleza civil y administrativa como de naturaleza penal. En lo que se refiere a la lucha contra la corrupción, las herramientas disponibles hacen que sea posible aceptar la colaboración con personas físicas y personas jurídicas. El diseño de algunas de esas herramientas requiere que la justicia negociada sea utilizada como una forma de colaboración con las investigaciones, de manera que genere resultados beneficiosos para el interés público, especialmente en el ámbito de los delitos complejos. Con ello, las autoridades brasileñas disponen de varias oportunidades de ampliar la obtención de informaciones y elementos de prueba a través de la ayuda y de la cooperación de personas involucradas en los hechos indebidos. Esto puede significar un incremento en el potencial del sistema de generar responsabilidad, porque hace posible ampliar los efectos de prevención y represión del Derecho Penal —y en el caso de Brasil, también del Derecho Administrativo sancionador—. Las herramientas de colaboración existentes posibilitan ampliar la investigación y la imposición de responsabilidad a las otras personas involucradas, además de permitir que la Administración identifique con más precisión los daños causados y las víctimas de las conductas.

Como resultado de las iniciativas legales y reglamentarias relacionadas con el sistema de lucha contra la corrupción, Brasil viene adoptando la estrategia de asignar a múltiples instituciones tareas distintas en las investigaciones y en la imposición de responsabilidad. Por un lado, esa multiplicidad de instituciones es una ventaja, puesto que posibilita construir investigaciones multidisciplinarias, disponer de cuerpos de funcionarios especializados y tener instancias de control horizontal, dado



que es un elemento natural del sistema la necesidad de colaboración entre las distintas autoridades. No obstante, ese planteamiento legal muchas veces produce una sobrexposición de responsabilidades, una multiplicidad de procesos, una pluralidad de instancias de control, así como una repetición de las mismas conductas en distintas leyes como punibles. Debido a las tradiciones jurídicas e institucionales de Brasil, el sistema mezcla la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa — además de adoptar los estándares comunes de responsabilidad civil por daños y perjuicios—. De hecho, estas características del sistema de Brasil están basadas en los intentos del Estado brasileño de luchar contra la corrupción, sea a partir de leyes, de la construcción de jurisprudencia o desde la profesionalización de funcionarios y la consolidación de instituciones. A este contexto se añaden factores como obligaciones del Derecho Internacional, sucesivas protestas y tensión social, ayuda de otros países en la adopción de herramientas y soluciones de común acuerdo para problemas transnacionales, presiones del mercado y muchos otros factores.

La realidad está sobre la mesa: Brasil adopta un modelo de justicia negociada, y lo hace también cómo manera de permitir la colaboración de personas jurídicas en las investigaciones de corrupción y delitos relacionados. Al mismo tiempo, la realidad es dinámica: el “Caso Lava Jato”, las implicaciones de las estrategias criminales adoptadas por Odebrecht y otras informaciones desveladas desde 2014, demuestran una necesidad de utilizar al máximo todo lo que estuviera a disposición del Estado para investigar e imponer responsabilidad con la finalidad de intentar frenar la corrupción pública. En este camino, Brasil está involucrado en lo que algunos consideran el mayor caso de corrupción jamás investigado y, para hacer frente a ello, distintos actores vienen trabajando incesantemente: fiscales, auditores, abogados de la Administración, Policías, jueces y muchísimos otros. Eso ha conllevado a que novedosas herramientas jurídicas fueran probadas en los últimos años por la Administración, por el Poder Judicial, todo ello en un contexto social de insatisfacción y desacreditación institucional. Entre esos institutos están la responsabilidad de las personas jurídicas y la colaboración a cambio de una reducción de la sanción.

Aplicar la justicia negociada para las personas jurídicas en casos de corrupción no es simple, como se puede observar en el caso Odebrecht. Hay zonas de incertidumbre sobre el balance de los incentivos y desincentivos a la empresa que intenta colaborar. Hay dudas sobre el control de las decisiones administrativas y la capacidad de extraer ventajas. Pero, al mismo tiempo, todo el esfuerzo de los órganos y autoridades mencionadas generaron resultados destacables, cómo acuerdos para devolver ganancias obtenidas, el encarcelamiento de políticos de gran relevancia nacional y

regional<sup>260</sup>, la revisión de contratos públicos y el cambio de políticas en empresas que incluyen la adopción de controles internos con la implementación de programas de *compliance* y de responsabilidad social<sup>261</sup>. Si a pesar de todos estos avances hay graves limitaciones en el sistema de lucha contra la corrupción de Brasil, es posible que la adopción de estrategias adecuadas por las instituciones y la implementación de ajustes necesarios —también en las leyes— permita que el sistema genere oportunidades en la lucha contra los delitos.

Es decir, el novedoso paradigma de utilizar la resolución consensuada en el Derecho Penal, o más ampliamente, en el Derecho sancionador, para incrementar la rapidez y efectividad en el sistema genera dudas y preocupaciones. No obstante, estos límites del sistema pueden significar oportunidades para priorizar las herramientas y los efectos de represión y prevención de las conductas indeseables. Para la adecuada comprensión del tema hace falta dar unos pasos atrás. Hace falta situar la justicia negociada en sede de Derecho sancionador como un modelo distinto del Derecho Penal tradicional. Hace falta también desarrollar las relaciones entre el Derecho Penal y el poder de la Administración de usar el Derecho Administrativo. Para ello, es esencial evaluar el desarrollo de las instituciones en Brasil, en especial considerando el rol que se asigna desde hace muchos años al proceso administrativo y a la responsabilidad administrativa. Esto no se puede hacer sin considerar características importantes del modelo tradicional de proceso penal, la búsqueda por la verdad, y las limitaciones de la parte responsable por la acusación. Además, el caso de Brasil requiere que estos análisis sean adecuadamente trasladados al Derecho Administrativo sancionador. Es necesario evaluar las garantías procesales y las garantías posibles en el ámbito del proceso administrativo, en especial considerando a la persona jurídica como parte y su naturaleza distinta de las personas físicas. Para ello, hace falta identificar algunos límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, en especial cuando los dos están relacionados con la prevención y represión de los mismos hechos. Al final, la Ley de la Empresa Limpia deja abierta la cuestión de si es posible para el legislador cambiar

---

<sup>260</sup> Para algunas informaciones sobre resultados de la operación Lava Jato, por ejemplo, *vid. Operação Lava Jato: o avanço das investigações*, Folha de São Paulo, <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo3> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Para informaciones sobre verbas recuperadas y reparación de los daños relacionados a la utilización del acuerdo de lenidad por la AGU y la CGU, *vid. Carolina Brígido, AGU planeja recuperar mais de R\$ 10 bilhões em acordos de leniência em 2020*, O Globo (16 de diciembre de 2019), <https://oglobo.globo.com/brasil/agu-planeja-recuperar-mais-de-10-bilhoes-em-acordos-de-leniencia-em-2020-24140464> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>261</sup> Ver, por ejemplo, *"Nova Odebrecht" aposta em compliance e na trajetória empresarial*, Agência EFE, Época Negócios (30 de septiembre de 2017), <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/09/nova-odebrecht-aposta-em-compliance-e-na-trajetoria-empresarial.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

libremente la naturaleza jurídica de una conducta de manera particular para unos agentes y no para otros, mientras se mantiene la posibilidad de imponer restricciones a los derechos y garantías fundamentales a través de la aplicación de sanciones.

Por último, no se puede olvidar que la responsabilidad de personas jurídicas —incluso la responsabilidad por vía del acuerdo— tiene reflejos y consecuencias prácticas en la sociedad y el ordenamiento jurídico. Las personas jurídicas son ficciones utilizadas para llegar a determinadas finalidades, que pueden ser, por ejemplo, obtener lucro, prestar servicios sociales o simplemente plantear la utilización y protección de patrimonio. La intervención del Estado que signifique reducir patrimonio, suspender contratos o cerrar actividades puede reducir empleos, la prestación de servicios y el comercio de mercancías. Al mismo tiempo, la irresponsabilidad de las personas jurídicas, en especial en lo que se refiere a la práctica de corrupción, es un estímulo para el uso de estrategias que distorsionan el mercado y los precios. Permite que a las empresas menos competitivas les sean asignados contratos; en el caso de la corrupción pública, contratos relacionados con la confección del interés público: el desarrollo de infraestructura, el mantenimiento de servicios públicos o la implementación de servicios de interés para la sociedad, entre otros. La corrupción puede no ser el único factor responsable de la mala prestación de servicios de educación y sanidad, pero seguramente es uno de los factores muy relevantes para ello. Además, en los casos de corrupción generalizada, como se presupone que el “Caso Lava Jato” demuestra, la corrupción tendrá el potencial para destruir a lo largo de los años el desarrollo económico y social<sup>262</sup>. De igual modo, la corrupción política distorsiona la democracia en los más diversos frentes. Genera la concentración de recursos financieros en las manos de políticos corruptos, que podrán utilizarlos en sus campañas con la finalidad de mantener su poder. Genera la desafección de la ciudadanía sobre la clase política y sobre la importancia y el valor de su libertad de votar y escoger sus representantes.

En este contexto, la justicia negociada aplicable a la responsabilidad de las personas jurídicas puede significar una solución a medio camino entre la impunidad y las consecuencias negativas de la sanción. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia, la justicia negociada permite aminorar el impacto de la responsabilidad en las personas jurídicas. Permite —o a lo mejor requiere— que la colaboradora adopte las estrategias de prevención y

---

<sup>262</sup> Como ejemplo, el “Caso Lava Jato” también desveló desvíos de verbas en fondos de pensión de jubilados. Vid. Fernanda Rouvenat et al, *Operação Lava Jato cumpre mandados de prisão contra suspeitos de fraudar fundos de pensão*, O Globo (14 de abril de 2018), <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/policia-federal-investiga-prejuizos-a-fundos-de-pensao.ghtml> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Vid. también *Corrupção traz impacto negativo para a economia*, Istoé (2 de abril de 2019), <https://istoe.com.br/corruptcao-traz-impacto-negativo-para-a-economia/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

represión de delitos, con un cambio de la cultura corporativa. En este sentido, está planteada para preservar a las personas jurídicas al mismo tiempo que exige de ellas adecuarse a una nueva forma de realizar negocios: la de la autorregulación y del control interno como herramienta de prevención de delitos. No obstante, conforme se demostró y como todo remedio, los acuerdos de lenidad de Brasil para casos de corrupción tienen que ser dosificados de la manera adecuada para evitar el exceso —que mate al enfermo— o la deficiencia —que no conlleve la cura de la enfermedad—.

**PARTE B. ORÍGENES DE LA COLABORACIÓN**



## CAPÍTULO II. JUSTICIA NEGOCIADA, COLABORACIÓN Y PERSONAS JURÍDICAS

### 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, muchos países adoptaron —o plantearon adoptar— modelos legislativos con herramientas de colaboración y confesión de los involucrados en supuestos hechos ilícitos<sup>263</sup>. Estos cambios legislativos fueron incentivados tras la adopción de convenciones internacionales relativas al combate a la criminalidad<sup>264</sup>. La idea de los modelos es posibilitar la colaboración con las autoridades responsables de investigar los supuestos crímenes. Dicha colaboración, tiene como objetivo reducir el trabajo de las autoridades responsables de la investigación y de la aplicación de las sanciones<sup>265</sup>. A cambio, los colaboradores esperan recibir reducción de las sanciones o incluso exención de la responsabilidad<sup>266</sup>. Los principales instrumentos internacionales en la materia son: la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>267</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>268</sup>. Las dos convenciones fueron influenciadas por el derecho anglosajón de Estados Unidos de América<sup>269</sup>. Las principales ventajas logradas para la Administración Pública —y para el interés público— con la colaboración de los involucrados en los delitos son el ahorro de tiempo, recursos y la reducción de los costes derivados por investigar y sancionar. Además, la colaboración también implica, muchas veces, el resarcimiento “voluntario” de los daños causados<sup>270</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 26<sup>271</sup>, prevé la colaboración a

---

<sup>263</sup> MARTINEZ (2018).

<sup>264</sup> MARTINEZ (2018).

<sup>265</sup> Algunos críticos apuntan que la colaboración a través de investigaciones privadas significa una verdadera privatización de la actividad pública de investigar los delitos. HARRINGTON (2019: 100-101).

<sup>266</sup> MARTINEZ (2018).

<sup>267</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC\\_ebook-s.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC_ebook-s.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>268</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

<sup>269</sup> MARTINEZ (2018: 31%).

<sup>270</sup> Ejemplo de la ley brasileña – colaboración incluye los resarcimientos por los daños.

<sup>271</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 26 (1)(a).

través de disposiciones. En la primera, la adopción de medidas necesarias por los Estados parte para que los participantes en delitos de grupos organizados sean alentados a suministrar información al respecto de la identificación de los involucrados en las conductas, los vínculos de dichos grupos con otros grupos internacionales, además de proporcionar información de los delitos que los grupos hayan cometido o puedan cometer<sup>272</sup>. La segunda, la adopción de las medidas necesarias para que los participantes de los grupos delictivos presten ayuda efectiva con la finalidad de privar de los delincuentes los beneficios obtenidos con el delito<sup>273</sup>. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 37, también prevé la obligación de los Estados parte para adoptar las medidas necesarias para la colaboración de las personas que practiquen o hayan practicado los delitos descritos en la Convención<sup>274</sup>. Así como en la Convención contra la delincuencia organizada, la colaboración está dividida en dos pilares. En el primero, la necesidad de proporcionar información útil de los delitos, con fines investigativos y probatorios<sup>275</sup>. En el segundo, la necesidad de que la colaboración contribuya efectivamente para la privación de las ganancias obtenidas con el delito y para su adecuada recuperación<sup>276</sup>. Así se observa, que las convenciones tipifican la obligatoriedad de adoptar las medidas necesarias para un sistema jurídico que posibilite la colaboración<sup>277</sup>. Además, esta obligatoriedad está vinculada a la efectiva colaboración en la obtención de pruebas e información y en la búsqueda de la privación de las ganancias obtenidas con el ilícito. De este modo, se puede considerar que las convenciones adoptan como obligatorio un sistema de colaboración cualificado, en contraste con los sistemas de colaboración en los cuales la aceptación simple de culpabilidad ya es suficiente para la colaboración<sup>278</sup>.

Este modelo de colaboración, además de ser una herramienta que permite que el trámite de la impartición de justicia sea más rápido, es considerado un modelo de investigación de delitos porque posibilita el descubrimiento de los detalles del delito e implica que sean obtenidas

---

<sup>272</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 26 (1)(b).

<sup>273</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 26.

<sup>274</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 37.

<sup>275</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 37 (1).

<sup>276</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 37 (1).

<sup>277</sup> Las dos convenciones mencionan que el estado parte “adoptará medidas apropiadas”. Art. 26 (1) y art. 37 (1) de la Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, respectivamente. En contraste, otras normas de dichas convenciones son de naturaleza sugestiva.

<sup>278</sup> Como contrapunto, el sistema de *plea bargaining* de Estados Unidos permite que la confesión y la renuncia al juicio sean suficientes para generar ventajas de reducción de responsabilidad a los investigados. Para más información sobre tipos de colaboración, *vid.* próximos apartados.



pruebas de los hechos<sup>279</sup>. Esta estrategia de investigación tiene un creciente interés en la actualidad. Por un lado, el rol de las autoridades es investigar los delitos y promover los procesos sancionadores, por otro lado, la criminalidad moderna actúa de manera organizada con la finalidad de cometer delitos complejos, en estructuras que muchas veces parecen como verdaderas corporaciones criminales<sup>280</sup>. La complejidad de dichos delitos puede ser categorizada bajo diferentes puntos de vista<sup>281</sup>. El primero, se puede considerar que algunos delitos son complejos basado en los actos practicados<sup>282</sup>; como suele ser con la corrupción política, los hechos son practicados con la participación de diversas personas y de manera diferida en el tiempo, que muchas veces pueden durar años<sup>283</sup>. El segundo, los delitos también pueden ser considerados complejos con base en la dificultad de investigarlos<sup>284</sup>; en esta situación, la complejidad estará relacionada con las dificultades de entregar pruebas, en estos casos las autoridades tendrán que adoptar estrategias y planteamientos sofisticados con vistas a obtener elementos suficientes de responsabilidad<sup>285</sup>. El tercero, los delitos pueden ser considerados complejos debido a *las condiciones de realización de los procedimientos*<sup>286</sup>. En este caso, las investigaciones y la efectiva responsabilidad de los delincuentes estarán amenazadas por riesgos como la cooptación de las autoridades tanto responsables de los mecanismos de investigación como de las autoridades políticas<sup>287</sup>. Debido a esta complejidad, la colaboración con las investigaciones se vuelve una herramienta importante para mitigar estas dificultades.

Un ejemplo es la investigación de delitos basada en la colaboración de los involucrados, el Derecho *antitrust* en Estados Unidos —delitos contra la competencia— que surge con la finalidad de garantizar una más amplia investigación de los carteles<sup>288</sup>. La herramienta está disponible para los fiscales del *Department of Justice* (DOJ) de Estados Unidos desde 1978<sup>289</sup>, en su planteamiento original, la colaboración del delincuente tiene como pilar el dilema del prisionero y la teoría de los juegos<sup>290</sup>. La incertidumbre de lo que *el otro* hará hace que el involucrado, basado en una evaluación racional, decida colaborar con las autoridades<sup>291</sup>. El cartel, por su propia

---

<sup>279</sup> ATHAYDE (2019: 39-40) y BADARÓ (2018).

<sup>280</sup> BLANCO CORDERO & SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2000).

<sup>281</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>282</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>283</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>284</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>285</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>286</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>287</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>288</sup> FIDALGO & CANETTI (2017: 338).

<sup>289</sup> *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 79).

<sup>290</sup> El dilema del prisionero y la teoría de los juegos fueron desarrollados por Albert W. Tucker. *Vid.* MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>291</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

naturaleza, está relacionado con la práctica del delito complejo, involucrando actos desarrollados en un período de tiempo y en especial con la participación de diversas personas que actúan en un determinado mercado<sup>292</sup>. Para que sea efectiva la estrategia, hacen falta sanciones severas y la posibilidad de mitigación o exención de responsabilidad. Como consecuencia, la toma de decisión del criminal se basará en la oferta de una ventaja —la reducción de la responsabilidad— para el que decide cooperar y poner fin a la conducta<sup>293</sup>. Este modelo explora la desconfianza que naturalmente existe entre los delincuentes —de que uno hablará de la conducta de los otros para obtener la ventaja<sup>294</sup>—, y tiene como punto focal que el delincuente que decide colaborar estará en posición de ventaja con relación a los otros<sup>295</sup>.

Posteriormente, tales *técnicas* empiezan a ser utilizadas también en la investigación de otros delitos, lo que incluye la investigación de corrupción<sup>296</sup>. Esta ampliación en el uso de la herramienta está basada en la necesidad de obtener pruebas e información en delitos con rasgos de complejidad, conforme a lo mencionado, en virtud de la cantidad de personas involucradas, del tiempo de desarrollo de las conductas, del potencial de cooptación de agentes públicos, entre otros factores. En situación análoga al del cártel, la efectiva colaboración de los delincuentes involucrados en actos de corrupción está incentivada con la posibilidad de reducción en la responsabilidad, es decir, el colaborador debe tener condiciones para evaluar su situación y a partir de esta evaluación, tiene que percibir que tendrá una mejor posición si colabora con las autoridades. La decisión de tornarse colaborador no puede generar al criminal una situación que empeore su posición respecto a la anterior, en la que no colaboraba<sup>297</sup>. Si fuera así, el delincuente no encontrará incentivos en el sistema para colaborar con las investigaciones<sup>298</sup>.

Además, en el planteamiento de un sistema de colaboración hace falta observar la posición de los involucrados con relación a ellos mismos. En la práctica del cartel, la naturaleza del delito generalmente está relacionada con la formación de un grupo de competidores en un mismo mercado para fijación de precios. En los supuestos de corrupción, de manera distinta, no necesariamente estarán involucrados competidores en el mercado. Por ello, el sistema que genera incentivos de colaboración tiene que considerar las diversas posiciones de los involucrados en los delitos para generar adecuados incentivos a la colaboración. Estos incentivos tienen que ser

---

<sup>292</sup> SPAGNOLO (2008: 260-261).

<sup>293</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>294</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>295</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>296</sup> FIDALGO & CANETTI (2017: 338).

<sup>297</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>298</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

previsibles y tienen que generar un alto grado de seguridad en el colaborador, si no fuera así, el criminal no tendrá condiciones de evaluar su situación y decidir si deberá colaborar con las autoridades a cambio de ventajas.

Tras una breve exposición y definición de temas relacionados con la justicia negociada, desarrollados en las subsecciones de esta introducción, se abordan en la sección 2 algunas de las ventajas por las cuales adoptar herramientas de colaboración, como ventajas para el interés público, para los presuntos acusados y para las víctimas. En la sección 3 son analizados temas sobre la justicia negociada y la discrecionalidad, considerando conceptos de Estados Unidos, dónde surge la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción (también tema del próximo Capítulo) y Brasil (objeto principal de este trabajo). Estos conceptos son utilizados para abordar el paradigma del Derecho sancionador en la sección 4. En la sección 5 son presentadas normas de Derecho Internacional y supranacional sobre la responsabilidad de personas jurídicas y la colaboración, incluye ejemplos de las herramientas adoptadas por algunos sistemas jurídicos. En la sección 6 son presentadas algunas conclusiones sobre el tema.

### **1.1. Colaboración, justicia negociada y sistema penal**

Los esfuerzos para situar la colaboración como modalidad de justicia negociada en el desarrollo del Derecho Penal y del proceso penal funcionan como argumento y soporte para intentar identificar los rasgos de las propias herramientas de justicia negociada y su compatibilidad (o incompatibilidad) con los distintos sistemas jurídicos y los fines de la Administración de Justicia en el ámbito criminal. Las herramientas de colaboración de los delincuentes, previstas en la legislación internacional y en los distintos sistemas jurídicos de los países del *common law* y los de naturaleza romanogermánicos tuvieron indudablemente, influencia en el modelo desarrollado por el sistema criminal de Estados Unidos<sup>299</sup>. No obstante, esto no significa que en los otros sistemas, en especial los basados en las tradiciones del *civil law*, la presencia del consenso en la resolución de los casos, incluso penales, no fue importante en el pasado. Por ejemplo, en el siglo XIII, había sociedades en Europa continental que adoptaron la resolución del proceso penal a través de un *modelo acusatorio de mediación-conciliación*<sup>300</sup>. En este aspecto, la actuación delante de la autoridad tenía como principal propósito la composición de la causa entre las partes, mediante una solución que se considerara adecuada para conllevar a la paz entre los habitantes de la comunidad<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 27)

<sup>300</sup> BARONA VILAR (2017: 144).

<sup>301</sup> BARONA VILAR (2017: 145).

Este momento fue marcado por la ausencia de una clara división entre el proceso civil y el proceso penal<sup>302</sup>. El marco divisorio entre los dos tipos de procesos fue establecido con más precisión posteriormente, a partir de la consolidación de la influencia del *modelo italo-canónico* en los sistemas de Europa continental<sup>303</sup>. Con ello y con el desarrollo de una justicia bajo el modelo *penal inquisitorial*, hay una supresión en el uso de técnicas de justicia negociada en el Derecho Penal, y con el desarrollo de un sistema de prestación de la Justicia dirigida a la sanción y a la culpa<sup>304</sup>. Fue en este momento del desarrollo del Derecho Procesal, que surgieron medidas como el ejercicio de la acción penal de oficio por parte de la autoridad<sup>305</sup>, regla que en la actualidad está relacionada al principio de legalidad —situado en el extremo opuesto del principio de oportunidad presente en el actual sistema de justicia negociada estadounidense—. La imposición de la pena no estaba fundada en una concepción de prevención, y sí en un modelo generado por un Estado absolutista en el cual la pena servía simplemente para sancionar<sup>306</sup>.

En este modelo existente en Europa continental, el proceso civil y el proceso penal estaban cada vez más distantes debido a la influencia del interés público sobre el interés meramente privado<sup>307</sup>. La solución de las causas penales estaba relacionada más con el interés de castigar, que con el interés de la víctima en considerar que la solución del caso le sirvió, o que las medidas de solución restauraron sus derechos o su *status quo*<sup>308</sup>. El principio de legalidad bajo el cual deben actuar las autoridades y el ejercicio de la acción penal de oficio son muestra suficiente de esta prevalencia del interés público: aunque no lo quiera la víctima o, aunque la solución del caso no signifique una resolución para la pérdida sufrida, el Estado actuaría con la finalidad de proveer al delincuente la punición.

Debido a diversas cuestiones históricas, el desarrollo del proceso en el sistema de Inglaterra ocurrió de forma distinta. Mientras el sistema europeo continental sufría la influencia románica, el sistema inglés fue más un producto del desarrollo social de pueblos germánicos, como sajones, anglos y daneses, con poco efecto del sistema románico<sup>309</sup>. La distinción entre proceso civil y proceso penal no fue tan relevante, en el desarrollo del sistema de *common law*, probablemente debido a la poca importancia del modelo del Derecho canónico, del Derecho románico y del absolutismo ilustrado<sup>310</sup>. De hecho, el sistema criminal del *common law* en especial de

---

<sup>302</sup> BARONA VILAR (2017: 145).

<sup>303</sup> BARONA VILAR (2017: 145).

<sup>304</sup> BARONA VILAR (2017: 147).

<sup>305</sup> BARONA VILAR (2017: 147).

<sup>306</sup> BARONA VILAR (2011: 25-27 y 118).

<sup>307</sup> BARONA VILAR (2011: 119) y ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 171).

<sup>308</sup> BARONA VILAR (2011: 119).

<sup>309</sup> BARONA VILAR (2017: 175).

<sup>310</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 171).

Estados Unidos se desarrolla con un distinto rasgo del interés público, de manera que el proceso considera la obtención de pruebas realizada por las partes, como característica del principio dispositivo. En este aspecto, la búsqueda de la verdad se desarrolla a partir de un modelo de proceso acusatorio, en el cual algunos suponen funcionar un modelo de verdad formal<sup>311</sup>. No obstante, el hecho de que el estándar adoptado sea el de la verdad formal no es tan claro debido a la posibilidad de que la concretización de la verdad procesal sea más precisa en el modelo adversario, en el cual las partes luchan entre sí, comparado con un modelo inquisitorial, en el cual un juez de inquisición es el responsable de la actividad probatoria<sup>312</sup>.

De esta manera, en Europa continental se desarrolla un proceso penal que asigna una gran importancia al interés público sobre el interés privado, que dirija la actuación de las autoridades bajo un sistema basado en el principio de legalidad, mientras el sistema estadounidense, desarrolla un proceso en el cual dicha distinción no es tan precisa, en especial en lo que se refiere a la presencia del principio dispositivo y del principio de oportunidad. Es interesante que cada uno de estos paradigmas se desarrolla, partiendo de la autodefensa, pasando por las fórmulas de resolución a través de la autocomposición<sup>313</sup> regladas colectivamente y que son sistemas sofisticados de Administración de Justicia. Cada uno de estos sistemas jurídicos han sufrido las distintas influencias de modelos políticos y religiosos de la época<sup>314</sup>.

Posteriormente, estos modelos de justicia encuentran en la modernidad los retos de sociedades con alto grado de jurisdiccionalización, tal vez relacionados con el alto grado de conflictos generados por el desarrollo social, tecnológico y económico de los pueblos<sup>315</sup>. El aumento en el número de conflictos jurídicos y el incremento en la complejidad y variabilidad de las causas, de hecho, son factores que la modernidad añade como causas para la dificultad de operar los sistemas de justicia<sup>316</sup>. Con el tiempo, era innegable que se reconociera la crisis del sistema criminal, que resulta en una exigencia debido a la adopción de medidas para implementar rapidez y efectividad de los procesos<sup>317</sup>, y que posibiliten la generación de resultados en el ritmo “deseado” por la sociedad.

Para aplacar esta crisis, surgen al menos tres vías de soluciones posibles, en especial en los sistemas de Europa continental. Como primera

---

<sup>311</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 171).

<sup>312</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 171). Además, no es demasiado rememorar el origen del término “inquisitorial” y de la inquisición religiosa, que sufría de los desvíos en la obtención de la prueba a partir de la inclinación de la autoridad responsable.

<sup>313</sup> BARONA VILAR (1999: 36-37).

<sup>314</sup> BARONA VILAR (1999: 37).

<sup>315</sup> BARONA VILAR (1999: 13).

<sup>316</sup> BARONA VILAR (1999: 14).

<sup>317</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997: 28).

alternativa, asignar más recursos materiales y personales a las instituciones que componen la Administración de la Justicia, con el objetivo de hacer más eficiente la impartición de justicia<sup>318</sup>. Como segunda alternativa, sería adoptar reformas procesales, en especial considerando la transposición de medidas de sistemas ajenos, con la esperanza de que funcionaran de igual modo y tuviera resultados deseables<sup>319</sup>. Por último, otra posibilidad sería buscar fuera del proceso judicial la solución de los conflictos<sup>320</sup>, por ejemplo, a partir de la adopción, de distintas ramas del Derecho, de medidas alternativas de resolución de conflictos (*alternative dispute resolution* – ADR) y herramientas similares. Esta tercera vía de solución estaría basada en la idea de compatibilidad del Derecho Procesal con la inserción de medidas de resolución extrajudicial de las causas<sup>321</sup>.

Mientras las ADR están direccionadas para la formación de consenso en diversos tipos de causas, también tiene desarrollo un modelo de *restaurative justice*, en el cual la recuperación y la desneutralización de la víctima asume una importancia central en la resolución del conflicto de naturaleza criminal<sup>322</sup>. Este medio, es una mezcla entre la segunda y la tercera alternativa de soluciones adoptadas, es decir, la reforma procesal las mezcla con la finalidad de sacar la resolución del caso por la vía tradicional del procesal penal; diversos países empiezan a implementar herramientas de justicia negociada basadas en el sistema estadounidense del *plea bargain*<sup>323</sup>. Todas estas distintas *soluciones* tienen identidad principalmente a partir de dos características: la primera, la necesidad de que el sistema de justicia provea a los individuos y a la sociedad la decisión rápida y eficaz de los casos. El incremento en el número de litigios, el desarrollo social, entre otras variables ha complicado la concreción de la justicia en la sociedad moderna. Esto incluye, por ejemplo, las características de internacionalidad y transnacionalidad de las relaciones sociales en la actualidad, que exigen soluciones más complejas que las tradicionales soluciones internas de los países<sup>324</sup>. La segunda característica que une estas “soluciones” para la crisis que hoy vive la justicia está relacionada con la necesidad y capacidad de adaptación de los diversos países, frente a aspectos culturales o tradicionales. Aunque una determinada medida presenta una solución en un país, debido a varios factores, no se puede imaginar que el trasplante sencillo de la medida a otro sistema jurídico generará los mismos resultados<sup>325</sup>. Todas estas medidas

---

<sup>318</sup> BARONA VILAR (1999: 15).

<sup>319</sup> BARONA VILAR (1999: 15).

<sup>320</sup> BARONA VILAR (1999: 15).

<sup>321</sup> BARONA VILAR (1999: 17 y 34).

<sup>322</sup> BARONA VILAR (1999: 41-42) y BARONA VILAR (2011: 119).

<sup>323</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997: 27).

<sup>324</sup> BARONA VILAR (1999: 40).

<sup>325</sup> SCHÜNEMANN (2002).

presentan el potencial de promover beneficios a la Administración de la Justicia, pero al mismo tiempo, todas presentan también el potencial de crear pérdidas.

Tal vez por ello lo que se busca en los países, en términos de justicia criminal, es la adopción de herramientas de justicia negociada que incrementen la rapidez y eficacia sin causar afectaciones significativas a los derechos y garantías procesales<sup>326</sup>. Esto parece ser el desafío de las herramientas de justicia negociada basadas en el sistema del *plea bargaining* estadounidense. Con relación a ello, es importante considerar algunas distinciones, por un lado, el sistema adversario de Estados Unidos se desarrolló con base en el principio del dispositivo y de la oportunidad, y estos fueron los puntos duros para el desarrollo del sistema de *plea bargaining* —también desarrollado a partir de la necesidad de mantener un método de resolución que posibilitara que el sistema judicial presentara solución a un número grande de procesos cada vez más complejos y sofisticados—<sup>327</sup>. El propio sistema del *plea bargaining* fue considerado indispensable y necesario por la Suprema Corte a partir del fenómeno de la *overcriminalization* y de la revolución de las garantías del debido proceso en Estados Unidos<sup>328</sup>. Por ello, la adopción de dichas herramientas debe ser considerada de manera cautelosa por otros países, en especial por que actúan afectando la relación de la decisión del caso, con estándares de obtención de verdad procesal, del principio de legalidad y de garantías procesales.

Por otro lado, es importante también observar que lo que adopta Estados Unidos es un modelo de justicia negociada en el ámbito de la justicia criminal en un estándar amplio. El sistema de *plea bargaining* posibilita la colaboración y la formación del consenso con la finalidad de omitir la tradicional marcha procesal en los más distintos niveles. En este sentido, herramientas de justicia negociada pueden ser utilizadas para delitos de baja lesividad o delitos graves. De igual modo, pueden ser utilizados simplemente para generar una decisión más rápida y para generar colaboración con las investigaciones, pago de multas, indemnización de víctimas e, incluso, para la asunción por parte de los delincuentes de obligaciones relacionadas a sus actividades profesionales y económicas<sup>329</sup>. También es importante mencionar que este modelo amplio, en realidad, no es uniforme, porque la competencia inicial para legislar sobre Derecho criminal (y procesal criminal) en Estados Unidos es de los Estados federados<sup>330</sup>, habiendo un ámbito de competencia federal conforme

---

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997: 28).

<sup>327</sup> Sobre ello, *vid.* capítulo específico sobre el desarrollo de la justicia negociada en Estados Unidos.

<sup>328</sup> DERVAN (2012: 81).

<sup>329</sup> *Vid.* apartados específicos en el capítulo III.

<sup>330</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1999: 27-28).

la ocurrencia de algunas circunstancias, generalmente relacionadas al interés nacional de persecución de determinados delitos. En este sentido, lo que sería el sistema estadounidense puede ser considerado 51 sistemas distintos<sup>331</sup>, con reglas muchas veces semejantes, pero otras veces, distintas de aplicación, del proceso y de algunas garantías procesales del *plea bargaining*. No obstante, hay un estándar de garantías y derechos mínimos constitucionales que deben ser observados para la utilización de la justicia negociada<sup>332</sup>.

Este modelo tiene una doble importancia para el Derecho comparado: por un lado, es la base para la adopción, por otros países, de herramientas de justicia negociada con sede en el Derecho Penal aplicables a delitos de menor potencial ofensivo<sup>333</sup>, o delitos de bagatela, asignando a estas causas una importancia mayor a la composición y a la voluntad de las partes —que serían o lo son, conforme el caso— procesales: delincuentes y autoridades. Por otro lado, también es base para la adopción de herramientas de justicia negociada en un estándar cualificado, que exige rasgos específicos de criminalidad, de sujetos o de finalidad de la colaboración con los delincuentes. Esto porque el sistema estadounidense también desarrolló mecanismos bajo el nombre de *plea*, que permiten la colaboración con las investigaciones en casos complejos, conforme a lo mencionado<sup>334</sup>. De hecho, en países como Brasil, en la actualidad, se adoptan las herramientas de colaboración premiada<sup>335</sup> y acuerdos de lenidad<sup>336</sup> exactamente con esta finalidad cualificada: de ayudar a las investigaciones y los procesos de responsabilidad para determinados tipos de actividades ilícitas. El sistema estadounidense —naturalmente un sistema que permite la amplia colaboración— también inspiró la adopción de herramientas de colaboración restrictas, cualificadas. Dicha influencia, incluso, fue relevante en el desarrollo de instrumentos de Derecho Internacional, dentro de los cuales puede ser mencionado las convenciones de las Naciones Unidas, que prevén la necesidad de utilización de herramientas de colaboración con las investigaciones entre delincuentes y autoridades<sup>337</sup>.

En este sentido, parece ser un equívoco considerar que los sistemas de *civil law* serían originalmente incompatibles con la formación del consenso en la resolución de los casos de naturaleza criminal. Además, en sentido amplio, existen diversas posibilidades de desarrollar modelos de justicia

---

<sup>331</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1999: 27-28).

<sup>332</sup> *Vid.* capítulo III.

<sup>333</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1999: 23).

<sup>334</sup> Ver, por ejemplo los acuerdos posibles con personas involucradas en pagos de soborno transnacional, conforme el DOJ Guide for FCPA, en línea: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>335</sup> De la Ley 12.850/2013, conforme será abordado en el Capítulo VI.

<sup>336</sup> De la Ley de la Empresa Limpia. *Vid.* Capítulo VI.

<sup>337</sup> CORDEIRO (2020: 1).



negociada para las más distintas ramas del Derecho, de manera a omitir la vía tradicional del proceso la resolución —exclusiva— de los casos. No obstante, parece ser que en el ámbito del Derecho Penal dichas herramientas encuentran más retos. Pero no por la consideración o no consideración de existencia de interés público: el sistema estadounidense del *plea bargaining* considera cómo relevante el interés público asignar a las partes la posibilidad de colaborar con la Administración de la Justicia en una resolución rápida de los casos, entre otros aspectos. Por ello, parece que el punto focal de la cuestión está más relacionado con el tipo de interés público que prevalece en los distintos sistemas jurídicos, porque en otros sistemas, en especial en la actividad de imposición de restricción de derechos fundamentales como pena, el interés en la perfección de una decisión con el más elevado estándar de garantía de justicia parece más relevante, que la rapidez en la definición del caso.

En todos los casos, la adopción de herramientas de justicia negociada o de justicia consensuada, conforme a lo que sea preferible en el ámbito de la justicia penal, es posible incluso en los sistemas que adoptan tradicionalmente la utilización del principio de legalidad y de la oficialidad de la actuación de la autoridad. Así como es dinámica la sociedad, deberá ser dinámico también el sistema jurídico, que pueda proveer los mecanismos necesarios para proporcionar la adecuada tutela de los ciudadanos. De hecho, la utilización de la justicia negociada relacionada con la prevención de delitos es parte del rompecabezas que involucra, también, la huida del Derecho Penal hacia otros derechos sancionadores, como el Derecho Administrativo<sup>338</sup>.

## **1.2. La colaboración y la asunción de culpa (*guilty plea*)**

El consenso sobre lo que es la colaboración con las autoridades no es claro, aunque diversos países adopten herramientas de colaboración<sup>339</sup> y diversos organismos internacionales tengan normas sobre ello<sup>340</sup>; las explicaciones sobre lo que es colaboración, cómo ocurre, su origen y cuáles son sus ventajas y desventajas son las más diversas. En ese sentido y con el propósito de clasificar las herramientas de colaboración de los involucrados en los delitos, se han establecido dos términos: colaboración amplia y colaboración cualificada. El interés en hacer esa distinción se basa en dos puntos focales. El primero, posibilita el agrupamiento de las situaciones en los diversos sistemas jurídicos de lo que son herramientas que permiten la colaboración. El segundo, conectado con el primero, posibilita la evaluación

---

<sup>338</sup> Sobre ello, *vid.* también el Capítulo IV.

<sup>339</sup> Como se verá, Estados Unidos, Brasil y España tienen reglas que posibilitan, de manera más amplia o restringida, la colaboración de los involucrados en delitos.

<sup>340</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 26 y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 37.

comparativa de las ventajas y desventajas obtenidas a partir de los diversos diseños.

Como colaboración amplia pueden ser clasificadas las herramientas que permiten la colaboración con las autoridades simplemente para hacer el proceso penal —o el proceso sancionador— más rápido. Las herramientas de colaboración amplia exigen del colaborador simplemente ponerse de acuerdo con su situación de imputado y aceptar la sanción sin debatir el mérito de su conducta, sin presentar defensa. Como ejemplo de esa colaboración común se puede citar los *guilty plea* de los Estados Unidos, considerados más que unas simples confesiones de culpa<sup>341</sup> son una mezcla de confesión y renuncia del derecho a un juicio<sup>342</sup>. En ese sentido, la renuncia al derecho al juicio implica la renuncia de los derechos procesales vinculados al juicio<sup>343</sup>. Los agentes supuestamente involucrados en las conductas delictivas en general ingresan en el *guilty plea* con la expectativa de reducción de la imputación o recomendación de mitigación en la aplicación de las penas<sup>344</sup>. Sin embargo, el *guilty plea* no implica un acuerdo de colaboración, o la reducción de la imputación de las sanciones. Los supuestos involucrados pueden confesar su condición de culpabilidad y renunciar el derecho al juicio sin cualquier acuerdo<sup>345</sup>. En este sentido, la herramienta de colaboración puede ser considerada amplia pues posibilita la aceptación de culpabilidad y renuncia al juicio sin la exigencia de una ventaja al supuesto involucrado en la conducta ilícita. Puede existir una expectativa de reducción de sanción, pero no hace falta la certidumbre de que la colaboración con las autoridades resultará como ventaja concreta en la mitigación de responsabilidad. En el sistema de Estados Unidos, todavía, también existe la posibilidad de ponerse de acuerdo con la Fiscalía y negociar la confesión y la renuncia del derecho al juicio a cambio de una ventaja<sup>346</sup>. La Fiscalía puede ofrecer un acuerdo de reducción en el número de delitos imputados o de reducción en la sugerencia de penas, a cambio de una colaboración efectiva del supuesto imputado, por ejemplo, a través de la actuación como testigo o proporcionando pruebas contra los cómplices<sup>347</sup>. En conclusión, la colaboración en Estados Unidos puede ser considerada amplia porque posibilita la confesión y renuncia al juicio sin acuerdo de colaboración, o sin obligatoria contraprestación por parte de las autoridades y de la justicia criminal<sup>348</sup>. Entretanto, la colaboración no es limitada a esos casos: puede ser hecha a través de acuerdos, como *plea*

---

<sup>341</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>342</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>343</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>344</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>345</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 147).

<sup>346</sup> *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>347</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>348</sup> Sobre el tema de la colaboración en los Estados Unidos, *vid.* sección propia.

*bargaining*, en los cuales los imputados y las autoridades negocian derechos y deberes de ambas las partes.

Otros países adoptan herramientas que exigen colaboración cualificada, en la cual solamente a través del cumplimiento de determinados elementos podrá recibir ventajas por la colaboración. Este tipo de colaboración en general está relacionado con los ordenamientos jurídicos, en los cuales la confesión no implica necesariamente una renuncia al juicio, por ejemplo, en Brasil, aunque el investigado confiese el delito, su confesión no es suficiente para que el proceso penal sea abreviado con la inmediata decisión de condena<sup>349</sup>. Incluso a los acusados en proceso penal es garantizada la defensa por abogado, aunque el acusado no tenga el interés en tener una defensa<sup>350</sup>. En ese sentido, no está disponible una colaboración con las autoridades con el propósito de evitar la vía del proceso penal y obtener una simple sentencia con condena. Todavía, en el mismo ordenamiento jurídico está prevista la colaboración cualificada de los investigados de una manera bilateral, con expectativa de ventajas por ambas partes<sup>351</sup>. Esta colaboración cualificada de Brasil puede ocurrir, por ejemplo, en casos de organización criminal<sup>352</sup> y en casos de soborno transnacional<sup>353</sup>. En ambos, la colaboración implica la concordancia en ayudar en las investigaciones a cambio de una reducción de responsabilidad<sup>354</sup>.

La colaboración es, así, una forma de acuerdo entre las partes, de un lado la Fiscalía y el Poder Judicial representando la sociedad, en el otro, los supuestos acusados o imputados. En este modelo, para que exista colaboración, cada una de las partes tiene deberes y obligaciones. La Fiscalía y el Poder Judicial, por un lado, pueden tener el deber de reducir los delitos imputados, de reducir penas o incluso aplicar exención de determinadas sanciones<sup>355</sup>; los colaboradores, por otro lado, pueden tener el deber de proveer pruebas e información respecto a las conductas ilícitas o a los demás involucrados<sup>356</sup>. También pueden tener el deber de mitigar los riesgos de ocurrencia de nuevas infracciones<sup>357</sup>, o incluso el deber de promover el resarcimiento de los daños a las víctimas<sup>358</sup>. La colaboración cualificada tiene como principal distinción, de la colaboración amplia, la exigencia de una herramienta bilateral, en la cual hay ventajas y desventajas negociadas

---

<sup>349</sup> CAPEZ (2012: 432) explicando que la confesión no es considerada una prueba plena en el proceso penal brasileño.

<sup>350</sup> *Vid.* CAPEZ (2012: 231) explicando que la confesión no es considerada una prueba plena en el proceso penal brasileño.

<sup>351</sup> DE MENDONÇA (2018).

<sup>352</sup> Ley 12.850/2013.

<sup>353</sup> Ley 12.846/2013, art. 1.º y 16.

<sup>354</sup> Ley 12.850/2013, art. 4. Ley 12.846/2013, art. 16.

<sup>355</sup> Ley 12.850/2013, art. 4. Ley 12.846/2013, art. 16, §2.º.

<sup>356</sup> Ley 12.850/2013, art. 4, I-II.

<sup>357</sup> Ley 12.850/2013, art. 4, III.

<sup>358</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §3.º.

por ambas partes con algún tipo de interés en la colaboración. Estados Unidos, con la colaboración amplia, acepta desde la colaboración unilateral, la modalidad de *guilty plea* sin acuerdo (o sin *plea agreement*) hasta la colaboración como actuación bilateral, con una especie de naturaleza contractual<sup>359</sup>.

### 1.3. ¿Justicia colaborativa o justicia consensuada?

El sistema de delación premiada brasileño<sup>360</sup> puede ser considerado distinto de las herramientas de justicia consensuada<sup>361</sup>. Lo anterior, porque la justicia consensuada estaría relacionada a la renuncia del ejercicio del derecho a defensa, incluso a la renuncia del derecho de presentar pruebas con vistas a la absolución<sup>362</sup>. A cambio de dicha renuncia procesal, el acusado no tendría la experiencia negativa de someterse al proceso penal y mantendría su situación de reo primario<sup>363</sup>. El Estado, por otro lado, obtendría una manera de imponer sanción rápida, barata y eficiente, aunque esto pudiera significar como consecuencia colateral un probable incremento de responsabilidad de inocentes<sup>364</sup>. Considerados estos argumentos, el *plea bargain* de Estados Unidos y los acuerdos sobre la sentencia penal en la legislación de Alemania serían ejemplos de herramientas de justicia consensuada<sup>365</sup>; el punto de distinción de estas herramientas con la delación del sistema brasileño sería la obligatoriedad, en este último modelo, no solamente el acto de confesar la culpabilidad, también de imputar la comisión de delitos a otras personas<sup>366</sup>. La ventaja, en el caso de la delación de Brasil, solamente sería obtenida si el colaborador prestase auxilio en la condena de terceros<sup>367</sup>. De esta manera, la colaboración en Brasil sería un nuevo modelo de justicia penal<sup>368</sup>, porque la autoridad tendría amplia discrecionalidad para decidir a quién o a quiénes ofrecer la posibilidad de colaborar<sup>369</sup>.

Esta distinción entre la herramienta brasileña y las otras de la justicia consensuada parece tener una naturaleza menos basada en el diseño del ordenamiento jurídico y más fundada en observaciones de casos

---

<sup>359</sup> Sobre el tema, *vid.* ZIERD & PODGOR (2007/2008).

<sup>360</sup> Tradicionalmente se utilizaba la expresión *delación premiada* en Brasil para identificar la colaboración en sede de justicia penal. En la actualidad, en especial considerando la terminología adoptada por la Ley 12.850/2013, el término utilizado es *colaboración premiada*. *Vid.*, por ejemplo, CORDEIRO (2020: 4-5).

<sup>361</sup> BADARÓ (2018).

<sup>362</sup> BADARÓ (2018).

<sup>363</sup> BADARÓ (2018).

<sup>364</sup> BADARÓ (2018). *Vid.* Capítulo III y críticas sobre el sistema de EE.UU. sobre la condena de inocentes.

<sup>365</sup> BADARÓ (2018).

<sup>366</sup> BADARÓ (2018).

<sup>367</sup> BADARÓ (2018).

<sup>368</sup> BADARÓ (2018).

<sup>369</sup> BADARÓ (2018).

específicos<sup>370</sup>. En Estados Unidos existe la posibilidad de confesar y renunciar a los derechos procesales sin acuerdo con las autoridades, con una simple expectativa de reducción de sanciones o penas<sup>371</sup>. Sin embargo, también en Estados Unidos se puede hacer la confesión de los hechos y la renuncia a los derechos procesales a partir de una negociación con la Fiscalía para obtener una reducción de imputación o de sanción, a cambio de una efectiva colaboración<sup>372</sup>, dicha negociación puede ser basada en la participación como testigo, o auxiliando en la obtención de pruebas contra otros imputados en otros procesos<sup>373</sup>. Además, la Corte Suprema estadounidense decidió que, en caso de incumplimiento de la obligación de colaborar en la obtención de pruebas contra otros coimputados, el acuerdo de confesión puede ser terminado con la consecuente proposición de la acción penal contra el colaborador<sup>374</sup>. En este sentido, la justicia consensual de Estados Unidos contempla la hipótesis de colaboración semejante a la delación premiada —o colaboración premiada— de Brasil. El hecho de que en el caso de Brasil la colaboración solamente será aceptada para fines de justicia consensuada, en el supuesto de que la colaboración sea un medio de prueba<sup>375</sup>, no hace que esa colaboración no sea un medio de este tipo de justicia. Entretanto, conforme a lo mencionado, hace falta la distinción entre la justicia consensuada que acepta la colaboración amplia y la que acepta solo la colaboración cualificada; esto no implica que ambas no sean colaboración o que ambas no sean justicia consensuada.

El modelo de Estados Unidos de justicia negociada es el más amplio porque acepta tres tipos de colaboración, que tienen la finalidad de cumplir en algún grado el interés público. En el primer escenario, la del *guilty plea* sin ningún acuerdo, la confesión y renuncia de derechos del acusado genera solamente la expectativa de concretar una adjudicación con condena más rápida, sin ninguna contraprestación obligatoria por parte de las autoridades o de la justicia criminal. En el segundo, el *guilty plea* es negociado y resulta en un acuerdo —el *plea agreement*<sup>376</sup>—, en este caso, existe una relación bilateral en la cual, a cambio de una confesión y renuncia a derechos procesales, el investigado intenta obtener una adjudicación rápida, pero con reducción de delitos imputados o reducción de pena. En el

---

<sup>370</sup> BADARÓ (2018).

<sup>371</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>372</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>373</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>374</sup> *Santobello v. New York*. 404 U.S. 257 (1971).

<sup>375</sup> BADARÓ (2018).

<sup>376</sup> Además de esos elementos presentados, en Estados Unidos también hay la posibilidad de un plea de *nolo contendere*, en el cual el acusado no admite la culpabilidad, pero expresa que no ejercerá su derecho de defensa en contradecir la acusación. En su caso, ese plea no genera un resultado automático de decisión en contra del imputado en los procesos de naturaleza civil que acompañan la decisión del proceso criminal. Sobre el tema, CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

tercero, a través también de una negociación, además de una confesión y renuncia de derechos con reducción de pena, habrá una colaboración con las investigaciones para obtener pruebas de los mismos hechos ilícitos o incluso de otros hechos ilícitos, para la persecución criminal de terceros.

Se puede observar que desde el primer tipo de colaboración hasta el último hay un potencial incremento en el cumplimiento del interés público. En el simple *guilty plea* la principal ventaja para el interés público es una expectativa del ahorro de tiempo en la obtención de pruebas, los costes del juicio... En el segundo, hay una expectativa de que, a través de una negociación bilateral, y de una certidumbre de alguna ventaja en la imputación o en la determinación de la pena, el número de acusados en aceptar la adjudicación rápida y sin el trámite del proceso criminal sea incrementada. En el tercero, además de un proceso más rápido en contra del acusado, habrá un incremento en la investigación de delitos cometidos por terceros. En términos abstractos, el tercer escenario es el que tiene más potencial de ofrecer ventajas al interés público, incluso extrapolando el proceso o el caso en el cual la negociación ocurre. Las ventajas para las partes serán objeto de análisis en los próximos apartados.

## **2. RAZONES POR LAS CUALES HAY QUE COLABORAR: SISTEMAS DE COLABORACIÓN**

La adopción de herramientas de colaboración entre las autoridades y los supuestos acusados de hechos ilícitos está basada en sus potenciales ventajas en los ordenamientos jurídicos de los países. Estos beneficios cambian conforme al tipo de ordenamiento jurídico, en especial porque cada país tiene sus tradiciones jurídicas que implican, en mayor o menor grado, la adopción de sistemas de colaboración amplios o cualificados. Los sistemas de colaboración están basados en que el agente que cometió una conducta reconozca alguna ventaja en colaborar, es decir, se dé cuenta de que su situación como no colaborador empeorará en comparación con su situación como colaborador<sup>377</sup>. Por ello, es de imaginarse que las ventajas para colaborar estarán distribuidas entre ventajas para el interés privado —del que colabora con las autoridades—; y ventajas para el interés público, o para la sociedad, de modo amplio.

Con relación a los modelos de colaboración amplia comparados con los modelos de colaboración cualificada, se puede suponer que aquéllos tienen un mayor potencial de ofrecer más ventajas tanto al interés público como a los específicos del colaborador. Sin embargo, esto no significa que el delincuente obtendrá mejores o más ventajas bajo un sistema de colaboración amplia, que en un caso de colaboración en un sistema de colaboración cualificada. Por ejemplo, en el sistema de colaboración de Estados Unidos —que puede ser considerado de colaboración amplia—

---

<sup>377</sup> MARTINEZ (2018) y CANETTI (2018).

existe la posibilidad del *guilty plea*<sup>378</sup>, en el cual al colaborador no le es garantizada ninguna ventaja, solo la expectativa de recibir una condena sin sufrir los tramites regulares de un proceso penal. En el caso de Brasil —un sistema de colaboración cualificada—, la Ley de Organizaciones Criminales<sup>379</sup> prevé que de la colaboración pueda resultar incluso el perdón judicial<sup>380</sup>.

En este sentido, el modelo de colaboración amplia tiene potencial de resultar en más ventajas en términos sistémicos, puesto que una mayor cantidad de casos estará sujeta a colaboración, y consecuentemente posible de generar ventajas al interés público y a los individuos involucrados en las prácticas ilícitas. Además, en un sistema de colaboración cualificada, por su propia naturaleza, tendrá restricciones para generar ventajas al interés público y al interés privado. Estas restricciones serán observadas con base en las condiciones y elementos del sistema jurídico que determinan la legalidad de la colaboración cualificada. Por ejemplo, en el caso de las organizaciones criminales de Brasil, hace falta que el colaborador tenga potencial de generar información y pruebas sobre los delitos cometidos y sobre los participantes de la organización criminal<sup>381</sup>. Otros factores que la ley brasileña admite se puedan negociar es el potencial del involucrado en promover la recuperación del producto del delito, total o parcialmente<sup>382</sup>. Además, la ley también acepta la colaboración de los que puedan ofrecer la localización de víctimas en su integridad física<sup>383</sup>. De este modo, la ley no permite que cualquier involucrado en el delito tenga la posibilidad de colaborar y obtener ventajas —para el interés público— el involucrado deberá tener medios para entregar pruebas e información, medios para promover la recuperación de las ganancias del delito, o garantizar que se encuentre la víctima del delito con su integridad física preservada. La ley excluye el potencial de colaboración de todos los involucrados que no tengan condiciones materiales de promoverlas. Además, en el caso de Brasil, esta ley permite la colaboración específicamente en el caso de crímenes practicados por organizaciones criminales<sup>384</sup>. En este aspecto, no están contemplados, en el ámbito de aplicación de la ley, los crímenes practicados por individuos o grupos de individuos que no sean clasificados

---

<sup>378</sup> En el *guilty plea*, existe la posibilidad de que los supuestos acusados confesaren y renunciaren al derecho al juicio y consecuentemente a los derechos de defensa bajo una mera expectativa de recibir una condena sin sufrir un proceso penal. Es decir, existe la posibilidad de que alguien confiese y renuncie a sus derechos de defensa sin que haya ningún acuerdo, ni con la Fiscalía ni con el juez. Sobre el tema, *vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012).

<sup>379</sup> Ley 12.850/2013.

<sup>380</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.

<sup>381</sup> Ley 12.850/2013, art. 4, I-II.

<sup>382</sup> Ley 12.850/2013, art. 4, IV.

<sup>383</sup> Ley 12.850/2013, art. 4, V.

<sup>384</sup> Ley 12.850/2013, art. 1.

como organizaciones criminales<sup>385</sup>, aunque el potencial colaborador tenga medios materiales para suministrar pruebas e información, o retornar las ganancias del delito, o alguna otra condición de la ley.

En el sistema de colaboración amplia de Estados Unidos también existe la posibilidad de obtener un beneficio más amplio que el perdón judicial del caso de Brasil, por ejemplo, en colaboración con personas jurídicas, la Fiscalía puede firmar un *non-prosecution agreement* (NPA)<sup>386</sup>, acuerdo de no ejercer la acción penal que ocurre antes del *indictment*, es decir, antes de que la Fiscalía empiece el proceso penal<sup>387</sup>. Este tipo de acuerdo es firmado entre las partes, Fiscalía y persona jurídica presuntamente responsable, por una práctica ilícita y no es registrado en el Poder Judicial<sup>388</sup>. Tras el cumplimiento de todos los elementos de la colaboración por parte de la persona jurídica en el plazo estipulado, la Fiscalía archiva el proceso sin homologación de la autoridad judicial y sin presentar la demanda criminal<sup>389</sup>.

Así, se puede observar como el sistema de colaboración amplia permite un mayor número de colaboradores con el interés público, permite la colaboración incluso sin acuerdo con la Fiscalía, y permite que ésta genere los mismos elementos de la colaboración cualificada —producción de pruebas e información sobre la conducta, devolución de las ganancias del delito<sup>390</sup>—y admite la colaboración en una amplitud de delitos, sin las restricciones de la colaboración cualificada. Conforme a lo mencionado, esto no significa que individualmente los supuestos involucrados en delitos siempre estarán en una situación de más ventaja en el sistema de colaboración amplia, sin embargo, si permite que un mayor número de casos sea concluido sin los tramites del proceso criminal. Esa amplitud, en el caso de Estados Unidos, es una de las ventajas señaladas para el sistema de *plea bargaining*, al posibilitar que el sistema criminal procese un elevado número de casos<sup>391</sup>.

## 2.1. Ventajas para el interés público

Conforme a lo mencionado en el apartado anterior, las ventajas de la colaboración de las autoridades con los supuestos involucrados en la práctica de delitos cambian de acuerdo con el tipo de sistema de

---

<sup>385</sup> La Ley define como organización criminal el grupo de cuatro o más individuos organizados y estructurados con el intuito de obtener ventajas a partir de la práctica de crímenes con pena mayor de que cuatro años y delitos transnacionales. Ley 12.850/2013, art. 1, §1.º.

<sup>386</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 73).

<sup>387</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 73).

<sup>388</sup> DOJ Guide for FCPA p. 75.

<sup>389</sup> DOJ Guide for FCPA p. 75.

<sup>390</sup> En el caso del NPA, la persona generalmente tiene que colaborar con las investigaciones, más no estar involucrada en prácticas delictivas, admitir los actos ilícitos y adoptar medidas para remediar los daños causados. DOJ Guide for FCPA p. 75.

<sup>391</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).



colaboración. Las ventajas relacionadas al interés público pueden ser directamente vinculadas a la Fiscalía y las autoridades responsables por la investigación, al Poder Judicial, o incluso a otros tipos de interés público.

En Estados Unidos, un país de *common law* que acepta las más diversas formas de colaboración, la justicia negociada permite a la Fiscalía tener el “caso” cerrado de una manera más rápida, puesto que al no haber colecta de pruebas y trámites generados por el juicio, se asegura obtener una condena pronta<sup>392</sup>. Esto es considerado un factor de eficiencia, por permitir que una gran cantidad de casos sea procesada, en un corto plazo, en el sistema criminal<sup>393</sup>, además, se estima que, sin esta eficiencia, la Fiscalía no tendría recursos suficientes para actuar en los juicios de todos los casos penales<sup>394</sup>. Como la colaboración reduce la cantidad de recursos utilizados en los casos, la Fiscalía tiene la capacidad de concentrar sus esfuerzos en los casos de mayor lesividad y los más relevantes<sup>395</sup>. Un dato interesante es que se estima que el 95% de los casos penales en Estados Unidos son concluidos con algún tipo de *plea of guilty*<sup>396</sup>, que demuestra la relevancia de esta práctica, cuyos efectos se ven en la reducción de la carga de trabajo de la Fiscalía. La colaboración también reduce el riesgo de que la Fiscalía obtenga un resultado desfavorable a su propuesta inicial, tales como, una condena más pequeña de la solicitada por el fiscal, o incluso la absolución de los involucrados<sup>397</sup>. Estos factores muchas veces son verdaderos incentivos para que la Fiscalía proponga acuerdos de colaboración, incluso con el intuito de incrementar sus resultados de condena y eficiencia<sup>398</sup>. Otra ventaja relevante, para la Fiscalía es la posibilidad de utilizar el *plea bargaining* para negociar una mitigación de responsabilidad a cambio de la colaboración en otros casos<sup>399</sup>. La Fiscalía puede ofrecer la reducción de la imputación, de las circunstancias agravantes del delito, o incluso puede ofrecer al colaborador una recomendación de sentencia reducida ante el juzgado<sup>400</sup>. A cambio, el supuesto acusado deberá actuar como testigo o ayudar en la obtención de pruebas contra sus cómplices, contra otros acusados en procesos penales, o que incluso serán acusados en procesos por iniciar<sup>401</sup>.

El *plea bargaining* también reduce la posibilidad de que la documentación y los reportes policiales, además de todos los actos de

---

<sup>392</sup> CHEMERISNKY & LEVENSON (2018: 141) y BOLL (2009: 7).

<sup>393</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>394</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>395</sup> CHEMERISNKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>396</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>397</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>398</sup> Más sobre esa cuestión será abordada en el apartado subsiguiente, respecto a la crítica del sistema de Estados Unidos.

<sup>399</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>400</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>401</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

obtención de pruebas que son parte del trabajo de la Policía, sean evaluados y sean objeto de argumentos de la defensa en el juicio<sup>402</sup>. De esta manera, la Policía puede obtener ventajas del sistema en los casos en que hubo irregularidades o problemas en las investigaciones, evitando que los errores sean descubiertos y estén abiertos al conocimiento público<sup>403</sup>. Sin embargo, esto no parece ser una clara ventaja al interés público; si hubo algún error en una investigación policial en un caso de culpabilidad, existe una tensión en el interés público. Por un lado, para generar una condena a un agente responsable por un hecho ilícito, pero, por otro lado, por el respeto de las reglas procesales y de defensa —que son derechos humanos del acusado o investigado—. De esta manera, aunque sea relevante obtener la condena, no es deseable obtenerla bajo la violación de derechos<sup>404</sup>. Además, como los errores no son evaluados en el juicio, bajo la observancia del Poder Judicial, de la defensa y de la Fiscalía; la probabilidad de que la Policía adopte herramientas de capacitación y mitigación de errores será reducida. Este tipo de ventaja puede generar un ciclo vicioso en el cual la Policía —por falta de capacitación o adecuada información— practique errores que no son corregidos por el sistema.

La colaboración que resulte de pruebas e información contra cómplices o contra otros investigados y acusados, también puede ser observada como un ejemplo en el sistema brasileño de colaboración<sup>405</sup>. En especial porque en Brasil, para que se dé la colaboración, el sistema jurídico generalmente requiere del colaborador que preste información y pruebas respecto de las conductas delictivas de los demás involucrados<sup>406</sup>, como una forma de atraer el agente privado a colaborar con la descubierta de hechos ilícitos<sup>407</sup>. De esta manera, el interés público direcciona la obtención de pruebas para investigar y promover la responsabilidad de un mayor número de personas y de hechos ilícitos, siendo así una clara ventaja<sup>408</sup>. Es interesante observar que este incremento en la investigación de casos es más relevante cuanto más compleja es la actuación delictiva<sup>409</sup>. Además, la Administración Pública no tiene fondos para promover de manera continua el incremento

---

<sup>402</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>403</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141). *Vid.* también BOLL (2009: 10).

<sup>404</sup> Quizás esto sería una ventaja para la imagen de la Policía o de los investigadores del caso. En este sentido, considerar esa falta de escrutinio de las investigaciones como ventaja al interés público por posibilitar condena en casos de errores es una visión pragmática del proceso penal que no parece adecuada a un modelo de proceso con garantías planteadas para limitar los excesos de las autoridades.

<sup>405</sup> Como sistema brasileño de colaboración, para efectos de ese estudio, son consideradas las leyes que permiten de alguna manera acuerdos de colaboración entre autoridades y supuestos involucrados en actividades delictivas. A ejemplo, la Ley de Organización Criminal, la Ley de la Empresa Limpia y la Ley Antitrust. Ley 12.850/2013, Ley 12.846/2013 y Ley 12.529/2011.

<sup>406</sup> CANETTI (2018: 25).

<sup>407</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 74).

<sup>408</sup> CANETTI (2018: 25).

<sup>409</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 74).

de organismos de persecución e investigación para erradicar las conductas delictivas<sup>410</sup>. Como consecuencia de la colaboración, hay una expectativa de reducción de costes del sistema criminal o sancionador<sup>411</sup>, pero se espera una mejora de la eficiencia en las investigaciones derivadas de la colaboración, con un incremento de amplitud en los casos<sup>412</sup>, que abarca la responsabilidad de un mayor número de agentes, además de propiciar mejores probabilidades de resarcimiento de daños y recuperación de activos<sup>413</sup>.

Algunas de esas ventajas mencionadas generan efectos en el sistema judicial, por ejemplo, a través de la colaboración, los casos en proceso son reducidos a través de una rápida condena<sup>414</sup>. Además, la reducción de los casos decididos a través del proceso criminal tradicional —en ese sentido, sin colaboración y con todos los procedimientos de acusación y defensa— reduce de sobremanera el coste del Poder Judicial, en especial en un sistema en que la gran mayoría de los casos son decididos en un tribunal ante jurados, como el de EE.UU.<sup>415</sup>. Una cuestión interesante es que la resolución de casos a través del *plea of guilty* hace que la atención —y consecuentemente la presión social— no se concentre en el juez, pero sí en la Fiscalía<sup>416</sup> —quien se convierte en el responsable de obtener o no una condena con base en la colaboración—. Por estos motivos, los jueces en Estados Unidos generalmente también apoyan el *plea bargaining*<sup>417</sup>.

La reducción de incentivos, para prácticas como la cartelización del mercado, también es una de las ventajas del sistema de colaboración<sup>418</sup>, porque afectan de manera nociva a la competitividad de los mercados. Con un mercado más competitivo, hay una expectativa de mejores servicios a mejores precios para los consumidores. Con incentivos para que las empresas colaboren con la Administración y, en consecuencia, su responsabilidad sea reducida, suele ocurrir un incremento en la desconfianza entre las personas concurrentes en un mismo mercado, basado en el incremento del riesgo de delación y el consecuente incremento en el potencial de fiscalización de las autoridades<sup>419</sup>. De este modo, hay una expectativa de reducción de la práctica de cartelización<sup>420</sup>.

---

<sup>410</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 74).

<sup>411</sup> CANETTI (2018: 25).

<sup>412</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 74).

<sup>413</sup> DE MENDONÇA (2018: 33%).

<sup>414</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>415</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>416</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>417</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>418</sup> CANETTI (2018: 25).

<sup>419</sup> CANETTI (2018: 25).

<sup>420</sup> CANETTI (2018:25).

El resarcimiento de los daños también es una ventaja que puede ser generada de la colaboración<sup>421</sup>. Considerando que la condena criminal generalmente tiene consecuencias en los procesos civiles basados en el resarcimiento de los daños, una condena más rápida, a través de la colaboración, generalmente tendrá el efecto de ayudar en el proceso civil de compensación por daños<sup>422</sup>. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia de Brasil, el acuerdo de lenidad —la modalidad de colaboración cualificada con personas jurídicas— genera la obligación de pagar multa (reducida) y mantiene la obligación de resarcir por los daños causados<sup>423</sup>. En el caso de Estados Unidos, en la colaboración en casos de soborno transnacional, también existe la obligatoriedad de hacer la devolución de ventajas, eventualmente pago por los daños causados y pago de multa aplicable<sup>424</sup>. Además, la *Rule 11*, reglamento de los *pleas* en el proceso federal criminal de Estados Unidos, también prevé expresamente que se informe al colaborador de que acepta el decomiso de los bienes relacionados con el delito como condición para firmar el *plea*<sup>425</sup>. El resarcimiento de daños y el decomiso de los beneficios del delito tienen especial interés público cuanto mayor fuera la conexión de la actividad delictiva con la actividad de la Administración Pública. Por ejemplo, en un caso de pago de soborno para obtener un contrato en una gran obra pública, el resarcimiento de los daños estará relacionado con la adecuada recuperación de los fondos públicos. De igual manera, el producto del delito estará relacionado con la ventaja indebida obtenida por fondos públicos.

Además de esas ventajas al interés público, la colaboración que genera la colecta de pruebas e información al respecto de los delitos y de los involucrados tiene especial importancia en los delitos complejos<sup>426</sup>, por la mayor dificultad de identificar las estructuras de organizaciones criminales, los participantes, la distribución en el tiempo de la actividad delictiva, conforme a lo mencionado. En ese sentido, hay también una expectativa de que la colaboración en casos de delitos complejos sea relevante para incrementar el potencial de disuasión del derecho sancionador en la actividad delictiva<sup>427</sup>. Ese efecto de prevención y disuasión seguramente

---

<sup>421</sup> DE MENDONÇA (2018: 33%).

<sup>422</sup> Así es en el caso de la ley brasileña, en el cual las víctimas pueden utilizar la sentencia penal final en ejecución civil, previsto en el Código de Processo Civil de Brasil, art. 515, VI. El *guilty plea* de Estados Unidos genera efectos de condena automático en los procesos de naturaleza civil relacionados al delito. Véase CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139) hablando del *plea de nolo contendere*, en el cual el acusado intenta negociar colaboración sin generar los efectos de condena automática en procesos civiles del *guilty plea*.

<sup>423</sup> *Vid.* ATHAYDE (2019: 285-287) hablando de la obligatoriedad de resarcir los daños causados como una de las cláusulas exigibles para garantizar el resultado útil del proceso, de acuerdo con la interpretación de la ley brasileña.

<sup>424</sup> DOJ Guide for FCPA, p. 10 y 74-76.

<sup>425</sup> *Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11 (b)(1)(J).

<sup>426</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 70).

<sup>427</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 74).

tiene ventajas al reducir o eliminar otras actividades ilícitas que acompañan a los delitos complejos. Por ejemplo, hay una gran probabilidad de que un caso de soborno, como el pago a agentes políticos a lo largo de años esté relacionado con actividades de lavado de activos. Si el soborno sirve para mantener como participantes de las contrataciones públicas a determinadas personas jurídicas, sin el relevante ajuste de la competencia en el mercado, el mercado en si también enfrenta pérdidas de competitividad resultantes del soborno<sup>428</sup>.

## 2.2. Ventajas para los presuntos acusados

Es posible que se supongan ventajas para los presuntos acusados en todas las situaciones de colaboración, incluso porque el interés por colaborar estará basado en mejorar su situación comparada con el escenario en el que no existe la colaboración<sup>429</sup>. Incluso en el caso del *guilty plea* sin acuerdo de Estados Unidos, hay una expectativa en el involucrado de recibir una condena sin tener que soportar los trámites nocivos del proceso criminal<sup>430</sup>. Otra ventaja también es la seguridad en el caso de un acuerdo —o la expectativa, sin acuerdo— en el que la Fiscalía reduzca el número de delitos imputados o no realice otras imputaciones futuras por otros delitos<sup>431</sup>. La Fiscalía también puede acordar hacer una recomendación al juez para que el acusado reciba una pena mitigada o reducida<sup>432</sup>, a través de la colaboración, y con ello la defensa incrementa la certidumbre sobre el resultado del proceso<sup>433</sup>. Por ejemplo, al realizar la confesión en Estados Unidos, el acusado tiene más control de su situación y su futuro<sup>434</sup>, eliminando un resultado desconocido del proceso criminal, que puede ser la condena por todos los delitos imputados<sup>435</sup>. Esta seguridad en el resultado y la posibilidad de recibir una pena menor son las principales motivaciones por las cuales los imputados aceptan confesar y colaborar con la justicia estadounidense<sup>436</sup>.

---

<sup>428</sup> El caso de la Operación Lava Jato, de Brasil, es un ejemplo en el cual se puede observar una cartelización de personas jurídicas en el ramo de construcción civil, actuando con pago de soborno a clase política a lo largo de los años. Seguramente el mercado de la construcción civil perdió competitividad con esas prácticas. Además, la investigación empieza con arresto de cambistas y dueños de gasolineras involucrados en actividades de lavados de activos. Para más información, consultar el caso, Ministério Público Federal, <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>.

<sup>429</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>430</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 147).

<sup>431</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>432</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>433</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>434</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>435</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>436</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

La reducción de los costes con el proceso también es una ventaja para la defensa<sup>437</sup> con la generación de acuerdos, los involucrados y los abogados reducen el volumen de los recursos utilizados en el proceso<sup>438</sup>. Como el acuerdo evita el proceso judicial, que probablemente tardará más llegar a la adjudicación que a la confesión y la renuncia al juicio, la defensa y los investigados también reducen su exposición social y a los medios de comunicación<sup>439</sup>. También se espera que con el procedimiento de *plea agreement* los imputados generen menos ansiedad, comparado con el estrés que genera un proceso penal común<sup>440</sup>. Otras ventajas para el acusado pueden existir conforme a los sistemas jurídicos; en EE.UU. una ventaja controvertida de aplicación es el hecho de que en el acuerdo sean definidos que otros miembros de la familia no sean imputados<sup>441</sup>.

Además de esas ventajas, la colaboración en el contexto corporativo puede significar la exención de penas que tendrían un efecto devastador en la situación financiera de las empresas. En el caso de acuerdo de personas jurídicas con el DOJ de Estados Unidos, la consecuencia de la condena a *debarment* (la prohibición de contratar con la Administración) no será aplicada de manera automática<sup>442</sup>, así, la suspensión de los contratos y derechos de contratación —que en diversos casos es efecto colateral de la condena penal en Estados Unidos— no será aplicada, permitiendo que las personas jurídicas mantengan sus negocios con la Administración Pública. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia brasileña, específicamente el acuerdo, la Administración puede dejar de aplicar la pena de publicación de responsabilidad por la práctica de cohecho<sup>443</sup>. También podrá dejar de ser aplicada la suspensión del derecho a recibir incentivos, subsidios, préstamos y otros beneficios ofrecidos por los poderes públicos<sup>444</sup>. Además, la ley permite que sean mitigadas o no sean aplicadas las sanciones previstas para los casos de cohecho relacionado con contrataciones públicas<sup>445</sup>. En este sentido, la persona jurídica colaboradora puede dejar de sufrir pena de declaración de *inidoneidad*<sup>446</sup> —que tiene efecto asemejado al *debarment*

---

<sup>437</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>438</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>439</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>440</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>441</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>442</sup> DOJ Guide for FCPA, p. 70.

<sup>443</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §2.º.

<sup>444</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §2.º.

<sup>445</sup> Ley 12.846/2013, art. 17.

<sup>446</sup> *Inidoneidade* para el portugués de Brasil es el contrario de idoneidad, como sanción de la Ley de la Empresa Limpia y de la Ley de Contrataciones Públicas significa una imposibilidad de contratar por no detener nos criterios de honestidad y probidad necesarios. Para más sobre estas leyes y su interrelación, *vid.* Capítulo VI.

de Estados Unidos, con la prohibición de mantener relaciones contractuales con la Administración Pública<sup>447</sup>—.

Por último, según la modalidad de colaboración, las personas jurídicas también tendrán la ventaja de reducir los costes que la persecución criminal —o administrativa— tiene en sus actividades y en su productividad<sup>448</sup>. Hay una expectativa que al responder a la investigación y al proceso judicial se generarán gastos por auditorías e investigación interna y abogados, y que el esfuerzo para entregar respuestas a las autoridades provocará una reasignación de recursos, que tendrá como efecto la pérdida de productividad y empeoramiento de las condiciones de trabajo en la estructura de la persona jurídica<sup>449</sup>. Ser investigado por las autoridades o ser procesado criminalmente también puede significar la pérdida de contratos privados y socios comerciales<sup>450</sup>. Otra consecuencia de las investigaciones y de la imputación criminal son los desgastes de la imagen, que incluso pueden generar prejuicios y pérdidas de mercado tan relevantes que orillen a las personas jurídicas al cierre de actividades<sup>451</sup>. Como consecuencia, la colaboración que evite esas consecuencias de las investigaciones reducirá estos riesgos para las empresas.

### 2.3. Ventajas para las víctimas

Los defensores del *plea bargaining* en los Estados Unidos reconocen ventajas también para las víctimas de los delitos<sup>452</sup>. Al evitar el arranque de un juicio, las víctimas se salvan de la dura realidad, de ver su caso expuesto en los medios de comunicación, y de no sufrir con la agonía e inconveniencia de participar en el proceso criminal, incluso evitando la necesidad de actuar en audiencias con testigos en el juicio y sufrir la exhibición causada por las estrategias de la defensa<sup>453</sup>; esto es, de soportar una victimización secundaria<sup>454</sup>. La colaboración del investigado también ofrece a la víctima la certeza de una condena, en ese sentido, asegura un resultado por el delito cometido<sup>455</sup>.

---

<sup>447</sup> Art. 87-88 de la Lei No. 8.666, de 21 de junho de 1993, *Diário Oficial da União* (DOU) de 6.7.1994 (Brasil) (en adelante Ley 8.666/1993).

<sup>448</sup> DEMING (2018: 3).

<sup>449</sup> *Vid.* DEMING (2018: 3).

<sup>450</sup> *Vid.* DEMING (2018: 3).

<sup>451</sup> HELLER (2014/2015).

<sup>452</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>453</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>454</sup> Sobre los derechos mínimos y la protección sobre las víctimas en el Derecho europeo, ver Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. Sobre la importancia de la responsabilidad de las personas jurídicas para los derechos de la víctima, ver GÓMEZ COLOMER (2019: 31-32), sobre la protección en el Derecho español, ver GÓMEZ COLOMER (2015: 325 y ss.) y GÓMEZ COLOMER (2008: 136) sobre la situación de la víctima en el proyecto “corpus iuris”.

<sup>455</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

Además, conforme hemos mencionado, el acuerdo basado en la confesión genera una adjudicación criminal con efectos en los procesos civiles de resarcimiento de daños<sup>456</sup>. En algunos casos, como el del acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia brasileña, el propio acuerdo de colaboración generará como consecuencia el resarcimiento de los daños causados a la víctima<sup>457</sup>. En los términos de la ley brasileña, la persona jurídica, aunque colaboradora, tiene la obligación de hacer la reparación íntegra de los daños causados<sup>458</sup>. Lo mismo pasa en Brasil con la colaboración premiada y en Estados Unidos con el *plea bargaining*<sup>459</sup>.

Sin embargo, es importante observar que la colaboración del acusado con la Administración estará basada —en la mayoría de los casos— en que el acusado obtenga alguna reducción en su responsabilidad, que puede ser de los delitos imputados, de la pena o sanción o, en algunos casos, la exención de responsabilidad. En este aspecto, aunque se considere la relevancia de las ventajas mencionadas para la víctima, la mitigación de responsabilidad puede generar también un sentimiento de impunidad. Esta es una de las críticas del sistema de Estados Unidos, en especial en los casos en que la mitigación implica la no imposición de una pena restrictiva de libertad, y para personas jurídicas, cuando implica el pago de multas corporativas a cambio de la no imputación de personas físicas<sup>460</sup>. Además, como regla general, los *plea bargaining* pueden ser informados a las víctimas, pero no dependen de su aprobación o aceptación<sup>461</sup>. La aprobación de las víctimas tampoco es elemento necesario para el acuerdo de lenidad y la colaboración premiada de Brasil<sup>462</sup>.

### 3. JUSTICIA NEGOCIADA Y COLABORACIÓN

Es cierto que las herramientas de colaboración amplia y cualificadas de los investigados con las autoridades suele tener ventajas para los jueces, la Fiscalía, la defensa y las víctimas<sup>463</sup>. En términos sistémicos, el ahorro de recursos públicos para el Poder Judicial, la Fiscalía y la Policía son ventajas de contenido financiero. Otra ventaja generada por la colaboración es el ahorro de tiempo<sup>464</sup>, con la colaboración de los investigados hay una expectativa de que los procesos tengan una conclusión más rápida<sup>465</sup> y como

---

<sup>456</sup> *Vid.* nota 422.

<sup>457</sup> ATHAYDE (2019: 285-287).

<sup>458</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §3.º.

<sup>459</sup> *Vid.* apartados anteriores en este capítulo, en especial con referencia a la colaboración premiada de Brasil y el *Rule 11* de EE.UU.

<sup>460</sup> Más información sobre el tema en los apartados relacionados a las críticas al sistema de Estados Unidos.

<sup>461</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 148-149).

<sup>462</sup> Sobre el tema, *vid.* el capítulo específico sobre el sistema de colaboración de Brasil.

<sup>463</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>464</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

<sup>465</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).



consecuencia la dispensa de los trámites regulares del proceso penal, con instrucción probatoria y trámites de defensa. En estos términos, se observa que estas herramientas permiten a la administración de la justicia dos grandes ventajas: la primera, el ahorro de recursos financieros, la utilización de tiempo de los jueces, fiscales y demás autoridades, así como de los colaboradores del proceso penal, como peritos, policías y otros. Además, la propia rapidez en los procesos en los cuales existe la colaboración y se llega a la sentencia con alguna forma de condena —puesto que la conclusión de la colaboración es, generalmente, la aplicación de una pena reducida— se traduce en una ventaja. Incluso en los casos en los cuales la colaboración permite el perdón, que generalmente estará vinculada a la obtención de pruebas e información de otros involucrados<sup>466</sup>. Con el ahorro de recursos financieros y de tiempo para llegar a la decisión de los casos, se espera un incremento en el número de casos que pueden ser resueltos por el sistema criminal<sup>467</sup> —sin que sea necesario el consecuente aumento de utilización de recursos públicos—<sup>468</sup>.

Con estas claras ventajas —el incremento de los casos sentenciados sin efecto en los recursos utilizados— se imagina que el sistema logrará éxito en mejorar los resultados deseados del Derecho Penal, cual sea, la prevención y represión de delitos, además de la recuperación social de los delincuentes<sup>469</sup>. Sin embargo, este cambio en la utilización del Derecho Penal y del sistema criminal no implica simplemente un mayor número de casos atendidos por los jueces, implica verdaderamente en la huida del proceso penal tradicional y en la no utilización del rito y las formalidades procesales<sup>470</sup>. En este aspecto, significa una reducción en la utilización de los medios que garantizar el balance entre el interés de descubrir la verdad y de asegurar a todos los adecuados derechos de defensa. A este cambio en

---

<sup>466</sup> Sobre la temática, *vid.* apartado supra sobre colaboración cualificada.

<sup>467</sup> En los Estados Unidos, en media, 95% de los casos son resueltos a través de *pleas*, es decir, a través de algún tipo de colaboración del imputado con las autoridades. HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145). Por ese motivo, la Suprema Corte mencionó en *Lafler v. Cooper* que el sistema criminal es un sistema de *pleas*, no un sistema de juicios. *Lafler v. Cooper* 566 U.S. 156 (2012).

<sup>468</sup> La ausencia de inversión de recursos en el sistema criminal en la proporción necesaria es una realidad no sólo de EE.UU. pero también en diversos países. Las consecuencias de esta ausencia de inversión son el exceso de casos sin solución y el retraso de los juicios, causas que generan la necesidad de búsqueda de alternativas al proceso penal tradicional, como las herramientas de justicia negociada. *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 271-272)

<sup>469</sup> Si un número más grande de individuos involucrados en delitos recibe condena, el sistema de rehabilitación criminal tendrá acceso a un más grande número de personas a rehabilitar. Esto porque el sistema no incrementa el número de delincuentes, pero si el número de condenas.

<sup>470</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015) hablando de modernización y reforma del proceso penal. *Vid.* también BADARÓ (2018) hablando de la huida del proceso con instrucción criminal en pro de un proceso penal consensual.

el sistema criminal generalmente se denomina *justicia negociada*<sup>471</sup> o *justicia consensual*<sup>472</sup>.

Con independencia de la denominación que se da a este fenómeno, la cuestión está centrada en una crisis a la que sufre el Derecho Penal<sup>473</sup>, en especial relacionada con las dificultades del sistema de justicia criminal tradicional de producir ejecutar el desarrollo procesal en un plazo razonable<sup>474</sup>. Esta crisis se desenvuelve en los cinco continentes durante los últimos veinticinco años<sup>475</sup>. La urgencia de obtener una rápida —y eficiente— decisión de los casos está relacionada con la escalada en la necesidad de resolución de delitos que son verdaderos conflictos sociales, como son, el surgimiento y crecimiento de terrorismo, del narcotráfico, de la corrupción, del blanqueo de activos, y de la criminalidad organizada.<sup>476</sup> Este clamor por la resolución de estos conflictos está envuelto en una exploración que la clase política suele hacer como un *populismo punitivo*<sup>477</sup>.

En este contexto, la justicia negociada o consensual aparece como un *remedio mágico*<sup>478</sup>, a través del cual se puede adecuadamente reducir el número de procesos en curso y promover una rápida resolución de las cuestiones criminales<sup>479</sup>. Todo basado en la premisa —equivocada— de que el incremento en el Derecho Penal, con más delitos y más penas generará una mayor prevención de delitos, con la consecuencia de reducir la alarma y la inseguridad en la sociedad<sup>480</sup>. Sin embargo, lo que muchas veces suele no estar a la vista de los defensores de la justicia penal negociada son los fundamentos por los cuales la justicia penal tradicional tanto valora el proceso penal. En este sentido, tradicionalmente se considera un proceso penal justo y legítimo cuando hubiera una actividad epistémica y hermenéutica desarrollada bajo el reglamento del debido proceso<sup>481</sup>. Un modelo epistémico de justicia penal será el modelo que tiene en cuenta la relevancia de la verdad para aplicación de la norma bajo un paradigma de debido proceso<sup>482</sup>. La verdad, así, es un supuesto sobre el cual se desarrollará la actividad hermenéutica<sup>483</sup>. La búsqueda de la verdad en un ritmo procesal es lo que se considera —en el modelo de justicia negociada—

---

<sup>471</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016).

<sup>472</sup> BADARÓ (2018). *Vid.* también apartado anterior.

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016: 20).

<sup>474</sup> BADARÓ (2018).

<sup>475</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 2).

<sup>476</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 2).

<sup>477</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 2). A ese respecto, *vid.* también JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2014: 157-174) hablando de la exploración de la lucha contra la corrupción.

<sup>478</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016: 20).

<sup>479</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016: 20).

<sup>480</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 2).

<sup>481</sup> BADARÓ (2018).

<sup>482</sup> BADARÓ (2018).

<sup>483</sup> BADARÓ (2018).

un retraso en el tiempo, en el desarrollo que la justicia criminal moderna necesita<sup>484</sup>.

La colaboración de los acusados, como se ha mencionado, se traduce en una renuncia al juicio y a la instrucción criminal. De esta manera, la aplicación de pena no estará basada en la evaluación de hechos —o de la posible verdad en el proceso—<sup>485</sup>, pero si en una actividad de negociación<sup>486</sup>. O al menos, será fundada en una confesión y renuncia de las garantías relacionadas a la defensa<sup>487</sup> —que significan el derecho de requerir a la administración de justicia criminal que pruebe los hechos—. Así se hace el cambio de un modelo de Derecho Penal basado en el principio de legalidad, con el intuito de generar *igualdad, rigidez, predictibilidad y seguridad jurídica*<sup>488</sup> para un sistema que garantiza a la Administración una potencial y amplia discrecionalidad para evaluar cuáles serán las medidas penales más adecuadas a casos concretos<sup>489</sup>. En esa visión de la justicia negociada —la negociación de colaboración— pueden ser evaluados diversos aspectos, en la aplicación de la discrecionalidad, incluso aspectos no jurídicos<sup>490</sup>. El punto central de esta consideración no es que estos aspectos no jurídicos no sean sujetos a una evaluación o que ésta no se traduzca en una ventaja para el proceso penal tradicional —diversos aspectos pueden ser incorporados por los sistemas jurídicos, por su especial relevancia social<sup>491</sup>—. Lo que pasa es que, en la justicia negociada, esos aspectos pueden ser evaluados sin una actividad probatoria y sin una construcción de la verdad basada en el debido proceso<sup>492</sup>. La verdad consubstanciada durante el proceso penal, que tradicionalmente es la base más importante sobre la cual se extrae la interpretación de la ley y la imposición de la conclusión en sentencia, se vuelve de poca o de ninguna importancia. De hecho, las circunstancias fácticas del delito dejan de tener la importancia tradicionalmente otorgada por el Derecho criminal en la resolución del caso.

---

<sup>484</sup> BADARÓ (2018).

<sup>485</sup> GUSMÁN (2018: 57 y ss.).

<sup>486</sup> BADARÓ (2018).

<sup>487</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 147).

<sup>488</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 6).

<sup>489</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 6).

<sup>490</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 6).

<sup>491</sup> A título de ejemplo, la disolución de la personalidad jurídica, como pena, muchas veces será aplicada solamente en los casos más graves de actividad delictiva de las personas jurídicas. Así es en la Ley de la Empresa Limpia de Brasil, en que, como norma general, las penas principales a ser aplicadas son multa y prohibición de contratación o de recibimiento de incentivos. La pena de disolución de la persona jurídica como pena exige la comprobación de relevante habitualidad de la práctica de actos ilícitos por la empresa o de su creación para ocultar hechos ilícitos o beneficiarios de los actos ilícitos. Ley 12.846/2013, art. 19, §1.º.

<sup>492</sup> En este sentido, sin una construcción de una verdad posible en el ámbito del proceso. GUSMÁN (2018: 40 y ss.).

### 3.1. Justicia negociada y discrecionalidad: el paradigma de EE.UU.

Cuando la verdad comprobada, deja de tener importancia en el debido proceso y en la resolución de los conflictos criminales, como es el caso del sistema de *common law* de Estados Unidos, se relaciona con la discrecionalidad permitida a los fiscales —o al principio de oportunidad—. En este sistema, los fiscales tienen amplia discrecionalidad para decidir cuales imputaciones hacer y contra quienes hacerlas<sup>493</sup>. Por cierto, hay limitaciones al poder de los fiscales, como, por ejemplo, la necesidad de demostrar la ocurrencia de justa causa —*probable cause*— que soporte las imputaciones de los delitos a los investigados<sup>494</sup>. Pero, en la ocurrencia de la justa causa, la Fiscalía puede decir cuántas imputaciones hacer, la gravedad de los crímenes<sup>495</sup>, y además puede decidir que individuos serán llamados al proceso penal como testigos y cuales traerá como investigados o acusados<sup>496</sup>. En el caso de discordancia con la decisión de la Fiscalía, la posible medida al juicio es desestimar la causa, no existiendo posibilidad de solicitar al fiscal que impute por otros delitos o adecue la imputación<sup>497</sup>. Esta regla, basada en la separación de los poderes, es una garantía de que los jueces no tendrán competencia para decidir por el Poder Ejecutivo acerca de qué crímenes imputar, cuando imputarlos o contra quienes hacer la imputación<sup>498</sup>. Por otro lado, a pesar de tener una amplia discrecionalidad, los fiscales no tienen una clara obligación de rendición de cuentas a la sociedad<sup>499</sup>.

Es interesante observar que la Policía también tiene discrecionalidad en el sistema de EE.UU.<sup>500</sup>. Por ejemplo, la autoridad policial puede decidir quién es el presunto involucrado en el caso y promover su arresto<sup>501</sup>. Además, las decisiones adoptadas dentro de la discrecionalidad de la Policía y de la Fiscalía para no ejercer la imputación por delitos no son —virtualmente— posibles de revisión o control<sup>502</sup>. Un fiscal, por ejemplo, puede evaluar un caso y decidir que las pruebas de la investigación son

---

<sup>493</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31). *Vid.* también NEIRA PENA (2018: 56%) hablando sobre el principio de discrecionalidad y la gran cantidad de casos resueltos a través de la colaboración de personas jurídicas en EE.UU.

<sup>494</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

<sup>495</sup> La Suprema Corte de Estados Unidos decidió que los fiscales no tienen la obligación de hacer la imputación basada en la ley que sea más ventajosa al imputado. De esa manera, en un sistema de *overcriminalization*, los fiscales tienen la posibilidad de decidir entre una ley u otra, decidiendo materialmente sobre la gravedad de las conductas. *United States v. Batchelder*, 442 U.S. (1979).

<sup>496</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

<sup>497</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

<sup>498</sup> *United States v. Giannattasio*, 979 F2d 98 (7th Cir. 1992).

<sup>499</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 32).

<sup>500</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

<sup>501</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

<sup>502</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

insuficientes para generar responsabilidad criminal, o que la Fiscalía no tiene los recursos necesarios para promover la acción penal de responsabilidad en ese caso<sup>503</sup>. La autoridad policial, a su vez, ante la ocurrencia de un delito de menor potencial, puede decidir por no promover el arresto del individuo y hacerle simplemente una advertencia<sup>504</sup>.

Los fiscales suelen evaluar diversos factores en el ejercicio de su amplia discrecionalidad<sup>505</sup>. Uno de ellos es la realidad económica o los recursos financieros disponibles a las autoridades<sup>506</sup>. La decisión de cuales cargos criminales hacer y contra quien hacerlos puede estar basada en la existencia de recursos limitados de la Policía, de la Fiscalía y también de las cortes<sup>507</sup>. Otro factor que debe considerarse es la evaluación de que casos traerán mayores ventajas para la comunidad si se llegará a ejercer la acción penal<sup>508</sup>. Por ello, la Fiscalía puede determinar sus prioridades de actuación basado en lo que la sociedad o la comunidad considerar como más relevante<sup>509</sup>. Por ejemplo, en la década de 1980, la prioridad más común de la Fiscalía Federal estaba relacionada con la lucha contra las drogas. En la actualidad, también están incluidos el combate al terrorismo y los delitos cibernéticos<sup>510</sup>.

En tercer lugar, los fiscales deben evaluar la posibilidad de obtener una condena<sup>511</sup>, aunque para el procesamiento de la acción penal falte solo la justa causa, el estándar para obtener una condena en juicio es la prueba más allá de la duda razonable —*proof beyond a reasonable doubt*<sup>512</sup>—. Basado en este factor, la típica oficina del fiscal de Estados Unidos tiene una tasa de condena por encima del 90 por ciento<sup>513</sup>, esto es debido a la posibilidad de decidir —*pick and choose*— los casos en los cuales hacer la imputación criminal<sup>514</sup>. Otro factor evaluado es el historial de conducta de los supuestos

<sup>503</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

<sup>504</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

<sup>505</sup> La limitación al ejercicio de la discrecionalidad por la Fiscalía tiene como paño de fondo tres cuestiones. La primera, la común existencia de una audiencia preliminar con el juicio, para evaluar la imputación, o el control del Grand Jury, en los casos que la ley existe. *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 48). Además, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió que fiscales no pueden utilizar su discrecionalidad para hacer enjuiciamiento vengativo, ni tampoco enjuiciamiento selectivo con violación a la cláusula de igualdad constitucional. Sobre enjuiciamiento como venganza, *vid Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974). Sobre enjuiciamiento selectivo, *vid. Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985).

<sup>506</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>507</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>508</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>509</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>510</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>511</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>512</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>513</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>514</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33). Las distorsiones generadas a partir de la evaluación de la tasa de suceso de la Fiscalía de Estados Unidos es objeto de diversos estudios, y será analizada en apartado subsiguiente. Sobre el tema, *vid.* EISINGER (2017).

delincuentes<sup>515</sup>. Por último, el impacto global de la decisión de continuar en la investigación o archivar el caso también debe ser evaluada por los fiscales<sup>516</sup>. En este aspecto, los fiscales deben analizar si es del interés público hacer la imputación por los delitos, y deben incluir en ese análisis los impactos para la víctima, sus familiares y demás individuos de la comunidad<sup>517</sup>.

Se puede observar que la amplia discrecionalidad de los fiscales no está sujeta a la obligación del principio de legalidad, como suele ocurrir en otros sistemas, en especial los de tradición del *civil law*<sup>518</sup>. El margen amplio de decisión de cómo hacer cumplir la ley penal y las políticas criminales está relacionado con la evaluación de la disponibilidad financiera de recursos, de los beneficios generados a la sociedad a partir de la utilización o no del Derecho Penal en el caso, además de la eventual facilidad o dificultad de hacer la prueba necesaria para obtener una condena. Claro que existen límites legales, como la sujeción de la imputación a audiencias preliminares o al *Grand Jury*, o la prohibición de un juicio vengativo o discriminatorio<sup>519</sup>. Pero estos límites no son relacionados con el principio de legalidad que forma parte de la tradición del Derecho Penal del *civil law*, en el cual la verdad del caso concreto es lo que basa la decisión de aplicación de la ley<sup>520</sup>.

Esta diferencia de principios basales entre los sistemas jurídicos puede estar vinculada con el propio surgimiento de los derechos constitucionales en Estados Unidos, en el cual las protecciones a los individuos, en materia penal, son construidas por el Poder Judicial a partir de la definición de los casos concretos<sup>521</sup>. Por ejemplo, la protección contra la persecución vengativa y contra la persecución discriminatoria son garantías del proceso criminal que surgieran a partir de la interpretación de reglas amplias de la Constitución de Estados Unidos<sup>522</sup>. En este paradigma de justicia criminal —y de justicia negociada— hay una visión de que el agente público —el fiscal— tiene capacidad de decidir con discrecionalidad y ésta debe ser direccionada por una evaluación que considere el interés social —como un interés local— y los recursos financieros de la Fiscalía y del Poder Judicial. Esta posibilidad amplia de toma de decisión bajo o ningún control parece

---

<sup>515</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>516</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>517</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33).

<sup>518</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 6).

<sup>519</sup> *Vid.* comentarios sobre las limitaciones del poder de la Fiscalía en nota 505.

<sup>520</sup> BADARÓ (2018).

<sup>521</sup> Sobre el rol de la Constitución de Estados Unidos, de la Suprema Corte, las distinciones entre el *civil law* y el *common law* de Estados Unidos, *vid.* SCHOENBAUM (2016) y PODGOR & COOPER (2009).

<sup>522</sup> Esos derechos fueran incorporados al *common law* de Estados Unidos a través de las decisiones de la Suprema Corte en los casos *Wayte y Blackledge*. *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985). *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974).

más próxima a los conceptos de derecho privado —o de derechos disponibles— en países del *civil law*<sup>523</sup>.

La Fiscalía, en Estados Unidos, tiene discrecionalidad para realizar la búsqueda de una solución pragmática, basada en un interés para obtener una condena rápida, y ponerse de acuerdo con la no aplicación o la aplicación mitigada de la ley para concretar esa finalidad, como si esta práctica tradujera los conceptos de liberalismo económico y de la intervención mínima del Estado en la vida social para la Fiscalía. El Poder ejecutivo no actúa únicamente en aplicar la política criminal, hacer cumplir las leyes y eventualmente proponer el cambio normativo al Poder Legislativo, tiene también la responsabilidad de emitir una opinión y decisión de como imponer y ejecutar la ley penal, siempre con el objetivo de trazar el camino de búsqueda por la justicia. En consecuencia, el fiscal se divide entre un ejercicio sin restricciones de su discrecionalidad como un abogado y al mismo tiempo un agente de la ley responsable por la concretización de la justicia<sup>524</sup>. En ese rol, el Poder Judicial no tiene amplio espacio para fiscalizar o controlar el ejercicio de los poderes de la Fiscalía<sup>525</sup>.

### **3.2. Justicia negociada y discrecionalidad: su llegada a Brasil**

En sistemas jurídicos diferentes al estadounidense, el diseño de herramientas de justicia negociada no fue basado en una estructura de amplia discrecionalidad —o del principio de oportunidad— como pasó en Estados Unidos. En el caso de Brasil, aunque existe la colaboración cualificada, esta es marcada por la identificación de requisitos y la consecución de objetivos previstos en la ley<sup>526</sup>. En el acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia<sup>527</sup>, por ejemplo, existe una premisa básica para la colaboración y confección de acuerdos, que es la entrega de pruebas e información, respecto a la actividad ilícita, que auxilie en la identificación de las otras personas involucradas<sup>528</sup>. En este caso, los requisitos y condicionantes para utilizar la justicia negociada están previstos en la ley —lo que no significa una ausencia total del elemento de discrecionalidad—.

---

<sup>523</sup> Como tradicionalmente se suele asignar al proceso civil la protección de derechos disponibles y al proceso penal la protección de derechos indisponibles. GUZMÁN (2018: 41-45).

<sup>524</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 48).

<sup>525</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 48).

<sup>526</sup> Como ejemplo, la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de Organizaciones Criminales tiene artículos con los requisitos y los objetivos que la colaboración tiene que cumplir para que exista acuerdo y ventajas al acusado. Ley 12.850/2013, art. 4. Ley 12.846/2013, art. 16.

<sup>527</sup> La Ley 12.846/2013 es una ley que tiene naturaleza de sanción administrativa, con mezcla de proceso administrativo y proceso judicial. En ese sentido y diferente de lo que ocurre en los casos mencionados de Estados Unidos, aquí habrá actuación no solamente de la Fiscalía, sino también de autoridades de la Administración Pública y abogados. En el caso federal, de la *Controladoria-Geral da União* y de la *Advocacia-Geral da União*.

<sup>528</sup> *Id.* ATHAYDE (2019: 267).

En el ejemplo anterior, la autoridad tendrá la función de decidir si las pruebas e información presentadas realmente permiten la comprensión de los hechos y la identificación de las otras personas involucradas en ellos. Aun así, la autoridad pública tiene el poder-deber de actuar, y no la potestad o la oportunidad de decidir por actuar<sup>529</sup>. Además, la autoridad está vinculada al interés público de producción acelerada de pruebas<sup>530</sup>, de manera que, si hubiera pruebas disponibles y suficientes sin colaboración, no hay interés público en la realización de un acuerdo y no queda lugar para la aceptación de colaboración con mitigación de sanciones. Este tipo de legalidad *mitigada* se puede denominar oportunidad o discrecionalidad regladas, como referencia a una decisión de la autoridad basada en la evaluación de factores previstos en ley —el fenómeno también puede ser observado en el sistema criminal español—<sup>531</sup>.

Este modelo de justicia negociada parece producir una mezcla entre la regla general del sistema criminal de Brasil, en el cual no hay discrecionalidad —principio de legalidad o de obligatoriedad—<sup>532</sup> y la actuación de la autoridad administrativa basada en los requisitos expresamente previstos en ley —principio de legalidad<sup>533</sup>—. La obligatoriedad de proponer la acción criminal está relacionada con una concepción de que el delito es una lesión irreparable al interés público<sup>534</sup>. Por ello, en países como Brasil, el interés público es marcado por una fuerte conexión con el principio de legalidad<sup>535</sup>. El sistema criminal de Brasil —a diferencia del sistema de EE.UU.— tiene base en una constitución *garantista* promulgada en 1988 y que explícitamente asigna una larga lista de derechos de defensa que limitan la actuación del Estado<sup>536</sup>. Esto no es lo mismo que decir que el sistema jurídico estadounidense asigna menos derechos y garantías procesales que el sistema brasileño<sup>537</sup>. Sin embargo, es relevante porque marca los diferentes niveles de importancia que se le

---

<sup>529</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 72) hablando sobre el poder-deber como obligación de cumplir a los preceptos legales.

<sup>530</sup> RIBEIRO (2017: 233).

<sup>531</sup> CAPEZ (2012: 161) y GIMENO BEVIÁ (2016: 56%).

<sup>532</sup> En Brasil, la autoridad policial tiene la obligatoriedad de investigar, y la Fiscalía, la obligatoriedad de hacer la imputación criminal. CAPEZ (2012: 67).

<sup>533</sup> El principio de legalidad implica que la administración tiene que actuar dentro de los límites legales. Además, a los individuos es dado el control de los actos de la autoridad bajo la comparación con las directrices de la ley y la actuación práctica de la autoridad. En ese aspecto, el principio de legalidad restringe la existencia de discrecionalidad. CARVALHO FILHO (2017: 48).

<sup>534</sup> CAPEZ (2012: 67).

<sup>535</sup> La constitución brasileña prevé que la Administración Pública, por ejemplo, debe conducir su actuación bajo el principio de legalidad. Constituição Federal (CFB) art. 37 (Brasil).

<sup>536</sup> Ver, por ejemplo, el art. 5.º, XII, XXXVII, XXXVIII, XXXIX de la Constitución brasileña, que prevén derecho al tribunal de jurados, protección a la libertad, además de otros derechos y garantías procesales.

<sup>537</sup> La Constitución de Estados Unidos data de 1788, mientras la actual constitución de Brasil data de 1988.



otorga al interés público en el diseño del sistema jurídico brasileño. La Constitución brasileña permite, incluso, que el interés público sea utilizado para que el Estado fiscalice la utilización de la propiedad privada, de manera que identifique la atención a los intereses sociales y a la concretización de derechos individuales y colectivos<sup>538</sup>.

Estos ejemplos en el uso de discrecionalidad y cumplimiento de la legalidad, de Brasil y Estados Unidos, ilustran que los distintos ordenamientos jurídicos son regidos por diferentes reglas y tradiciones. En un primer momento, la distinción está relacionada con la diferencia de contenido e importancia que tradicionalmente es otorgada al principio de legalidad y al de la discrecionalidad. En un segundo momento, la diferencia se expande con la comparativa entre el valor de la verdad, materializada a través de pruebas producidas en un debido proceso, versus el valor de la capacidad de la autoridad en negociar y utilizar los diversos factores metajurídicos presentes con la finalidad de producir un resultado pragmático. Las tradiciones de Estados Unidos —considerando una actuación de acuerdo con el interés público— permiten a la Fiscalía observar factores económicos y de la comunidad para decidir cómo aplicar la ley criminal, y el Poder Judicial no tiene un espacio amplio para controlar. En Brasil, por otro lado, la tradición jurídica basa la actuación de la autoridad en conceptos de legalidad, estricta legalidad, incluso garantizando el control de los actos practicados con base en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales. Aunado a esto, la tradición jurídica hipotéticamente autoriza a la autoridad a intervenir en el uso de la propiedad privada para hacer que cumpla con funciones sociales. De hecho, parece que el propio concepto de lo que se considera *interés público* y de cómo dicho interés autoriza o desautoriza la Administración a actuar es distinto entre los diversos países.

Esta pequeña comparativa no es suficiente para analizar las distinciones entre el *common law* y el *civil law* en lo que esté relacionado con el binomio de legalidad-discrecionalidad. Todavía, existe dificultad para explicar y transferir herramientas de justicia negociada entre sistemas jurídicos tan distintos. Lo que indica, dada la crisis del derecho criminal y la presente implementación de justicia negociada en diversos sistemas jurídicos, el ejercicio que se muestra más útil es el de buscar las alternativas más adecuadas teniendo en consideración las tradiciones jurídicas distintas y singulares —y no negar tradiciones propias en beneficio de tradiciones

---

<sup>538</sup> La constitución prevé en el rol de derechos individuales y colectivos que el derecho de propiedad es garantizado, pero incluye la cláusula de que la propiedad cumplirá su función social. Constituição Federal (CFB) art. 5, XXIII (Brasil). De esa manera, la constitución asimismo prevé reglas para reforma agraria de propiedades rurales no utilizadas, y prevé reglas para restricción de uso de propiedad urbana que no cumplan función socialmente relevante, explícitamente mencionando los requisitos para que la propiedad en ciudades cumpla su función social. Constituição Federal (CFB) art. 187 y ss. y 182 §2.º (Brasil).

ajenas—. La comparativa entre sistemas jurídicos con el intuito de comprender como los reglamentos constitucionales, la legalidad y la discrecionalidad funcionan, puede y debe ser hecha. Ese ejercicio debe basar una búsqueda de soluciones que no se traduzcan en una simple adaptación, sino en un desarrollo de herramientas que generen los resultados deseados en los distintos sistemas jurídicos. Si no fuera así, la implementación de herramientas de justicia negociada encontrará muchos otros retos además de los ya identificados.

#### 4. PARADIGMA DEL DERECHO SANCIONADOR

El análisis de la justicia negociada con sus herramientas de colaboración conlleva que sea considerado el paradigma de un Derecho Penal que valore soluciones pragmáticas y rápidas, en este sentido calificadas como *eficaces*<sup>539</sup>. Pero la crisis del Derecho Penal produce la proliferación de otros mecanismos de cambio. A parte de las herramientas de justicia negociada también existe el abandono de un proceso penal por un proceso más simple, más rápido y con menos rigidez. Así, en muchos de los casos se abandona el Derecho Penal, la *ultima ratio* utilizada para imponer castigo a los ciudadanos<sup>540</sup>, por la responsabilidad de naturaleza administrativa o civil. La huida del Derecho Penal al Derecho Administrativo, por ejemplo, puede ser utilizada para sancionar a los responsables por conductas omisivas que resultan de la práctica de delitos graves como las omisiones de entidades financieras u otros sujetos en reportar prácticas sospechosas de lavado de activos. De esta manera, se preserva el principio de la intervención mínima del Derecho Penal para el verdadero delincuente —el que blanquea— y se utiliza una herramienta de Derecho Administrativo para sancionar el que omite una obligación accesoria sin demostración de evidente dolo: la de ayudar la Administración a prevenir los delitos de blanqueo de capitales<sup>541</sup>.

Sin embargo, esta misma estrategia de la huida del Derecho Penal —o del proceso penal— también puede ocurrir para imponer responsabilidad al principal delincuente. En los casos de soborno transnacional, por ejemplo, los países signatarios de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de OCDE<sup>542</sup> y de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>543</sup> pueden adoptar responsabilidad penal o administrativa de personas jurídicas, conforme a las consideraciones de su sistema jurídico<sup>544</sup>. En su caso, Brasil, para implementar esas obligaciones

---

<sup>539</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015: 2).

<sup>540</sup> *Vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: 137).

<sup>541</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2003: 8).

<sup>542</sup> En el art. 2 habla de la responsabilidad de personas morales y el art. 3(2), de la posibilidad de sanción civil o administrativa. Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>543</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 10 (2).

<sup>544</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

internacionales, adoptó la Ley de la Empresa Limpia<sup>545</sup>. En este modelo, las empresas son responsables administrativamente —mediante proceso administrativo y/o proceso civil—, conforme a la gravedad de las conductas<sup>546</sup>. Lo que se traduce en un modelo de Derecho Administrativo sancionador<sup>547</sup>, de responsabilidad objetiva<sup>548</sup>. Como resultado de la tradición jurídica, el sistema brasileño adopta una responsabilidad administrativa para el principal —o uno de los principales— delincente: la persona jurídica responsable o beneficiada con el pago del soborno. De igual manera, con la finalidad de obtener una solución rápida y eficaz, la misma ley prevé la posibilidad de una colaboración cualificada con la persona jurídica<sup>549</sup>. En este caso, la necesidad de reformar la estructura tradicional del Derecho Penal —en Brasil para los casos de responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción— resultó una huida del proceso penal tradicional al proceso administrativo, y luego la posibilidad de justicia negociada en ese mismo ámbito de responsabilidad administrativa.

En este sentido, el abandono del paradigma de Derecho Penal no está basado en el menor potencial lesivo de la conducta —como es el caso de los sujetos obligados a ayudar a la Administración a identificar e investigar casos de lavado de activos—. En el caso de Brasil, el cambio significa crear un sistema que permita la responsabilidad administrativa a quienes son agentes principales de las conductas delictivas. Esta práctica —de imponer responsabilidad civil o administrativa por hechos también descritos como delito— no es nueva en Brasil. Por ejemplo, a través de la Ley de *Improbidad* Administrativa, aprobada en el año 1992, se puede responsabilizar administrativamente el agente público y los agentes privados involucrados en el enriquecimiento ilícito de servidores públicos<sup>550</sup> y otros actos ilícitos.

El ejemplo de Brasil demuestra una búsqueda de una justicia más eficaz, a partir no sólo de herramientas de justicia negociada sino también de otros cambios en el Derecho Penal. Como la colaboración —o la justicia negociada— está relacionada con la responsabilidad, se vuelve necesario evaluar la rama del Derecho aplicable al caso, con su consecuente modelo procesal y las garantías relacionadas. Por ello, la búsqueda de un proceso más eficaz y rápido genera efectos sistémicos más allá que la propia huida del Derecho Penal o del proceso penal tradicional, como la necesidad de adaptación de las herramientas relacionadas con la justicia negociada.

---

<sup>545</sup> Ley 12.846/2013. La exposición de motivos del proyecto de ley informa explícitamente la función de cumplir las obligaciones internacionales. *Vid.* Subchefia de Assuntos Parlamentares, EMI N.º 00011 2009 – CGU/MJ/AGU (23 de outubro de 2009), [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projotos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projotos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>546</sup> DE QUEIROZ (2017).

<sup>547</sup> RIBEIRO (2017: 65) hablando de “processo administrativo sancionador”.

<sup>548</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 29-30).

<sup>549</sup> Ley 12.846/2013, art. 16.

<sup>550</sup> Ley 8.429/1992, art. 9.

También en Estados Unidos, país en el que ocurre el fenómeno de las políticas de *overcriminalization*, existe el abandono del Derecho Penal en favor de un Derecho Administrativo sancionador —con posibilidad de colaboración de los investigados—. Así es el caso de la colaboración que puede ser realizado con la *Securities and Exchange Commission* (SEC) —agencia administrativa que no tiene jurisdicción para realizar cargos de naturaleza penal<sup>551</sup>—. De acuerdo con el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), aunque el DOJ decida no llevar a cabo una persecución penal de hechos relacionados con el soborno transnacional<sup>552</sup>, los supuestos fácticos pueden traducirse en el incumplimiento de reglas generales, por ejemplo, aquellas relacionadas para crear daño o recibir ventajas indebidas. En estos casos, la SEC puede solicitar al juzgado orden para cumplimiento de la ley, que puede incluir obligaciones futuras, incluso el resarcimiento por daños<sup>553</sup>. El incumplimiento de dicha orden puede traducirse en ilícito civil o criminal<sup>554</sup>. Además, la SEC puede, en lugar de hacer la búsqueda del orden, negociar con la persona jurídica involucrada en el hecho ilícito, generar un compromiso para cumplir la ley e implementar medidas necesarias de reparación del daño<sup>555</sup>. En ese sentido, los presuntos involucrados pueden firmar *deferred prosecution agreements* y *non-prosecution agreements*<sup>556</sup>; ambos son instrumentos de negociación en el cual los involucrados asumen la responsabilidad de colaborar con las investigaciones además de hacer que se cumplan con otras obligaciones<sup>557</sup>. En los dos casos, con algunas diferencias, el involucrado se pone de acuerdo con las condiciones impuestas por la autoridad a cambio de tener medidas de persecución administrativa suspensas<sup>558</sup>.

Especies de decomiso son otra situación a través de las cuales se puede observar la fuga de las tradiciones del Derecho Penal. El decomiso es una de las tres cuestiones que en los últimos años son consideradas como el cerne de la lucha contra la delincuencia organizada, contra el blanqueo de capitales y la concreción de la recuperación de activos<sup>559</sup>. Su aplicación tradicional proviene de una condena, y significa la pérdida de los bienes relacionados de alguna manera a la práctica criminal. De esta forma, el decomiso busca quitar a los delincuentes los beneficios obtenidos<sup>560</sup>. Con el pasar de los años, y en especial a partir del incremento del clamor para fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo,

---

<sup>551</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 38).

<sup>552</sup> DOJ Guide for FCPA p. 75.

<sup>553</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76.

<sup>554</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76.

<sup>555</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76.

<sup>556</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76.

<sup>557</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76.

<sup>558</sup> DOJ Guide for FCPA p. 76-77.

<sup>559</sup> AGUADO-CORREA (2013: 6).

<sup>560</sup> AGUADO-CORREA (2013: 2-4).

diversos países empezaran a utilizar el decomiso ampliado<sup>561</sup>. Esta modalidad de decomiso fue criticada muchas veces porque implica una verdadera inversión de la carga en la prueba, de un conflicto con el principio de la presunción de inocencia<sup>562</sup>. Sin embargo, con el pasar del tiempo, el decomiso ampliado empezó a ser considerado como una medida de naturaleza no-penal. Por ejemplo, en Reino Unido, a partir del caso *Philips* con la aplicación del *Drug Trafficking Act* de 1994, el decomiso es considerada no-penal<sup>563</sup>; situación similar pasó en otros países, por ejemplo, en los Países Bajos<sup>564</sup>. En España, una reforma penal introducida en 2015 reguló de manera extensa el decomiso ampliado<sup>565</sup>. En las justificaciones de la Ley Orgánica que introdujo esta reforma en España, queda explicitado que el decomiso ampliado será empleado para sacar bienes relacionados con actividades distintas de las cuales hubo prueba y condena<sup>566</sup>. Es decir, la ley —al menos en abstracto— está planteada para autorizar una medida de restricción de derechos patrimoniales en casos en los cuales no hubo prueba suficiente para obtener una condena en el campo penal<sup>567</sup>. Con este cambio en la tradicional naturaleza del decomiso de bienes —de penal para civil— la aplicación de la herramienta se vuelve más simple, incluso sin que sean señaladas eventuales vulneraciones a derechos procesales de defensa.

Estos ejemplos de ley de Brasil y Estados Unidos demuestran la posibilidad de utilizar una herramienta de colaboración cualificada aplicable en el ámbito de responsabilidad administrativa/civil. Esta responsabilidad no-penal tendrá características propias de acuerdo con el sistema jurídico, y estas características también tendrán relevo en la evaluación y evolución de las herramientas de colaboración. En el caso de Brasil, existe una expectativa de que el proceso penal sea más complejo y tarde más para llegar a una sentencia, comparado con el proceso administrativo<sup>568</sup>. Más allá de esto, las autoridades responsables consideraron que el proceso criminal brasileño no dispone de soluciones, necesarias para responsabilizar financieramente a la persona jurídica beneficiaria de supuestos de corrupción<sup>569</sup>. Por ello, la ley prevé que la

---

<sup>561</sup> BLANCO CORDERO (2008: 70).

<sup>562</sup> BLANCO CORDERO (2008: 73).

<sup>563</sup> BLANCO CORDERO (2008: 80).

<sup>564</sup> BLANCO CORDERO (2008: 92).

<sup>565</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2017b: 439).

<sup>566</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2017b: 439).

<sup>567</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2017b: 439).

<sup>568</sup> Subchefía de Assuntos Parlamentares, EMI N.º 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, ítem 10 (23 de octubre de 2009) (explicitando la mayor rapidez de adjudicación a partir del proceso administrativo) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>569</sup> Subchefía de Assuntos Parlamentares, EMI N.º 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, ítem 10 (23 de octubre de 2009) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020), hablando de la dificultad de promover responsabilidad de personas jurídicas con implementación de sanciones financieras a través del proceso criminal de Brasil.

colaboración de personas jurídicas ocurrirá, como regla general, en el ámbito de la autoridad competente para imponer responsabilidad administrativa<sup>570</sup>. Tal situación no ocurre con las herramientas de colaboración en el caso de individuos involucrados en organizaciones criminales<sup>571</sup>; en este caso, la colaboración cualificada prevista en la ley ocurrirá a cambio de reducción o exención de pena en el ámbito del proceso penal para los involucrados<sup>572</sup>. Así, en un caso de cohecho de funcionario público en el que estén involucrados individuos y empresas, la posibilidad de colaboración de los primeros será con la Fiscalía, y la posibilidad de colaboración de los segundos será con la autoridad administrativa —como regla general<sup>573</sup>—. En este sentido, habrá una consecuente necesidad de cooperación interinstitucional entre autoridades de Brasil para implementar de manera eficaz esos mecanismos de justicia negociada —lo que por sí mismo se traduce en un reto del sistema brasileño—<sup>574</sup>.

En el caso de la SEC y del DOJ en el contexto del soborno transnacional, las competencias son distintas puesto que la primera actuará con las sanciones de naturaleza civil o administrativas y el segundo, con la interposición de medidas de naturaleza criminal<sup>575</sup>. Aun así, habrá actuación conjunta de las dos agencias en el intercambio de información<sup>576</sup>. De igual modo, y con vistas a una mayor efectividad en la adopción de medidas necesarias, existe la expectativa de que la colaboración entre el DOJ y la SEC ocurra en los casos de negociación de acuerdos con las empresas<sup>577</sup>.

La ilustración 2 demuestra el paradigma del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador escalonados a partir de conductas menos lesivas hasta más lesivas, divididas, conforme el sistema jurídico, en conductas consideradas de naturaleza penal y no-penal.

---

<sup>570</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>571</sup> Ley 12.850/2013.

<sup>572</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.

<sup>573</sup> En la práctica, la Fiscalía Federal de Brasil adopta como posible aceptar la colaboración de personas jurídicas, y las autoridades administrativas federales adoptan como posible aceptar la colaboración de personas físicas como adherentes a la colaboración de las personas jurídicas. Sobre el tema, véase el caso de Odebrecht en el Capítulo I.

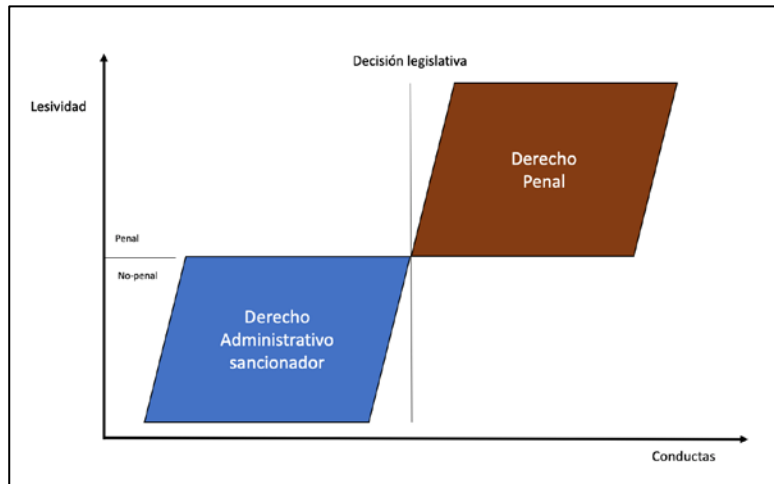
<sup>574</sup> TOJAL & TAMASAUSKAS (2018: 86%). *Vid.* Capítulo I.

<sup>575</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 38-40).

<sup>576</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 38).

<sup>577</sup> En realidad, el propio manual del DOJ sobre implementación de la FCPA menciona la evaluación de las medidas de naturaleza civil y administrativa, así como menciona ejemplos de decisión de no persecución en que actuaran el DOJ y la SEC. DOJ Guide for FCPA p. 53 y 77-79. Por ejemplo, la información del DOJ sobre el caso Odebrecht menciona la actuación conjunta con SEC. Sobre el acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía de EE.UU., *vid.* Capítulo I.

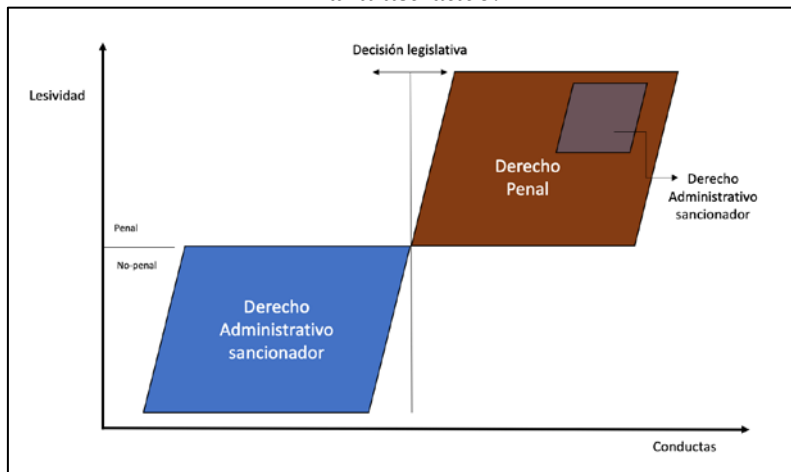
*Ilustración 2 – El paradigma tradicional del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.*



*Fuente: elaboración propia.*

La ilustración 3 demuestra, en este modelo, la inserción de un Derecho Administrativo sancionador que tiene la finalidad de generar responsabilidad a personas involucradas en hechos considerados delitos, de manera que se puede visualizar la situación de este “tipo” de Derecho sancionador, aquí mencionado para casos de lucha contra la corrupción, en lo que sería el paradigma “tradicional.

*Ilustración 3 – El “nuevo” paradigma del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.*



*Fuente: elaboración propia.*

A partir de estas consideraciones se observa que el paradigma de la colaboración como justicia negociada tiene que ser ampliado al Derecho

sancionador —con todas las implicaciones que eso tendrá la adecuada implementación de modelos jurídicos—. Si es cierto que los países tienen la capacidad de adoptar los distintos modelos de herramientas de responsabilidad, también es cierto que la huida del Derecho Penal no está cerrada a los casos de los individuos involucrados de manera colateral a las conductas delictivas. Con los ejemplos mencionados se observa que las medidas de sanción no-penal en diversos casos son utilizadas para responsabilizar incluso a los principales delincuentes. Esta posibilidad de implementar un régimen de sanción que esté en consonancia con los ordenamientos jurídicos<sup>578</sup> no puede ser utilizada como un atajo para que se promueva la vulneración de los derechos y garantías de defensa<sup>579</sup>. La huida del Derecho Penal para generar otras sanciones por las mismas conductas descritas como delito —o relacionadas de manera central a la práctica de ellos— no puede significar la imposibilidad del ejercicio de garantías procesales tradicionales del Estado Democrático de Derechos. Esta conclusión es extensible —en lo que fuera necesario y posible— a los casos de colaboración en sede del Derecho Administrativo sancionador, quizás en la misma proporción en la cual deben ser ampliados los derechos procesales de la colaboración en el ámbito del Derecho Penal.

## **5. EXPANSIÓN INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA PENAL COLABORATIVA**

La implementación de responsabilidad de personas jurídicas a través de herramientas de colaboración se ha expandido a todo el mundo, no solamente en Estados Unidos o en países *common law*<sup>580</sup>. Diversos factores pueden ser apuntados como explicación para ello; como la responsabilidad de personas jurídicas considerada muchas veces como esencial para promover la represión y la prevención de conductas indeseables. Es un hecho de que muchas veces las personas jurídicas son las destinatarias de los beneficios de los actos ilícitos, de manera que responsabilizar solamente a individuos, en estos casos, no genera los efectos deseados. Se vuelve más relevante cuando las conductas indeseables son crímenes, en que existe el interés social en que la conducta no se repita y en que los responsables reciban su parcela de pena. En el caso de delitos complejos, como suelen ser los hechos de corrupción, este interés en implementar responsabilidad —criminal o de otra naturaleza— se vuelve limitado por las dificultades de obtención de pruebas y atribución de responsabilidad<sup>581</sup>.

---

<sup>578</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

<sup>579</sup> PÉREZ GIL (2017: 37).

<sup>580</sup> REILLY (2019: 1140).

<sup>581</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 65). Además, la investigación de la delincuencia organizada demuestra la necesidad de colaboración internacional en las investigaciones, conforme exponen RODRÍGUEZ-GARCÍA & FERNÁNDEZ PRADO (2019: 404 y ss.).



En este sentido, las herramientas de colaboración permiten a la Administración y a la justicia obtener información y evidencias de las conductas, incluso con relación a los demás involucrados y los beneficios obtenidos. Así, son presentadas como un modelo que permite ahorrar recursos públicos y aumentar el potencial del derecho criminal de prevenir y reprimir a los delitos. Ahorrar recursos públicos, conforme a lo mencionado, permite a la Fiscalía hacer investigaciones más rápidas y obtener pruebas e información a partir de la colaboración. Muchas veces las herramientas de colaboración permiten a la Fiscalía, incluso, obtener confesión y renuncia a derechos procesales. En este punto, el Poder Judicial también puede ahorrar recursos, por obtener la resolución de los casos — con condena— sin necesariamente utilizar el trámite procesal regular, conocido por su complejidad y lentitud. De otro lado, la colaboración también permite que le sea requerida al colaborador, la información al respecto de otros involucrados en las conductas, para su posterior investigación y responsabilidad, así como la descripción de los daños causados y de los beneficios obtenidos. En este punto, las investigaciones con colaboración tienen el potencial de ser más amplias, involucrar a una cantidad más grande de individuos y un conocimiento amplio de los hechos. Como reflejo de esa ampliación objetiva y subjetiva, más allá de un incremento en la cantidad de condenas, también puede ser obtenido un resarcimiento más completo de los daños causados y una mayor cantidad de bienes decomisados. Es decir, la colaboración genera la posibilidad de ampliar los efectos preventivos y represivos del Derecho Penal: permite la imputación de responsabilidad a las personas que colaboran y a otros individuos. Lo anterior, porque posibilita —de acuerdo con el tipo de colaboración— la ampliación de las investigaciones y procesos de responsabilidad.

Además, a partir de una evaluación simple, uno puede imaginar que, como las personas jurídicas no tienen cuerpo ni mente, lo más relevante de su responsabilidad es la imposición de una sanción financiera —y en su caso, el resarcimiento de daños<sup>582</sup>—. Incluso porque fueron individuos que practicaron los delitos en el seno de la persona jurídica, a partir de sus atribuciones en la empresa. Estos (los individuos) con cuerpo físico y mente, de manera que su responsabilidad puede y debe involucrar tiempo en la cárcel, entre otras consecuencias de la condena, como pérdida de las ganancias del delito, reparación de los daños causados a las víctimas y otras consecuencias<sup>583</sup>. En este sentido, los modelos criminales que permiten la

---

<sup>582</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

<sup>583</sup> Otras consecuencias de la condena a la persona física pueden ser, por ejemplo, la inhabilitación para actuar en determinada profesión, como abogado o contador, la prohibición de trabajar para el gobierno. El Código Penal brasileño tiene ejemplos de esas consecuencias de la condena a personas físicas, como la pérdida del empleo público, la inhabilitación para conducir

colaboración de la persona jurídica con la asunción de culpa —o al menos con la asunción de responsabilidad para resarcir y cooperar— o con la imposición de responsabilidad a través de la marcha tradicional del proceso parecen ser la salida ideal. Uno, porque posibilitan un alto grado de responsabilidad: las personas jurídicas tienen que colaborar, tienen que asumir la responsabilidad y generalmente tienen que pagar una multa y hacer frente a los daños causados. Dos, porque permiten que intereses de otra naturaleza sean mitigados. Las herramientas de colaboración permiten una mitigación de daños a la imagen, además de otros tipos de consecuencias colaterales como una imputación o condena criminal a empresas, o la pérdida de valor de empresas de capital abierto. Tres, porque la colaboración puede significar la imposición de monitoreo y sistemas de cumplimiento. Además de las otras condiciones e imposiciones, existe una concreta posibilidad de que los países estructuren un sistema de responsabilidad basado en colaboración que permita el cambio de la cultura institucional, a través de la creación de políticas internas para prevenir delitos y de sistemas de control y monitoreo, para garantizar la adecuada implementación de cambios y la mitigación de riesgos en la práctica de delitos. Así, un sistema jurídico que permite la colaboración tiene potencial para implementar en un contexto de *ganar-ganar*, en el cual la administración de la justicia criminal obtiene mejores resultados, y las personas jurídicas mitigan sus prejuicios al mismo tiempo que las conlleva a cambiar su cultura institucional.

Tal vez por estas evidentes ventajas de las herramientas de justicia negociada para la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción —y otros delitos—, prolifera también en el ámbito internacional convenciones, guías y otros documentos que sirven de incentivo para el cambio de sistemas jurídicos en todo el mundo. De esta manera, las modificaciones legislativas para implementar responsabilidad de personas jurídicas por hechos delictivos muchas veces no son resultado solamente de un cambio de perspectiva interna de los países: en el ámbito internacional existen reglamentos que prevén estas herramientas<sup>584</sup>. Es importante que se observe que, en algunos casos, hay obligación de los países parte de convenciones internacionales de implementar responsabilidad a personas jurídicas —aunque no criminal— por la práctica de determinados delitos, entre los cuales, conforme se abordará, los presupuestos de corrupción<sup>585</sup>. En muchos de los casos, estas convenciones y otras herramientas de organismos internacionales fueron desarrolladas influenciadas por el

---

vehículos, la pérdida del poder familiar. *Vid.* Código Penal (CPB) art. 92 (Brasil) (en adelante Código Penal (CPB)).

<sup>584</sup> *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 62-69) hablando de convenciones de Naciones Unidas, su implementación en Brasil, incluso con los modelos de justicia negociada.

<sup>585</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 62). *Vid.* también DEMING (2014: 2-4).

sistema de Estados Unidos<sup>586</sup>, a través del uso de la diplomacia internacional añadida la implementación de reglas de responsabilidad con aplicación extraterritorial<sup>587</sup>. Dicha influencia estadounidense en el desarrollo de las convenciones tenía importancia también pragmática, por ejemplo, para quitar a las empresas de otros países las ventajas indebidas relacionadas al pago de soborno en transacciones comerciales internacionales<sup>588</sup>. Por ello, la crítica a la justicia negociada en Estados Unidos, las distorsiones a la utilización de los derechos de defensa, en especial los retos de las herramientas de justicia negociada para determinar una efectiva responsabilidad de personas jurídicas son de especial interés para el análisis de las convenciones internacionales y otros documentos relacionados con esa temática. El sistema de *plea bargaining* estadounidense padece de males como lo son los incentivos para la confesión de inocentes, el exceso de discrecionalidad por parte de la Fiscalía, la ausencia de control de las negociaciones, el hecho de la mitigación de sanciones que implica la lógica del sistema, además de otros efectos específicos de la colaboración de personas jurídicas, como la utilización de corporaciones como chivo expiatorio<sup>589</sup>.

Teniendo en consideración estos presupuestos, serán analizados en los próximos apartados las convenciones relacionadas a corrupción y sus herramientas de colaboración de las Naciones Unidas, de la OECD, de la Organización de los Estados Americanos, además de la normativa de la Unión Europea y del Consejo de Europa. A ello se añade ejemplos de los sistemas adoptados por diversos países para cumplir algunas de estas obligaciones de Derecho Internacional.

### **5.1. Naciones Unidas: la colaboración de las personas jurídicas en sus principales convenciones**

Las Naciones Unidas tienen dos convenciones de especial interés para la colaboración de personas jurídicas por supuestos de corrupción. La Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>590</sup> y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>591</sup>. En virtud de las características de una organización como las

---

<sup>586</sup> *Vid.* CANETTI (2018: 36-47) analizando los acuerdos de lenidad como productos de exportación de Estados Unidos para otros países. *Vid.* también PÉREZ GIL (2017: 13%) y ZAGARIS (2015: 134).

<sup>587</sup> Como ejemplo de aplicación extraterritorial que incentiva la adopción de herramientas similares se puede mencionar el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Para una explicación sucinta, *vid.* PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 263-267). Para más sobre el tema, *vid.* ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013).

<sup>588</sup> BOISTER (2018: 150-153).

<sup>589</sup> *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141-143). *Vid.* apartados específicos sobre la crítica a la colaboración en Estados Unidos.

<sup>590</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>591</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Naciones Unidas, con amplitud global<sup>592</sup>, estas dos convenciones son aplicables virtualmente a todos los países del mundo, de manera que sus obligaciones deben ser traspuestas en los distintos sistemas jurídicos<sup>593</sup>. La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue aprobada en noviembre de 2000, y trata sobre delitos realizados por organizaciones criminales, incluyendo provisiones que obligan los países a tipificar el blanqueo de capitales y a implementar en el ordenamiento jurídico reglas para decomiso de ganancias del delito además de bienes utilizados para la comisión de delitos. La convención también incluye reglas para tipificación del delito de corrupción, incluso en los hechos en que el delito ocurre de manera transnacional, con la participación de un servidor público extranjero o un funcionario internacional<sup>594</sup>. En el artículo 10 de la Convención está la obligación de implementar reglas para responsabilizar a las personas jurídicas involucradas en los delitos<sup>595</sup>. Dicha responsabilidad podrá tener naturaleza penal, civil o administrativa, de conformidad con las tradiciones y los límites del sistema jurídico del estado parte<sup>596</sup>.

Sobre el título de *Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*, la Convención tiene disposiciones relacionadas a la implementación de herramientas de justicia negociada en su artículo 26<sup>597</sup>. El precepto prevé que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias, siendo una disposición de implementación obligatoria<sup>598</sup>. La obligación consiste en prever herramientas para que las personas que participen o hayan participado en los grupos criminales proporcionen información a las autoridades y/o auxilien en las acciones de privación de las ganancias del delito<sup>599</sup>. En el

---

<sup>592</sup> En principios de 2020, la Convención contra la Corrupción tenía 187 países parte. *Vid. Signature and Ratification Status*, Office on Drugs and Crime, United Nations <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). La Convención contra la Delincuencia Transnacional, 190 miembros. *Vid. Status of Treaties*, United Nations Treaty Collection, [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12&chapter=18&clang=_en) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>593</sup> La amplitud de las Naciones Unidas, como organización de alcance mundial, hace que el estándar de estas dos convenciones sea fuerte influencia en los diversos países. Sobre la amplitud de Naciones Unidas y la posibilidad de demandar países, ver, por ejemplo, JANIS & NOYES (2014: 631-641), hablando de la posibilidad de demandar países no-miembros en caso de violación de principios de Derecho Internacional, lo que en abstracto no se aplicaría por la no implementación de convenciones de la cual los estados no sean parte. *Vid.* también DAMROSCHY, HENKIN, MURPHY & SMIT (2009: 22) sobre el hecho de que las Naciones Unidas no fueron planteadas para funcionar como *enforcement* del Derecho Internacional.

<sup>594</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 8.

<sup>595</sup> *Id.* art. 10.

<sup>596</sup> *Id.* art. 10 (2).

<sup>597</sup> *Id.* art. 26.

<sup>598</sup> *Id.* art. 26 (1).

<sup>599</sup> *Id.* art. 26 (1)(a)(b).

primer caso, la colaboración debe generar información relevante para las investigaciones y para la producción de pruebas. La convención prevé tres ejemplos de información y cooperación relevantes para cumplir ese requisito. En primer lugar, la identificación de individuos involucrados, la estructura de la organización criminal, la ubicación y las actividades. En segundo lugar, la colaboración debe generar información sobre los vínculos de la organización, incluidos vínculos internacionales. Por último, la información relacionada a los delitos cometidos o que serán cometidos por la organización y sus miembros<sup>600</sup>. En el caso de la colaboración que auxilie en privar a los grupos delictivos de las ganancias del delito, la Convención no trae ejemplos de medidas que puedan ser adoptadas. Sin embargo, la Convención prevé amplias reglas al respecto del decomiso, en el cual incluye quitar las ganancias del delito de los delincuentes<sup>601</sup>. Con la finalidad de incentivar esta colaboración con las autoridades, la Convención prevé la posibilidad de reglas que generen mitigación de pena a las personas que presenten colaboración sustancial en la investigación o enjuiciamiento<sup>602</sup>, o incluso que genere inmunidad judicial a los colaboradores<sup>603</sup>.

Así, la Convención prevé la obligación de implementar reglas que permitan la colaboración, y prevé la posibilidad de que esa colaboración sea incentivada a través de reducción de pena. Considerando estas reglas, la Convención también prevé un sistema de colaboración cualificado<sup>604</sup>, en el cual las partes aceptan una colaboración que incluya más que simplemente confesar y renunciar sus derechos delante del juez criminal, a cambio de una mitigación de pena. La convención no menciona explícitamente que las personas jurídicas están incluidas en este sistema. No obstante, todo el tiempo habla de las personas involucradas en los delitos, y habla de la obligación de prever la responsabilidad de personas jurídicas, de manera que se imagina la finalidad de establecer un sistema de colaboración que incluya también a las personas jurídicas. Además, la parte obligatoria de esta regla del artículo 26 de la Convención es la parte relacionada que prevé la posibilidad de colaboración, y no la parte relacionada a la posibilidad de ofrecer mitigación de sanciones. La convención prevé el estándar mínimo de medidas a que los estados parte están obligados a implementar en su ordenamiento. De hecho, tampoco será contrario a la Convención un sistema que permita la sustancial colaboración de las personas jurídicas en la investigación y producción de pruebas, y en las medidas necesarias para decomisar los productos de los delitos. Además, otras reglas de la Convención consideran a las personas jurídicas como posibles participantes

---

<sup>600</sup> *Id.* art. 26 (1)(a)(i)(ii)(iii).

<sup>601</sup> *Id.* art. 12 (1).

<sup>602</sup> *Id.* art. 26 (2).

<sup>603</sup> *Id.* art. 26 (3).

<sup>604</sup> Más información sobre sistemas de colaboración, véase Capítulo III y el desarrollo de la colaboración en EE.UU.

en los delitos, como el propio artículo 10 —que menciona de la obligatoriedad de sancionar a las personas jurídicas— y el artículo 31 —que menciona la necesidad de incluir medidas preventivas direccionadas al uso indebido de las personas jurídicas en la práctica de delitos—.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fue aprobada en octubre de 2003, y tiene amplitud en las medidas necesarias para la adecuada prevención y sanción a hechos de corrupción. La convención prevé la obligación de tipificar diversos delitos relacionados con corrupción, por ejemplo, el cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, y también ve la necesidad de evaluar la tipificación de conductas como enriquecimiento ilícito<sup>605</sup>. Además, la Convención aborda la obligatoriedad de implementar responsabilidad de personas jurídicas, que podrá ser de naturaleza penal, administrativa o civil<sup>606</sup>. En el artículo 37, bajo el título *Colaboración con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley*, la Convención establece reglas de contenido asemejado a la Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Existe la obligatoriedad de implementar herramientas que posibiliten la colaboración de las personas que participen o hayan participado de los delitos, de manera que se genere información útil y a recuperar los productos del delito<sup>607</sup>. La convención también prevé la regla de que los países evalúen la posibilidad de ofrecer mitigación de pena o incluso inmunidad judicial para los que colaboren de manera sustancial con las investigaciones<sup>608</sup>. De esta manera, el mismo modelo de colaboración cualificada es adoptado por esta convención de las Naciones Unidas, con una regla de obligatoriedad de prever la posibilidad de colaborar y una regla permisiva de implementar mitigación de responsabilidad, a cambio de dicha colaboración. De igual modo, esta regla es el mínimo que los países deben adoptar, no siendo vedado por la Convención la adopción de un sistema de colaboración amplio con los involucrados<sup>609</sup>.

### **5.1.1. Naciones Unidas y la reglamentación de la colaboración**

Además del texto de las convenciones, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) tiene modelos e informes publicados que mencionan explícitamente los sistemas de colaboración, incluso con personas jurídicas, en las investigaciones de delitos. Estos documentos tienen la finalidad de ayudar a los países a poner en marcha en sus ordenamientos jurídicos las herramientas necesarias para prevenir e

---

<sup>605</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 15-25.

<sup>606</sup> *Id.* art. 26.

<sup>607</sup> *Id.* art. 37 (1).

<sup>608</sup> *Id.* art. 37 (2)(3).

<sup>609</sup> Sobre las distinciones entre sistemas de colaboración amplia y cualificada, *vid.* Capítulo II, apartado 1.1.

implementar responsabilidad por los delitos, además de auxiliar a construir y desarrollar las herramientas e instituciones necesarias para llevar a cabo, el efectivo combate a los delitos. Uno de los documentos que puede ser mencionado es el manual de *Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada*, publicado en 2014<sup>610</sup>. El referido documento prevé un artículo de ley con clemencia o inmunidad, a depender de las tradiciones del ordenamiento jurídico, para las personas que presten colaboración útil y demuestren colaboración efectiva con las investigaciones o el enjuiciamiento de los casos<sup>611</sup>. Es importante que se observe que el comentario del artículo menciona que la implementación de la regla de clemencia o inmunidad no tiene naturaleza obligatoria para los estados parte. Sin embargo, menciona la utilidad de esta colaboración en la prevención y represión de los delitos<sup>612</sup>. En el modelo no hay mención puntual de la colaboración de persona jurídica, pero la utilización del lenguaje tampoco es restrictiva, mencionando solo *personas que proporcionen*<sup>613</sup>. La restricción que existe para la concesión de inmunidad está relacionada al hecho del colaborador organizador o dirigente del grupo organizado o de la comisión de un delito grave por dicho grupo<sup>614</sup>. Así, dada la manera en que el modelo describe la colaboración, se puede concluir que existe el interés de colaboración incluso con personas jurídicas. Se puede suponer que no existe una regla definitiva respecto a la mitigación a través de clemencia o inmunidad a cambio de colaboración de personas jurídicas incluso porque no existe una regla definitiva con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En virtud del texto de la Convención, y considerando sus tradiciones jurídicas propias, cada país tiene que decidir la posibilidad de imputar responsabilidad criminal a las personas jurídicas o atribuye la responsabilidad de otra naturaleza.

Además de estos fundamentos, otros documentos del UNODC hablan expresamente de la colaboración de personas jurídicas en la investigación y enjuiciamiento de los casos. Un ejemplo es el Informe *Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery*, un estudio publicado en 2014 como parte del trabajo del UNODC y del *Stolen Asset Recovery Initiative (StAR)*, como resultado de la alianza

---

<sup>610</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada, [https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934\\_Ebook\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/12-54934_Ebook_S.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>611</sup> Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada, *supra* nota 610 art. 21.

<sup>612</sup> Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada, *supra* nota 610 en p. 107-108.

<sup>613</sup> Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada, *supra* nota 610 art. 21 (1).

<sup>614</sup> Disposiciones Legislativas Modelo sobre la Delincuencia Organizada, *supra* nota 610 art. 21 (5).

con el Banco Mundial<sup>615</sup>. Las menciones a los casos de acuerdos con personas jurídicas con el objetivo último de hacer más efectiva la lucha contra la corrupción son muchas y claras en este Informe. Por ejemplo, en el sumario ejecutivo se menciona la necesidad de implementar herramientas de control y monitoreo de sistemas de cumplimiento, cuando la obligación de implementación de dichos sistemas fueran parte del acuerdo de colaboración<sup>616</sup>. Además, el informe considera que las disposiciones de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas en su capítulo 5 —recuperación de activos— y en el artículo 37 (2) —colaboración en la recuperación de los provechos del delito— expresan la base del Derecho Internacional a permitir la colaboración con individuos y personas jurídicas que ayuden a la lucha contra la corrupción a través de las estrategias de quitar las ganancias del delito a los delincuentes<sup>617</sup>.

El estudio continúa con la evaluación de sistemas jurídicos de *civil law* y *common law*, y analiza acuerdos de colaboración con personas jurídicas en Estados Unidos, Reino Unido, Tanzania, Suiza, Haití, Alemania, Noruega, Grecia, entre otros<sup>618</sup>. El estudio compara datos de países y las investigaciones de corrupción, y registra que en varias jurisdicciones los casos no son sentenciados tras un juicio regular, pero sí mediante el uso de acuerdos o procesos simplificados<sup>619</sup>. Como ejemplos, menciona que en Alemania la mitad de los casos estudiados de responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados con corrupción fue adjudicada a través de acuerdos administrativos<sup>620</sup>. En Estados Unidos, un número aún más grande, el 90 por ciento de los casos involucran personas jurídicas con adjudicación a través de algún tipo de acuerdo. El estudio también menciona la relevancia de los acuerdos en Italia, Reino Unido y Suiza<sup>621</sup>. Otro manual del UNODC que puede ser mencionado como ejemplo de la importancia de la aceptación de colaboración con personas jurídicas en la lucha contra los delitos de corrupción es el *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*<sup>622</sup>.

Por último, es importante observar que, a diferencia de lo que ocurre con otras convenciones relacionadas a la temática, no hubo el

---

<sup>615</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery, [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Corruption/Left\\_out\\_of\\_the\\_Bargain.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Corruption/Left_out_of_the_Bargain.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>616</sup> *Id.* en 4.

<sup>617</sup> *Id.* en 11-13.

<sup>618</sup> *Id.* en 101-140.

<sup>619</sup> *Id.* en 45-50.

<sup>620</sup> *Id.* en 46.

<sup>621</sup> *Id.*

<sup>622</sup> *Stolen Asset Recovery Initiative, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*, <https://star.worldbank.org/publication/identification-and-quantification-proceeds-bribery> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).



establecimiento de mecanismos de evaluación de la implementación de la Convención, en el modelo de *peer evaluation* (o revisión por partes) por parte de Naciones Unidas y el combate a la corrupción<sup>623</sup>. De hecho, la ausencia de este tipo de herramienta es considerada como un riesgo para la no adecuada ejecución de las obligaciones por los países parte de las convenciones<sup>624</sup>.

## **5.2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: la colaboración en la Convención Anticorrupción**

Otra herramienta relevante en la lucha contra los hechos relacionados con la corrupción y al soborno es la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>625</sup>. En términos de dicha convención, las obligaciones de sancionar los delitos de corrupción, es menos amplia que la Convención de las Naciones Unidas sobre el mismo tema, puesto que esta contiene obligaciones para tipificar la corrupción doméstica y transnacional, mientras aquella, solamente contiene obligaciones relacionadas con los supuestos de corrupción transnacional<sup>626</sup>. Sin embargo, es una convención que fue aprobada en 1997, seis años antes de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas<sup>627</sup>. Sus reglas se aplican a los estados parte de la OCDE además de los países que decidieron adoptar la Convención, aunque no fueran parte del organismo internacional. Dentro de su reglamento está la obligatoriedad de prever responsabilidad a las personas jurídicas<sup>628</sup>. En el mismo sentido que las otras convenciones mencionadas, los países pueden adoptar, conforme a la tradición de su sistema jurídico, responsabilidad de naturaleza penal, civil o administrativa<sup>629</sup>. La convención también contiene reglas para la adopción de leyes contra el blanqueo de activos, extradición, y otras temáticas relacionadas a la lucha contra el soborno.

La ausencia de reglas para la colaboración en la Convención puede estar asociada a el momento en el cual la Convención fue adoptada. Conforme se verá en el próximo apartado, otras acciones posteriores del grupo responsable por evaluar la implementación de la Convención fue la inclusión de reglas sobre la colaboración. Es interesante observar que la Convención no contiene ninguna regla sobre la obtención de pruebas para

---

<sup>623</sup> ZAGARIS (2015: 153).

<sup>624</sup> ZAGARIS (2015: 153).

<sup>625</sup> Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>626</sup> Art. 1.º de la Convención Anticorrupción de OCDE. Sobre la Convención de las Naciones Unidas, *vid.* apartado anterior.

<sup>627</sup> Fue aprobada 20 años después de su inspiración, la FCPA de EE.UU. HARRINGTON (2019: 100).

<sup>628</sup> Art. 2.º de la Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>629</sup> *Id.* art. 3(2).

los casos de cohecho. Además, no contiene ninguna regla sobre colaboración de entidades privadas o particulares con autoridades públicas, ni a lo que se relaciona a la protección de testigos. Además, no contiene reglas para que los países adopten modelos de sistema de cumplimiento como medio para prevenir los hechos de corrupción. En este sentido, la Convención parece restringirse al rol que los Estados Parte deben adoptar para tipificar el soborno transnacional y regular la colaboración internacional en estos casos. Sin embargo, dos factores demuestran la preocupación de la OCDE en la importancia de las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción. El primero de ellos, la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada en 2009<sup>630</sup>, que habla explícitamente de la necesidad de que las personas jurídicas implementaren sistemas de cumplimiento para prevenir la práctica de delitos. El segundo, el rol asumido por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (WGB/OECD)<sup>631</sup>, previsto como el organismo responsable para monitorear la implementación de las obligaciones de la Convención<sup>632</sup>.

La recomendación para fortalecer la lucha contra el cohecho contiene, en su preámbulo, el reconocimiento del rol de las empresas y otras personas jurídicas en la lucha contra la corrupción<sup>633</sup>. También contiene recomendaciones para que los países miembros alienten a las empresas sobre la importancia de tener sistemas de control interno y de cumplimiento que promuevan la prevención y detección del cohecho internacional<sup>634</sup>. El Anexo II de la recomendación del consejo contiene guías de buenas prácticas sobre controles, ética y cumplimiento<sup>635</sup>. El anexo contiene la descripción de buenas prácticas a ser adoptadas por las personas jurídicas en sus controles internos. En resumen, involucran la adopción de sistemas que permitan el monitoreo, la prevención y la detección de delitos, basada en una creación de cultura corporativa y gestión de riesgos. Sin embargo, no hay mención de la necesidad de colaborar o reportar a las autoridades cuando un hecho delictivo fuera descubierto. En este sentido, la Convención y sus documentos registran la importancia de la participación de personas jurídicas en la lucha contra la corrupción, incluyen en esto la necesidad de prevenir —a través de sistemas de control y cumplimiento— y de sancionar —a través de la responsabilidad de las personas jurídicas—. Esto causa extrañeza puesto que des clara la importancia de las personas jurídicas para investigar los hechos y adoptar medidas para corregirlas, además de la

---

<sup>630</sup> *Id.* en 21-34.

<sup>631</sup> De la denominación en inglés, *OECD Working Group on Bribery*.

<sup>632</sup> Art. 12 de la Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>633</sup> *Id.* en 22.

<sup>634</sup> *Id.* en 25.

<sup>635</sup> *Id.* en 32-34.

importancia de que los países sancionaren a las personas jurídicas por su participación en supuestos de corrupción, no existiendo ninguna mención a la colaboración con las autoridades con el intuito de ayudar en las investigaciones y en el resarcimiento de los daños. No obstante, la actuación del Grupo de Trabajo WGB/OECD en la evaluación de la implementación de la Convención por los países miembros provee elementos que demuestran la importancia de la colaboración.

### **5.2.1. El Grupo de Trabajo sobre el Cohecho y la colaboración**

El Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales es el organismo responsable por monitorear y evaluar la adopción de las obligaciones de la Convención por los estados miembros<sup>636</sup>. El grupo fue creado en 1994, y está integrado por la asociación de los países parte de la Convención, además del equipo directivo y administrativo del grupo. Él utiliza un sistema de revisión por pares para evaluar la implementación de las medidas de la Convención por los países<sup>637</sup>. La evaluación fue prevista en cuatro fases conforme a los principios acordados entre los signatarios de la Convención en el ámbito del WGB/OECD<sup>638</sup>. En la primera fase fue evaluada la adecuación del sistema jurídico del estado parte y en la segunda, fue evaluada la aplicación práctica del sistema jurídico<sup>639</sup>. En la tercera fase, se evaluó la aplicación de la Convención y las recomendaciones pendientes de las otras fases, y en la cuarta fase, además de eventuales recomendaciones pendientes, hay la provisión para evaluación de las necesidades específicas del país en la implementación de las obligaciones para combatir el cohecho transnacional<sup>640</sup>. Al final de cada fase los expertos que trabajaron en la evaluación del país presentan el informe al WGB/OECD, que decide aprobar

---

<sup>636</sup> Artículo 12 de la Convención. *Id.* en 11. *Vid.* también ZAGARIS (2015: 137-138).

<sup>637</sup> OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, OECD, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>638</sup> *Id.*

<sup>639</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *The OECD Anti-Bribery Convention and The Working Group On Bribery*, OECD, [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti-Bribery\\_Convention\\_and\\_Working\\_Group\\_Brief\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti-Bribery_Convention_and_Working_Group_Brief_ENG.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>640</sup> Así están descritas las fases en los enlaces oficiales del WGB/OECD <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countrymonitoringoftheoecdanti-briberyconvention.htm> y [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti-Bribery\\_Convention\\_and\\_Working\\_Group\\_Brief\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Anti-Bribery_Convention_and_Working_Group_Brief_ENG.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Además, informes de los países de las respectivas fases son accesibles en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsonteimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

o no la evaluación con sus respectivas recomendaciones al país<sup>641</sup>. La razón detrás de esa estrategia de funcionamiento es promover un sistema en el cual la presión del grupo de países actúe hacia la implementación de las recomendaciones<sup>642</sup>. Además de las evaluaciones, el WGB/OECD también realiza diversos estudios, encuentros y otras actividades para auxiliar la puesta en marcha de la Convención. Esta actuación cuenta con la participación de los miembros y delegados del grupo, además de profesores, organizaciones no-gubernamentales y otros participantes, como empresas.

Como ejemplo de la actuación de otros agentes en el trabajo del grupo, se puede mencionar la consulta anual realizada por el WGB/OECD, con la participación de empresas, sindicatos y sociedad civil. En 2018, la consulta con otros agentes fue realizada en la sede de la OCDE en París, Francia, el 11 de diciembre de ese año<sup>643</sup>. Como resultado de la consulta hecha en el año 2016, presentada también en París, Francia, es importante destacar que una de las participantes, la profesora Jennifer Arlen, de la Universidad de Nueva York, habló de la importancia de la responsabilidad de personas jurídicas en la presentación a los miembros del WGB<sup>644</sup>. En su presentación, conforme a lo que puede ser observado del reporte publicado en el enlace del WGB<sup>645</sup>, la profesora mencionó para los delegados de los países, que es importante que el sistema jurídico prevea ventajas para que las personas jurídicas realicen investigación interna de los hechos relacionados con corrupción y hagan un reporte voluntario a la Administración<sup>646</sup>. Además, la profesora registró expresamente la utilización de herramientas como los DPA para las personas jurídicas involucradas en delitos, explicitando las ventajas de tal sistema<sup>647</sup>. En resumen, la presentación estuvo basada en la idea de que es necesario que los países generen incentivos para que las personas jurídicas actúen en la lucha contra la corrupción. Estos incentivos deben ser fundados en ventajas para personas jurídicas que investiguen hechos y colaboren con la Administración Pública, a través de sus programas de cumplimiento. Los acuerdos como DPA, en su caso, deben ser utilizados en las situaciones en las cuales las empresas, por ausencia o deficiencia de efectividad de sus sistemas de cumplimiento, no hayan

---

<sup>641</sup> Vid. Organisation for Economic Co-operation and Development, *Peer review at a glance*, OECD, <https://www.oecd.org/site/peerreview/peerreviewataglance.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>642</sup> *Id.*

<sup>643</sup> OECD, *2018 OECD Consultation on Fighting Foreign Bribery*, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/2018-oecd-consultation-on-fighting-foreign-bribery.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>644</sup> Vid. ARLEN (2016a).

<sup>645</sup> El informe de la consulta pública puede ser obtenido en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Online-consultation-compilation-contributions.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>646</sup> Vid. ARLEN (2016a: 8).

<sup>647</sup> ARLEN (2016a: 8).

podido evitar el delito y no hayan prestado información voluntaria previas a las investigaciones de la Administración<sup>648</sup>.

La oficina de Transparencia Internacional del Reino Unido, también hablando a petición del WGB/OECD a los países parte de la conferencia en 2016, mencionó explícitamente la importancia de acuerdos de colaboración con personas jurídicas en la modalidad de *deferred prosecution agreements*<sup>649</sup>. En esa ocasión, dos puntos relacionados con la colaboración de las personas jurídicas fueran presentados para los países miembros, basados en la experiencia y legislación de Reino Unido. El primero, los retos que el exceso de confianza en las investigaciones internas de las empresas causa. En este sentido, el organismo resaltó que la responsabilidad establecida con evidencias producidas exclusivamente por las personas jurídicas involucradas puede generar falta de rigor en las medidas a ser adoptadas, además de falta de objetividad en la indicación de los involucrados y de la extensión de los hechos delictuosos. En segundo lugar, el representante de la Transparencia Internacional también apuntó la falta de precisión en la colaboración de una persona jurídica en el sistema legislativo inglés. Este hecho genera la percepción de que, en algunos casos, aunque la cooperación no parezca ser total, la persona jurídica es favorecida con la mitigación de pena recurrente del DPA<sup>650</sup>.

El WGB/OECD también publicó estudio en 2019 de la resolución de casos de corrupción a través de herramientas de justicia negociada, titulado *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*<sup>651</sup>. El estudio es direccionado a los países miembros de la Convención, y evalúa las modalidades de resolución de casos de soborno transnacional con imposición de sanción y/o confisco, pero sin enjuiciamiento o proceso criminal<sup>652</sup>. El estudio hace un comparativo entre los diferentes tipos de solución de 27 países parte de la Convención Anticorrupción de la OCDE, de un total de 44 países parte, siendo el primer estudio realizado de esa naturaleza<sup>653</sup>. Incluye los casos involucrados con la resolución con personas jurídicas y personas físicas, basado en parte en los datos suministrados por los gobiernos de los países parte y evaluados a través del proceso de revisión de pares del WGB y parte de la encuesta realizada específicamente para el

---

<sup>648</sup> ARLEN (2016a: 8).

<sup>649</sup> Vid. DONALDSON (2016).

<sup>650</sup> DONALDSON (2016: 142).

<sup>651</sup> Vid. el estudio en OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>652</sup> Id. en 3.

<sup>653</sup> *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, OECD, <http://www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

estudio, además de la base de datos del caso de la OCDE relacionada a cohecho transfronterizo<sup>654</sup>.

La finalidad del estudio fue evaluar las diferentes modalidades de resolución de casos sin juicio adoptada en los diversos países, en especial por el reconocimiento del importante rol de dichas herramientas para los países parte de la Convención<sup>655</sup>. Este análisis posibilita a conocer las distinciones entre reglamentos y procedimientos adoptados, que permitan la evaluación de las soluciones que serán implementadas con el intuito de promover la efectiva lucha contra la corrupción, doméstica e internacional<sup>656</sup>. Así, el reporte trata de temáticas como el incremento en la utilización de herramientas de resolución sin juicio —o, dicho de otra manera, de justicia negociada<sup>657</sup>—. El documento menciona las diversas herramientas adoptadas por distintos ordenamientos jurídicos para obtener colaboración de personas —incluso personas jurídicas— involucradas en hechos de corrupción<sup>658</sup>, las consideraciones procedimentales relevantes en la implementación de herramientas de justicia negociada<sup>659</sup> y las obligaciones y deberes de las partes en la colaboración<sup>660</sup>, además de las reglas necesarias para control público y transparencia<sup>661</sup>.

En el comunicado de divulgación del estudio, el WGB/OECD reconoce que cerca de un 80 por ciento de los casos de soborno transnacional concluidos bajo las obligaciones de la Convención Anticorrupción de OCDE fueron resueltas a través de herramientas sin la utilización del proceso penal tradicional<sup>662</sup>. El WGB/OECD menciona que este tipo de resolución de casos generalmente es denominado *settlements* —o acuerdos— y son considerados una manera pragmática y eficiente de solucionar los casos utilizando menos recursos y en un menor tiempo, que las soluciones tradicionales que involucran investigación y enjuiciamiento<sup>663</sup>. Las ventajas señaladas de las herramientas de justicia negociada son posibilitar, además de la rapidez, incentivos para que los responsables por los hechos ilícitos presenten reporte voluntario a las autoridades, en turno, para que pueden actuar y les permita exigir reformas en los sistemas de cumplimiento y gobernanza<sup>664</sup>. Sin embargo, el grupo también mencionó diversos retos en

---

<sup>654</sup> *Id.*

<sup>655</sup> *Vid.* el estudio en OECD (2019), *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, *supra* nota 651 en 3.

<sup>656</sup> *Id.*

<sup>657</sup> *Id.* en 17-42.

<sup>658</sup> *Id.* en 43-64.

<sup>659</sup> *Id.* en 65-96.

<sup>660</sup> *Id.* en 97-140.

<sup>661</sup> *Id.* en 141-158.

<sup>662</sup> *Vid.* *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, *supra* nota 653.

<sup>663</sup> *Id.*

<sup>664</sup> *Id.*

el diseño de las instituciones y de los procedimientos, además de los desafíos para garantizar la prestación de soluciones justas, las dificultades para garantizar la adecuada transparencia a los casos y la compensación a las víctimas<sup>665</sup>. De esta manera, la importancia que el WGB/OECD otorga a las herramientas de colaboración con las autoridades en casos de corrupción transfronteriza puede ser observada del alcance y finalidad del estudio.

Además, en los procedimientos de evaluación por pares, el grupo de trabajo desarrolló la implementación del artículo 3 de la Convención —responsabilidad de personas jurídicas— incluyendo recomendaciones y preguntas sobre acuerdos de colaboración. Por ejemplo, se puede mencionar el caso de Brasil, de Estados Unidos y Alemania. En el caso de Brasil, como resultado de la fase 3 de evaluación, fue recomendado garantizar el adecuado decomiso de bienes en los casos resueltos bajo acuerdo de lenidad con personas jurídicas<sup>666</sup>. También fue recomendado, en la misma fase, que Brasil adoptara la metodología para volver públicos los acuerdos con personas jurídicas en casos de soborno transnacional, en especial para permitir el control de los requisitos legales y atender el interés público en la cooperación con las empresas<sup>667</sup>. Además, el reporte registra la conclusión del primer acuerdo de colaboración entre autoridades brasileñas y personas jurídica en casos de soborno transnacional en el año 2016 como uno de los factores que demuestra la mejoría en la implementación de las obligaciones de la Convención en Brasil<sup>668</sup>.

Con relación a los Estados Unidos, el grupo de trabajo recomendó, en octubre de 2010, que los motivos determinantes para decidir respecto al tipo de acuerdo realizado con las personas jurídicas involucradas en hechos de soborno transnacional —si DPA o NPA— fueran registrado de manera pública. También determinó que fueran accesibles al público, los motivos para la elaboración de las condiciones de los acuerdos, su duración y los factores relevantes para la imposición de un supervisor externo de cumplimiento<sup>669</sup>. Para Alemania, el grupo de trabajo recomendó que fueran perfeccionados los registros de datos relacionados con la responsabilidad de personas jurídicas, en especial en lo que se refiera a la distinción de los casos adjudicados en procesos y a los casos de acuerdos de negociación de

---

<sup>665</sup> *Id.*

<sup>666</sup> Recomendación 4. *Brazil: Follow-Up to the Phase 3 Report & Recommendations*, Org. For Econ. Cooperation & Dev (febrero de 2017), 21, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>667</sup> Recomendación 6. *Id.* en 31.

<sup>668</sup> *Id.* en 4.

<sup>669</sup> *Compilation of Recommendations made in The Phase 3 Reports*, Org. For Econ. Cooperation & Dev (diciembre de 2011), 53, <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/49561522.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

aplicación de pena <sup>670</sup>. De esta forma se observa la importancia de las herramientas de justicia negociada —inclusive con personas jurídicas en casos de cohecho transnacional— para el WGB/OECD, y consecuentemente en la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE. Aunque ausente en el texto de la Convención, las herramientas de colaboración son parte de la estrategia de evaluación, de implementación de responsabilidad por hechos de corrupción, además de objeto de presentaciones, guías y estudios del WGB.

### **5.3. Organización de los Estados Americanos: la colaboración en la Convención Anticorrupción**

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada en Caracas, Venezuela, en el año 1996<sup>671</sup>. Es la Convención internacional más antigua, incluso que la de las Naciones Unidas y de la OCDE. Su aplicación se restringe a los estados miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), lo que incluye Brasil y Estados Unidos, además de otros, con un total de 34 países<sup>672</sup>. La convención contiene reglas para que los países parte la adopten con la finalidad de prevenir la corrupción<sup>673</sup>, además de medidas para responsabilizar a los responsables por los delitos. Entre las medidas de prevención, está la recomendación de que los estados también adopten herramientas direccionadas a las personas jurídicas. Entre ellas, la Convención menciona la protección al denunciante, mecanismos de control interno de las sociedades mercantiles que impidan el pago de soborno, además de medidas para incentivar la participación de la sociedad civil y de organismos no gubernamentales en el control de los actos públicos y el estudio de otras medidas para prevenir la corrupción doméstica y transfronteriza<sup>674</sup>. Las otras recomendaciones para prevención de la corrupción están relacionadas con la adopción de códigos de conducta y ética para funcionarios públicos, con adecuado control, además de la creación de órganos de control de alto nivel en el gobierno<sup>675</sup>.

La Convención contiene la obligación de los miembros de tipificar como delito los hechos de corrupción nacional, además de evaluar la posibilidad

---

<sup>670</sup> *Id.* en 16.

<sup>671</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (en adelante Convención Interamericana Contra la Corrupción), en línea: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>672</sup> Las firmas y ratificaciones están en endereço electrónico de la OEA. *Vid. Firmas y ratificaciones, Organización de Estados Americanos*, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corrupcion\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>673</sup> Art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>674</sup> *Id.* art. III (10)(11)(12).

<sup>675</sup> *Id.* art. III.



de crear el delito de corrupción transfronteriza<sup>676</sup>. En el artículo del delito de soborno transnacional, la Convención menciona el término *empresa*, pero no menciona la responsabilidad de personas jurídicas. El término *persona jurídica* es utilizado en la Convención, en la provisión sobre soborno transnacional (sin mención en el soborno doméstico), pero como mención a una forma de hacer el pago del soborno<sup>677</sup>, como un simple medio de ejecución. En todo el texto de la Convención no hay más mención a herramientas preventivas o represivas para el caso de las personas jurídicas, ni se mencionan acuerdos o la renuncia del derecho al juicio como forma de justicia negociada. En estos términos, la Convención enfoca soborno doméstico y transnacional bajo la perspectiva de que los países tipifiquen como delito la conducta de personas físicas, sin mayor desarrollo de herramientas como colaboración o sistemas de cumplimiento.

### **5.3.1. MESISIC: ¿aperturas a espacios de colaboración?**

La Convención de la OEA, así como las otras convenciones mencionadas, también tiene una herramienta de seguimiento para el proceso de implementación, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESISIC)<sup>678</sup>. El mecanismo es formado por 33 de los 34 países signatarios de la Convención y fue aprobado en 2001<sup>679</sup>. Su estructura es compuesta por básicamente la Conferencia de los Estados Parte y el Comité de Expertos y Expertas, además del equipo de soporte administrativo<sup>680</sup>. La Conferencia de los Estados Parte es un organismo político responsable de la definición de las directrices de funcionamiento y medidas para incrementar la cooperación entre los países en la lucha contra la corrupción. El Comité de Expertos y Expertas es responsable del análisis técnico de las medidas de implementación adoptadas por los países. El Comité se reúne dos veces por año en Estados Unidos, con sede en la OEA, para debatir los informes de evaluación de los países, además de realizar intercambio de buenas prácticas y demás temas relacionados con el objetivo de la Convención y su mecanismo<sup>681</sup>. Para la evaluación de las medidas adoptadas por los países y

---

<sup>676</sup> *Id.* art. VII y VIII, respectivamente.

<sup>677</sup> *Id.* art. VIII.

<sup>678</sup> Organización de los Estados Americanos, *¿Qué es el MESISIC?*, OEA <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesic/default.asp> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). *Vid.* también ZAGARIS (2015: 141-142).

<sup>679</sup> El reglamento del mecanismo fue adoptado en Argentina en el año 2001. *Vid.* Organization of American States, *Mechanism for Follow-Up of Implementation of the Inter-American Convention Against Corruption*, OAS (5 de junio de 2001) [http://www.oas.org/juridico/english/doc\\_buenos\\_aires\\_en.pdf](http://www.oas.org/juridico/english/doc_buenos_aires_en.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>680</sup> Organización de los Estados Americanos, *¿Qué es el MESISIC?*, OEA <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesic/default.asp> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>681</sup> *Id.*

elaboración de los reportes, así como para la recoger buenas prácticas y otra información relevante, el mecanismo utiliza una metodología amplia de investigación, que engloba cuestionarios, visitas *in loco* y entrevistas<sup>682</sup>.

Los documentos y guías del mecanismo no dejan claras estrategias específicas para incentivar la adopción de herramientas de justicia negociada en la lucha contra la corrupción. Aunque el mecanismo tenga una guía de buenas prácticas, no hay mención a la colaboración con los involucrados en los hechos delictivos como un factor relevante para las investigaciones y resoluciones de los casos<sup>683</sup>. Sin embargo, en la evaluación de los países, el mecanismo obtiene información de la responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados con soborno, incluso de un eventual reglamento de herramientas de justicia negociada para ello. En el caso de Brasil, en el Informe Final aprobado en 2018, el comité de expertos registró las conclusiones sobre los acuerdos de lenidad y colaboración de personas físicas en la ley brasileña de lucha contra la corrupción<sup>684</sup>. También, fueron presentados y evaluados por la comisión de expertos las herramientas de colaboración cualificada de Brasil, en la cual la colaboración con las investigaciones y otras condicionantes legales permite a las personas jurídicas y personas físicas mitigar la sanción<sup>685</sup>. Los cambios en la legislación brasileña que permitieron la colaboración cualificada fueron considerados relevantes, por el comité de expertos, para la implementación de la Convención<sup>686</sup>. La conclusión del comité no está basada simplemente en la adopción de acuerdos, sino en la adopción de legislaciones que amplían la responsabilidad civil y criminal por hechos de corrupción, además de implementar nuevos medios de obtención de pruebas para casos de corrupción y organizaciones criminales.

En el caso de Estados Unidos, también se puede observar que el comité de expertos tuvo contacto con el sistema de justicia negociada que incluye *plea agreements* y otras herramientas. Así está registrado en el Informe Final de Estados Unidos en el año 2011, en el cual las autoridades estadounidenses informaron sobre la resolución de casos penales a través de *plea agreements*, incluso en lo que involucra supuestos de corrupción<sup>687</sup>.

---

<sup>682</sup> Organization of American States, *Mechanism for Follow-Up of Implementation of the Inter-American Convention Against Corruption*, *supra* nota 679 en 6.

<sup>683</sup> La guía de buenas prácticas está disponible con presentaciones sometidas por los países en 2019 y 2018. *Vid.* OEA, *Buenas Prácticas*, <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/buenas-practicas.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>684</sup> *Vid.* Informe Final Brasil, OEA (15 de marzo de 2018) [http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5\\_bra\\_informe\\_sp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_informe_sp.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>685</sup> *Id.* en 84.

<sup>686</sup> *Id.* en i.

<sup>687</sup> *Vid.* Final Report United States, OEA (25 de marzo de 2011) [http://www.oas.org/juridico/english/mesicic3\\_usa\\_rep.pdf](http://www.oas.org/juridico/english/mesicic3_usa_rep.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

Lo mismo ocurrió con el Informe Final del año 2015, en el cual Estados Unidos informó sobre la creación de herramientas para mejorar el control de los casos de resolución a través de *plea agreements*, en especial con el uso de gestión de datos y monitoreo<sup>688</sup>. A través de estos documentos y la actuación del mecanismo de seguimiento de implementación de la Convención se puede observar que no hay reglas claras o guías que incentiven a los países adoptar herramientas de justicia negociada. No obstante, los países informan cambios legislativos e institucionales y su repercusión en el desarrollo de dichas herramientas, de manera que la justicia negociada es una realidad conocida de la Organización de Estados Americanos en el ámbito de su convención contra la corrupción.

#### 5.4. El Consejo de Europa

La crisis de los sistemas judiciales de diversos países también generó la actuación del Consejo de Europa. De hecho, la Recomendación n. R (87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987, fue fuente de reforma en muchos países, tanto en términos orgánicos del propio sistema judicial, como en el ámbito sustantivo y procesal<sup>689</sup>. Aunque no directamente relacionadas, en este momento, a la responsabilidad de las personas jurídicas, algunas de estas reformas posibilitaron la adopción de herramientas de justicia negociada con sede en el Derecho Penal. Por ejemplo, en Italia, generó el proceso monitorio por decreto, en el cual la Fiscalía tenía discrecionalidad para realizar un acuerdo con el investigado sobre el procedimiento y la pena<sup>690</sup>. Con ello, el caso podría ser resuelto con una decisión del juez, basada en las investigaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, y sin el ejercicio de amplia defensa y de contradicción<sup>691</sup>. Es importante observar que, aunque no fuera una expresión del principio de oportunidad puro<sup>692</sup>, significaba una aplicación de justicia negociada a casos criminales.

Esta reforma se basó en una de las recomendaciones relacionada a la adopción del principio de oportunidad como estrategia para asignar mayor rapidez a las decisiones de los casos criminales<sup>693</sup>. La inspiración de la recomendación fue el sistema estadounidense, en el cual se aplica el principio de oportunidad de manera “pura”<sup>694</sup>. De esta manera, en Estados Unidos, la Fiscalía tiene amplia discrecionalidad para decidir contra quién imputar delitos, cuáles delitos imputar y cómo hacer dicha imputación.

---

<sup>688</sup> Vid. Final Report United States, OEA (20 de marzo de 2015) [http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4\\_usa\\_en\\_final.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_usa_en_final.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>689</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 20 y ss.).

<sup>690</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 35-39).

<sup>691</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 39).

<sup>692</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 35-39).

<sup>693</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 39).

<sup>694</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 39).

Además, la Fiscalía puede realizar acuerdos para reducir la imputación de delitos y la recomendación de pena a ser aplicada por la autoridad judicial, a cambio de que los investigados confiesen y colaboren con la Administración<sup>695</sup>. Sin embargo, países como Portugal y Alemania, basados en la recomendación del Comité, adoptaron en aquel tiempo el principio de oportunidad de manera reglada, con aplicación principalmente a casos de pequeña y mediana criminalidad<sup>696</sup>.

Posteriormente, en el ámbito del Consejo de Europa fueron adoptados otros instrumentos relacionados con la lucha contra la corrupción, dentro los cuales se destacan la Convención contra la corrupción en materia penal (ETS 173) y la Convención contra la corrupción en materia civil (ETS 174), además de protocolos, guías y manuales<sup>697</sup>. Dichas convenciones, también sufrieron, en algún grado, influencia de las soluciones del derecho estadounidense<sup>698</sup>. De hecho, la Convención en materia criminal tiene como puntos principales la criminalización de diversos delitos, como pago de soborno, blanqueo de activos, entre otros<sup>699</sup>. Además, la Convención prevé la necesidad de que los países miembros adopten las medidas necesarias para imponer la responsabilidad a las personas jurídicas involucradas en delitos<sup>700</sup>. Conforme a lo dispuesto, la responsabilidad puede ser, o cambiar con las tradiciones del sistema jurídico del país, de naturaleza penal, civil o administrativa, desde que las sanciones sean efectivas, proporcionales y hasta disuasivas<sup>701</sup>.

Sin embargo, es importante observar que ni la Convención en materia penal ni los otros documentos relacionados mencionan la obligatoriedad o recomendación de que los países adopten herramientas de justicia negociada para permitir la colaboración de personas jurídicas en las investigaciones. Además, con la finalidad de monitorear la adopción de las medidas necesarias para cumplir las obligaciones y los estándares de

---

<sup>695</sup> Sobre ello, *vid.* capítulo específico sobre la colaboración de EE.UU.

<sup>696</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 39).

<sup>697</sup> *Vid. Welcome to Greco Website*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption. En línea: <https://www.coe.int/en/web/greco> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>698</sup> NIETO MARTÍN (2018: 79).

<sup>699</sup> Arts. 2-13 de la Convención en materia criminal. Disponible en <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f5> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>700</sup> Art. 18 de la Convención en materia criminal. Disponible en <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f5> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>701</sup> Art. 19(2) de la Convención en materia criminal. Disponible en <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f3f5> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

combate a la corrupción, el Consejo de Europa estableció, en el año 1999, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)<sup>702</sup>.

#### **5.4.1. El Grupo de Estados contra la Corrupción**

El GRECO, así como los mecanismos de seguimiento de implementación de convenciones mencionados, actúa a partir de la evaluación mutua de los países y con estrategias de *peer pressure*, con la finalidad de ayudar a los miembros a desarrollar las herramientas necesarias para luchar contra la corrupción, conforme a los estándares del Consejo de Europa<sup>703</sup>. De esta manera, delegados de los países integran un equipo de evaluadores de otros países, y desarrollan informes que son presentados posteriormente para aprobación del Grupo de Estados. La idea es que los informes contengan recomendaciones de las medidas necesarias. El grupo también verifica la adopción de las recomendaciones y provee guías, manuales, realiza eventos y presentaciones, todo con la finalidad de ayudar a los países a implementar buenas prácticas en la prevención y detección de corrupción<sup>704</sup>. Una característica importante del GRECO es el número de miembros que lo integran, no limitado a los países participantes del Consejo de Europa. En la actualidad, GRECO es formado por 50 miembros: 48 países europeos, Kazakstán y Estados Unidos<sup>705</sup>.

La evaluación es realizada con base en la definición de etapas, en las cuales serán analizados principios específicos. El grupo desarrolló cinco rondas de evaluación en cada una identificó retos y desafíos fundados en los veinte principios relacionados con la Convención en materia penal contra la Corrupción. El equipo responsable por cada país obtiene información mediante el uso de cuestionarios y visitas y a partir de estas actuaciones y tras un extensivo debate con personas clave en cada país evaluado, el equipo de evaluadores propone un informe con recomendaciones para el grupo<sup>706</sup>. Ninguno de los veinte principios rectores, en que se basan la implementación de la Convención y su evaluación, se relacionan explícitamente con justicia negociada o la utilización de la colaboración de los involucrados en las investigaciones. De igual modo, ninguno trata

---

<sup>702</sup> *What is Greco?*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption, en línea: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>703</sup> ZAGARIS (2015: 143-144).

<sup>704</sup> *What is Greco?*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption, en línea: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>705</sup> *What is Greco?*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption, en línea: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>706</sup> *About GRECO mutual evaluations*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption, en línea: <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/about> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

expresamente de la imposición de responsabilidad a personas jurídicas, aunque un principio se relaciona con las estrategias necesarias para impedir que las personas jurídicas sean utilizadas como escudo para promover la impunidad de las personas físicas<sup>707</sup>.

La tercera ronda de evaluaciones contiene dos temas principales, uno relacionado con la responsabilidad por los supuestos de corrupción: la incriminación de los delitos previstos en la Convención de materia penal (ETS 173), del Protocolo Adicional (ETS 191) y del Principio Rector 2 (GPC 2)<sup>708</sup>. No obstante, no hay en el cuestionario rector de la tercera ronda ninguna mención a la incriminación de las personas jurídicas ni tampoco al establecimiento de responsabilidad civil o administrativa<sup>709</sup>. De igual modo, no hay mención al desarrollo de herramientas de colaboración o de justicia negociada para la prevención e investigación de supuestos de corrupción. De esta manera, la utilización de herramientas de colaboración con los involucrados en delitos, personas físicas o jurídicas, no es punto de evaluación de GRECO. En realidad, expresiones como *plea bargain* aparecen en informes de la tercera ronda de países como Estados Unidos<sup>710</sup> e Italia<sup>711</sup>, como simple mención a la conclusión de casos en acuerdos o en la posibilidad de que las autoridades utilicen tal herramienta. No obstante, no hay ninguna recomendación incentivando, aprobando o incluso rechazando la utilización de justicia negociada. GRECO tampoco pone a disposición manuales o guías de lucha contra la corrupción que contengan estrategias de adopción de herramientas de justicia negociada aplicables a personas jurídicas en casos de corrupción.

Con ello, es posible observar que el Consejo de Europa, desde finales de los años 80, ha incentivado las reformas de los sistemas criminales con la finalidad de promover mayor rapidez y eficiencia en la solución de los casos. Basado en las recomendaciones del Comité de Ministros, algunos países adoptaron herramientas de justicia negociada, con influencia del sistema estadounidense, pero generalmente con un enfoque de principio de

---

<sup>707</sup> Principio 5 de la Resolución (97) 24. Disponible, en inglés, en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cc17c> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>708</sup> *Evaluations*, Counsel of Europe: Group of States Against Corruption, en línea: [https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations#{"22359946":\[2\]}](https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations#{) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>709</sup> El cuestionario está disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cbe32> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>710</sup> El cuestionario de Estados Unidos está disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca558> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>711</sup> El cuestionario de Italia está disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c6954> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

oportunidad reglada<sup>712</sup>. No obstante, posteriormente, el Consejo de Europa no parece haber adoptado ninguna medida expresamente direccionada a la propagación de la colaboración de personas jurídicas en las investigaciones de casos de corrupción. En realidad, eso no parece ser un factor importante o cuestión a considerada en las evaluaciones del grupo responsable para evaluar la implementación de los estándares del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción.

### **5.5. La Unión Europea: la colaboración en el actuar de la Fiscalía Europea**

La obligatoriedad de imponer responsabilidad a personas jurídicas por prácticas o participación en delitos es parte de lo que puede ser considerado el “eje central de la política criminal internacional”<sup>713</sup>. No obstante, hasta antes de los años 2000, existía la exclusión de tratamiento de la materia penal y procesal penal en los tratados relacionados con las “Comunidades Europeas”, a excepción de la regulación de sanciones aplicables en los casos de violación de la libre competencia<sup>714</sup>. La materia penal estaba bajo el ámbito de definición de cada país, incluso en el tiempo del Tratado de Maastricht de febrero de 1992 se consideraba que la regulación comunitaria para unificar asuntos penales sería imposible<sup>715</sup>. Posteriormente, la expansión cada vez mayor de la globalización y del desaparecimiento de las fronteras generó un cambio en esta realidad, de manera que se empieza una búsqueda por un Derecho y proceso penales común, en el espacio de la Unión Europea (UE)<sup>716</sup>. Esto se desarrolló en especial, con relación al combate al fraude comunitario, a partir del Tratado de Ámsterdam y su artículo 280<sup>717</sup>. Esa necesidad se amplió también a la normativa de la Unión Europea, las obligaciones para desarrollar leyes que posibiliten la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>718</sup>.

Con relación a ello, y a ejemplo de lo que se puede observar en otros instrumentos de Derecho Internacional mencionados, no hay una política clara de la obligatoriedad (o mismo, recomendación) de la utilización de justicia negociada en sede en el Derecho Penal como recomendación a los países parte de la Unión. Sin embargo, el desarrollo de la reglamentación de la Fiscalía Europea demuestra que la ausencia de la recomendación no está basada en la falta de interés de los países parte de la UE ni tampoco en la total ausencia de la utilización de espacios de oportunidad y discrecionalidad en el derecho comunitario. En 1995 y basados en la

---

<sup>712</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997b: 20 y 39).

<sup>713</sup> NIETO MARTÍN (2015: 21).

<sup>714</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 116).

<sup>715</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 117).

<sup>716</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 116-117).

<sup>717</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 117).

<sup>718</sup> NIETO MARTÍN (2015: 21-22).

necesidad de luchar contra el fraude, contra los fondos comunitarios tanto en nivel supraestatal como estatal, a partir de la iniciativa del Parlamento Europeo, se establece una comisión de expertos responsable de proponer estrategias para ser implementadas por los países europeos<sup>719</sup>. Dicha comisión elaboró el denominado *corpus iuris*, que fue publicado en el año 1997 y, además de otros asuntos, preveía la necesidad de la creación de una Fiscalía europea<sup>720</sup>. El proyecto estaba centrado en la idea de necesidad de cooperación penal y preveía una Fiscalía europea con competencia para actuar en todos los países de la UE<sup>721</sup>.

Conforme a el *corpus iuris*, la Fiscalía europea debería tener alternativas a la persecución, garantizado, en todos los casos, el principio de legalidad, de manera que hubiera un espacio de oportunidad reglada<sup>722</sup>. De acuerdo con este proyecto, la oportunidad reglada podría ser utilizada con las finalidades de recobrar los fondos y generar la adecuada indemnización de la víctima, a partir de la reparación del daño causado. Dicha actuación, podría ser desarrollada de tres maneras. La primera, la Fiscalía europea podría decidir trasladar las actuaciones hacia las autoridades nacionales en casos de delito de bagatela. La segunda, podría realizar el archivo del caso si el acusado reconociera su culpabilidad, reparara el daño y restituyera los fondos<sup>723</sup>. La tercera, la Fiscalía podría autorizar a la autoridad nacional hacer una transacción con el investigado. Solamente en este tercer caso habría control judicial, además, el proyecto preveía límites de cuantías de perjuicio y restricción a determinados delitos o formas de práctica de delitos<sup>724</sup>.

A partir, del continuo debate y trabajo con base en el *corpus iuris* se desarrolló el Proyecto de Reglamento de la Fiscalía Europea, que en su versión de 2013 permitía incluso una transacción con el fiscal europeo para pago de multa y archivo definitivo del caso<sup>725</sup>. No obstante, el Reglamento de la Fiscalía Europea<sup>726</sup>, aprobado en 2017, preserva dos importantes manifestaciones del principio de oportunidad con exclusión de esta posibilidad mencionada, y de manera más restricta en la sugerencia del *corpus iuris*. Conforme al reglamento, la primera área de oportunidad de la Fiscalía europea es, frente a la escasa relevancia de determinados hechos y la elaboración del desistimiento de la acción penal<sup>727</sup>. Este desistimiento podrá generar, conforme a el caso, la remisión del caso a la autoridad

---

<sup>719</sup> GONZÁLES CANO (2018: 552).

<sup>720</sup> GONZÁLES CANO (2018: 552).

<sup>721</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 118 y 128-129).

<sup>722</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 136-137).

<sup>723</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 136-137).

<sup>724</sup> GÓMEZ COLOMER (2008: 136-137).

<sup>725</sup> GONZÁLES CANO (2018: 566).

<sup>726</sup> Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo.

<sup>727</sup> GONZÁLES CANO (2018: 564).



nacional<sup>728</sup>. La segunda manifestación es la posibilidad de tratar el caso con la aplicación de procedimiento simplificado disponible en el derecho nacional, en especial en lo que esté relacionado con la reparación y el resarcimiento de los daños causados<sup>729</sup>. Los motivos para archivar un caso de competencia de la Fiscalía europea son desarrollados de manera exhaustiva en el Reglamento<sup>730</sup>.

La creación e implementación de la Fiscalía europea demuestra importantes características respecto a la colaboración de personas jurídicas en el ámbito del derecho supranacional aplicable a los países de la Unión Europea. En primer lugar, es importante que se considere que la responsabilidad de personas jurídicas por delitos es parte de la estrategia de lucha contra el crimen, en especial contra el fraude comunitario, con arreglo para que, usualmente los países puedan implementar responsabilidad penal, civil o administrativa, conforme a sus tradiciones jurídicas<sup>731</sup>. De hecho, las estrategias de la UE en el desarrollo de medidas de Derecho Penal sufren influencia estadounidense, que puede ser observada a través de la presencia de medidas como la autorregulación y la participación de ciudadanos en la detección de delitos<sup>732</sup>. Con ello, la imposición de responsabilidad a personas jurídicas es utilizado como herramienta para incentivar la adopción de programas de cumplimiento normativo<sup>733</sup>.

No obstante, no hay una definición clara sobre la utilización de herramientas de justicia negociada, que generen la colaboración de personas jurídicas involucradas en delitos, como herramienta de lucha contra la delincuencia, en especial contra la corrupción. Hubo, incluso, la restricción del principio de oportunidad que sería aplicable a la Fiscalía europea, conforme al proyecto del reglamento de 2013, de manera que, al final, el Parlamento Europeo adoptó un modelo de “oportunidad reglada y tasada” en el reglamento de 2017<sup>734</sup>. Con ello, aunque no hubo la aceptación de un modelo de Fiscalía europea basada en el principio de oportunidad con libre discrecionalidad, el actual modelo de la Fiscalía contempla, de acuerdo con el derecho nacional de los países, la adopción de la transacción para la solución simplificada de los casos. En este sentido, se observa un modelo de reglamento de la Unión Europea que permite la colaboración de personas jurídicas si el sistema nacional del país relacionado con el caso también lo permitiera.

---

<sup>728</sup> GONZÁLES CANO (2018: 565).

<sup>729</sup> GONZÁLES CANO (2018: 564).

<sup>730</sup> En el artículo 40 del Reglamento, *vid.* GONZÁLES CANO (2018: 569).

<sup>731</sup> NIETO MARTÍN (2015: 22).

<sup>732</sup> NIETO MARTÍN (2018: 79).

<sup>733</sup> NIETO MARTÍN (2018: 80).

<sup>734</sup> GONZÁLES CANO (2018: 572).

### **5.6. Colaboración de personas jurídicas: su expansión en diversos países del *common law***

La expansión de la colaboración de las personas jurídicas en el ámbito de organismos internacionales es un hecho, conforme a lo mencionado, que puede ser observado a partir de convenciones, guías, estudios e informes de implementación de dichos organismos. De esta manera, además de los países que tradicionalmente desarrollaron dichas herramientas —como los Estados Unidos—, era de suponer que diversos países evaluarían la posibilidad de implementar la justicia negociada en su sistema jurídico. Así, entre otras reglas de las convenciones, como la provisión de delito de soborno transnacional, la prevención al enriquecimiento sin causa y la adopción de herramientas de decomiso, es creciente el número de países que implementan reglas sobre herramientas de colaboración con involucrados en actos criminales con la finalidad de obtener una decisión en el proceso criminal de manera más rápida y eficiente.

Sin embargo, también es un hecho que estas herramientas en diversos países son objeto de críticas y cuestionamientos. De esta manera, los países que intentan adoptar o adoptaron herramientas de colaboración con el intento de producir algunos de los resultados obtenidos en sistemas como el estadounidense deben tener una doble preocupación en el desarrollo de sus sistemas jurídicos. En primer lugar, la transferencia de las herramientas de justicia negociada tiene que llevar en consideración las peculiaridades del sistema jurídico de origen y las del sistema jurídico de destino. De esta manera, un país no puede simplemente implementar la misma solución legislativa de otro país en la expectativa de que todo funcione perfectamente<sup>735</sup>. Además de la ley, las instituciones, la cultura de las instituciones y de la población, los recursos financieros disponibles, la cultura empresarial y diversos otros factores serán relevantes para el desarrollo de las referidas “soluciones”. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, mucha de la actividad empresarial está relacionada con el mercado internacional. De hecho, otro país que no tenga el mismo tipo de economía desarrollada no necesariamente tendrá grandes casos de corrupción de soborno transnacional. Otra cuestión relevante, en el caso de la justicia negociada, es que la Fiscalía de Estados Unidos tiene una amplia discrecionalidad en decidir enjuiciar o no un caso<sup>736</sup>. Otro país que tenga el interés en garantizar que su Fiscalía realice acuerdos como en el modelo estadounidense tiene que evaluar la posibilidad y los límites de discrecionalidad permitidos a la Fiscalía por el orden legal.

En segundo lugar, el trasplante de soluciones se dificulta, no solamente porque el distinto sistema jurídico requiere que sean hechos cambios, sino también porque exige medidas para reducir consecuencias indeseables que

---

<sup>735</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997).

<sup>736</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31).

pasan en el sistema original. Tal vez, por esta razón existe experiencia de países que adoptaron herramientas de justicia negociada con la implementación de mecanismos para posibilitar la evaluación del interés público por parte de la sociedad, con mayor transparencia, y con participación más amplia del Poder Judicial en los acuerdos<sup>737</sup>.

### **5.6.1. Reino Unido: cambio en el programa de justicia negociada**

La Convención Anticorrupción de la OCDE fue uno de los motivos por los cuales en el Reino Unido se aprobó el *UK Bribery Act*, que entró en vigor en julio de 2011<sup>738</sup>. Antes de la aprobación de esta ley, los delitos de corrupción estaban en el *Public Bodies Corrupt Practices Act*, de 1889, y en otras leyes dispersas<sup>739</sup>. Con el *UK Bribery Act*, el Reino Unido reúne en una ley los delitos de corrupción, incluye la tipificación del cohecho transnacional, además de agrupar herramientas de investigación y lucha contra la corrupción<sup>740</sup>. Como la ley no tiene aplicación retroactiva, los delitos de *common law* y otras leyes derogadas todavía tienen aplicabilidad para los actos delictivos practicados antes de 1.º de julio de 2011<sup>741</sup>.

Hasta el año 2013, la posibilidad de enjuiciamiento de casos relacionados con corrupción era la utilización del *Proceeds of Crime Act* —estatuto datado de 2002<sup>742</sup>—. Sin embargo, la herramienta tiene naturaleza civil y no criminal —el *civil recovery order*— y debería ser utilizada para casos de conductas indebidas relacionada a bienes y propiedad. Así, las autoridades podrían decidir por un acuerdo de naturaleza civil en el cual se incluyan cláusulas relativas al pago de multas, implementación de sistemas de cumplimiento con monitores externos, además de cambios de empleados y directivos<sup>743</sup>. El acuerdo civil también permite a las autoridades dejar de aplicar la sanción de exclusión de contratos prevista en la Directiva de Contratación de la Unión Europea<sup>744</sup>. De esta manera, antes del cambio en el *Crime and Courts Act* ocurrido en 2013, no había provisión legal de acuerdos de colaboración al estilo del *deferred prosecution agreement*. En estos términos, la Fiscalía tenía la posibilidad de, una vez cumplidos los requisitos legales, hacer el enjuiciamiento criminal del caso o adoptar las medidas para el acuerdo —o enjuiciamiento— civil de la materia<sup>745</sup>.

---

<sup>737</sup> REILLY (2019: 1113).

<sup>738</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 43).

<sup>739</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 43).

<sup>740</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 43).

<sup>741</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 43).

<sup>742</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 58).

<sup>743</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 62-63).

<sup>744</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 63).

<sup>745</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 63).

A partir de 2013, tras un proceso de consulta pública, el Parlamento del Reino Unido aprobó el *Crime and Courts Act*<sup>746</sup>. Con ello, las autoridades de Reino Unido pasaron a tener a su disposición la herramienta del *deferred prosecution agreement*<sup>747</sup>. Conforme a la ley, la herramienta de justicia negociada puede ser utilizada solamente con organizaciones, excluyendo acuerdos con individuos<sup>748</sup>. Además, la ley prevé dos fases de control judicial de los acuerdos; una preliminar y otra al final, y en ambas la Fiscalía debe declarar a la corte dos elementos que posibiliten el control de la herramienta. El primero, la Fiscalía debe mencionar explícitamente que el acuerdo posiblemente atenderá a los intereses de la justicia, y el segundo, también debe declarar que los términos del acuerdo son justas, razonables y proporcionales<sup>749</sup>.

En la audiencia preliminar a la aprobación del DPA, la Fiscalía presenta a la autoridad judicial el borrador de acuerdo y los dos elementos —interés de la justicia y términos razonables y proporcionales del acuerdo—, a su vez la corte tiene que reconocer la existencia de razones que indiquen que la Fiscalía llevó a cabo la adecuación de las alegaciones<sup>750</sup>. Tanto la audiencia preliminar, como los argumentos de la Fiscalía y las razones reconocidas por la corte, en este momento, deben ser conducidas en privado<sup>751</sup>. Si la corte decide lo contrario a la declaración de la Fiscalía, el borrador puede ser reevaluado y corregido entre las partes para una nueva presentación a la corte<sup>752</sup>. Habiendo decisión de la corte de aprobar, la Fiscalía y la persona jurídica continúan las negociaciones para hacer la versión final del acuerdo. A partir de la negociación final, la Fiscalía tiene que presentar el caso nuevamente al Poder Judicial, para la audiencia final<sup>753</sup>. Por consiguiente, los elementos que la Fiscalía tiene que presentar son los mismos que los de la audiencia preliminar, respecto al interés de la justicia y la razonabilidad y proporcionalidad del acuerdo<sup>754</sup>. Sin embargo, en este momento, ya se discuten estos elementos basados en las medidas de colaboración y mitigación en su versión final. Como resultado, la corte tiene que reconocer las razones por las cuales la declaración de la Fiscalía en la elaboración del acuerdo merece aprobación más de una vez<sup>755</sup>. Esta audiencia puede ser

---

<sup>746</sup> REILLY (2019: 1144).

<sup>747</sup> ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 63). *Vid.* también *Crime and Courts Act 2013*, c. 22, sch. 17 (UK).

<sup>748</sup> REILLY (2019: 1144).

<sup>749</sup> REILLY (2019: 1144). *Vid.* también *Crime and Courts Act 2013*, c. 22, §§ 7(1), 8(1), sch. 17 (UK).

<sup>750</sup> REILLY (2019: 1147) hablando del *Crime and Courts Act* de 2013.

<sup>751</sup> REILLY (2019: 1147).

<sup>752</sup> REILLY (2019: 1147).

<sup>753</sup> REILLY (2019: 1147).

<sup>754</sup> REILLY (2019: 1147).

<sup>755</sup> REILLY (2019: 1147). *Vid.* también *Crime and Courts Act 2013*, c. 22, § 8(4), sch. 17 (UK).

realizada en privado o abierta al público. Si la decisión de la corte fuera conceder aprobación final al DPA y hacer que el documento entre en vigor, la audiencia tiene que ser abierta, con la difusión de las razones para aprobar el acuerdo<sup>756</sup>.

La participación del Poder Judicial también es exigible en el caso de incumplimiento o de necesidad de revisión del acuerdo. En este caso, la Fiscalía pide a la corte, que evalúe si es razonable considerar el fallo y cumplir los términos del acuerdo<sup>757</sup>. Reconocido el incumplimiento, la corte puede desestimar el DPA o indicar a las dos partes que presenten condiciones para remediar el fallo. En todos los casos, la Fiscalía tiene que volver pública su decisión de solicitar a la corte las razones de la corte para la decisión: de denegar el incumplimiento, de desestimar el DPA por incumplimiento o de solicitar a las partes los ajustes para continuidad del DPA<sup>758</sup>. La revisión del acuerdo debe ser reconocida por la Fiscalía y por la persona jurídica, en el caso de ser necesaria una adecuación para evitar incumplimiento de las condiciones<sup>759</sup>. Para hacer su petición al Poder Judicial, la Fiscalía tiene que presentar que los cambios en las condiciones están de acuerdo con los intereses de la justicia y que los nuevos términos son justos, razonables y proporcionales<sup>760</sup>. La audiencia para evaluación puede ser privada, pero la corte tiene que hacerla abierta al público, si decide aceptar las razones para el cambio en el DPA<sup>761</sup>. La Fiscalía tiene que tornar público el nuevo DPA y las razones presentadas por la corte para la aprobación. En el caso de que la corte no apruebe el cambio, la Fiscalía también tiene que publicar la decisión de la corte y las razones de la no aceptación<sup>762</sup>.

La decisión de la Fiscalía de proponer o no el acuerdo con la persona jurídica deberá basarse en códigos, guías y leyes disponibles<sup>763</sup>. La Fiscalía debe hacer el enjuiciamiento a menos que exista interés público contrario, en ese caso se debe hacer una prueba de equilibrio de factores<sup>764</sup>. Para ello, debe ser observado que cuanto más grave el delito, más relevancia habrá del enjuiciamiento. Además, factores como las ganancias del delito y las pérdidas generadas, los riesgos de daño al público y a víctimas no identificadas, accionistas, empleados, acreedores, daño a la estabilidad e integridad del mercado financiero y del comercio internacional también

---

<sup>756</sup> REILLY (2019: 1147).

<sup>757</sup> REILLY (2019: 1148).

<sup>758</sup> REILLY (2019: 1148).

<sup>759</sup> Crime and Courts Act 2013, c. 22, § 10(1), sch. 17 (UK).

<sup>760</sup> REILLY (2019: 1148).

<sup>761</sup> REILLY (2019: 1148).

<sup>762</sup> REILLY (2019: 1148).

<sup>763</sup> REILLY (2019: 1150) mencionando el *Code for Crown Prosecutors*, el *Joint Prosecution Guidance on Corporate Prosecutions*, el *Bribery Act 2010 Joint Prosecution Guidance*, el *DPA Code* y demás estatutos.

<sup>764</sup> REILLY (2019: 1150).

deben ser evaluados, en una decisión que debe considerar la relevancia de los hechos indebidos en el Reino Unido y en otros países<sup>765</sup>. Los fiscales tienen discrecionalidad para determinar cuáles son los factores más relevantes para el caso en concreto<sup>766</sup>.

Algunos de los factores relevantes que deben ser observados por la Fiscalía para promover el enjuiciamiento son el historial de actuación delictiva de la persona jurídica, el hecho del delito ser parte de las prácticas de negocio de la empresa, la ineffectividad de cumplimiento del sistema o la inexistencia de éste, el fallo en adoptar las medidas razonables tras recibir notificaciones, imputaciones o sanciones por hechos indebidos, el fallo en hacer auto reporte en tiempo razonable, el hecho del delito genere un daño significativo a las víctimas o el impacto relevante en los mercados y en el gobierno<sup>767</sup>. Los factores relevantes para decidir por no enjuiciar el caso son, entre otros, la cooperación con el gobierno, incluso en lo que se refiere al auto-reporte de conductas desconocidas por las autoridades, compensación de las víctimas, identificación de los testigos relevantes para el caso y el hecho de compartir las investigaciones internas<sup>768</sup>. Además, otros factores relevantes para no enjuiciar son el hecho de que la persona jurídica no tenga un expediente de práctica de delitos, la existencia de un programa de cumplimiento proactivo, el hecho de que los delitos sean eventos practicados por individuos de manera aislada, o que la conducta no sea reciente y de que la organización haya realizado cambios posteriores en su cultura corporativa, la circunstancia de que una condena traiga consecuencias desproporcionales domésticas e internacionales y la existencia de efectos colaterales al público, a los inversores o a los empleados<sup>769</sup>. También debe ser considerado en favor del no enjuiciamiento el hecho de que la empresa haga un reporte voluntario del reconocimiento de los delitos tan pronto sean descubiertos, incluso invitando al fiscal a participar en las investigaciones iniciales con la finalidad de ayudar en ellas, además de garantizar que no se destruyan documentos importantes y adoptar medidas razonables para que los involucrados no tengan la oportunidad de fabricar pruebas<sup>770</sup>.

Los términos del acuerdo con la persona jurídica también están sujetos al reglamento del *Crime and Courts Act*<sup>771</sup>. El DPA debe contener la descripción de los hechos ilícitos y su data de caducidad<sup>772</sup>. El acuerdo

---

<sup>765</sup> REILLY (2019: 1150).

<sup>766</sup> REILLY (2019: 1150-1151).

<sup>767</sup> REILLY (2019: 1151) hablando de los factores del *Deferred Prosecution Agreements Code*, en especial en 2.8.1(i)(ii)(iv)(v)(vii).

<sup>768</sup> REILLY (2019: 1151) hablando del *DPA Code*, en especial 2.8.2 y 2.9.2.

<sup>769</sup> REILLY (2019: 1151-1152).

<sup>770</sup> REILLY (2019: 1152) hablando de las disposiciones del *DPA Code* en 2.9.2-.9.3.

<sup>771</sup> REILLY (2019: 1155).

<sup>772</sup> REILLY (2019: 1155). *Vid.* también *Crime and Courts Act 2013*, c. 22, § 5(1)(2), sch. 17 (UK).

también puede contener reglas sobre el pago de una sanción financiera que sea compatible con la multa que sería impuesta por la corte en caso de condena, sobre la compensación de los daños causados a las víctimas, la obligación de donar fondos a organizaciones benéficas o de otra naturaleza y la devolución voluntaria de las ganancias obtenidas con el delito<sup>773</sup>. Las reglas sobre la implementación o adopción de mejoras en el sistema de cumplimiento y capacitación de empleados, sobre la cooperación con las investigaciones relacionadas al caso, sobre el pago de costes razonables del fiscal relacionados con el acuerdo, sobre los plazos para la implementación de las condiciones del acuerdo, así como las consecuencias de incumplimiento por parte de la persona jurídica también pueden ser parte de los términos acordados<sup>774</sup>.

Pasada la aprobación final del Poder Judicial, el fiscal debe hacer público el texto del DPA. En ese momento, también deben ser publicadas las decisiones de la corte del procedimiento preliminar y de la audiencia final<sup>775</sup>. Así, no solamente el acuerdo es dado a conocer, también se hacen públicas las razones de la corte para aceptarlo —o incluso para no aceptarlo en un primer momento— y se publican con la aprobación final del DPA<sup>776</sup>. Una vez, que se cuenta con la aprobación y publicación del DPA, también deben ser publicados, tanto el incumplimiento del acuerdo, como la eventual revisión y el cumplimiento exitoso de todas las condiciones del acuerdo<sup>777</sup>. Por consiguiente, en el caso de incumplimiento, también deben ser publicadas por el fiscal las razones de la decisión de la corte de discordar o concordar, así como la eventual recomendación de reparación, incluyendo las razones que fundamentan la decisión judicial<sup>778</sup>. La eventual decisión de revisión de la corte también debe ser publicada por la Fiscalía, incluyendo las razones por las cuales aprobó —o no— la revisión, así como el texto del DPA revisado<sup>779</sup>.

En caso de cumplimiento del acuerdo, los detalles de la ejecución de las condiciones deben ser publicados por la Fiscalía y debe incluirse la consideración de que el caso está finalmente cerrado. Es importante, que se observe que la corte puede posponer cualquier obligatoriedad de publicación de la Fiscalía, si considera la necesidad de ello, para evitar riesgo de perjuicio a la administración de la justicia en cualquier otro procedimiento legal<sup>780</sup>. En estos términos, por ejemplo, si fuera relevante el secreto del caso o de la colaboración, para dar continuidad a la investigación

---

<sup>773</sup> REILLY (2019: 1155).

<sup>774</sup> REILLY (2019: 1155-56).

<sup>775</sup> REILLY (2019: 1157).

<sup>776</sup> *Vid.* Crime and Courts Act 2013, c. 22, § 8(7), sch. 17 (UK).

<sup>777</sup> REILLY (2019: 1157).

<sup>778</sup> REILLY (2019: 1158).

<sup>779</sup> REILLY (2019: 1158).

<sup>780</sup> REILLY (2019: 1158).

de individuos o hechos delictivos relacionados, la corte puede decidir por retardar la publicación.

De esta manera, se observa en la reglamentación del DPA del Reino Unido la creación de factores de control que eventualmente permiten la mitigación de riesgos apuntados por los críticos de la herramienta en Estados Unidos<sup>781</sup>. Hay una participación del Poder Judicial evaluando el interés en tener el acuerdo y las cláusulas acordadas. Aunque la Fiscalía tenga discrecionalidad para decidir, la participación del organismo judicial limita la amplitud de la decisión y potencialmente puede evitar que sean impuestas cláusulas desproporcionalmente onerosas o muy indulgentes, además de posibilitar un tratamiento homogéneo entro casos semejantes. Más allá de esto, la publicación de las decisiones de aceptar o no el acuerdo, sus términos, sus cambios y su adecuado cumplimiento también incremental el control de las actividades de la Fiscalía y del Poder Judicial. Aunque esta publicación sea, muchas veces, posterior al acto, la simple expectativa de control de la sociedad es un factor relevante para evitar el uso del poder de manera desviada. Además, esta actividad ayuda a que datos e información sean obtenidos para la evaluación del sistema a lo largo de los años, y permite la retroalimentación del sistema para realizar los ajustes necesarios.

### **5.6.2. Australia: implementación de la penal justicia negociada**

A través de la aprobación del *Crimes Legislation Amendment Bill 2017*, el parlamento australiano introdujo el programa de *deferred prosecution agreements*<sup>782</sup>. El cambio legislativo fue hecho considerando la participación del público en el proceso legislativo, además de llevar a cabo una consulta de distintas agencias y departamentos. En el proceso, fueron puestos para consulta y comentarios documentos específicos sobre DPA, como el *2016 Deferred Prosecution Agreements Public Consultation* y el *2017 Proposed Model for a Deferred Prosecution Agreement Scheme in Australia Public Consultation*<sup>783</sup>. En el régimen del programa, los acuerdos deben ser sometidos al análisis de una autoridad de aprobación que no es una corte<sup>784</sup>. Esta autoridad debe ser designada por el ministro competente y debe ser un ex miembro del Poder Judicial de la corte federal o de la corte

---

<sup>781</sup> Vid. apartados sobre las críticas a la colaboración de personas jurídicas en Estados Unidos.

<sup>782</sup> REILLY (2019: 1141).

<sup>783</sup> REILLY (2019: 1141). Vid. también Austl. Gov't, *Deferred Prosecution Agreement Scheme Code of Practice*, ATTORNEY- GEN.'S DEP'T: CONSULTATIONS, REFORMS & REVS., <https://www.ag.gov.au/Consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreement-scheme-code-of-practice.aspx> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Más información sobre acuerdos de colaboración y la responsabilidad de personas jurídicas en Australia, véase DEMING (2014: 27-29), FARRANT (2017), HILL (2003: 21) y PIETH & IVORY (2011).

<sup>784</sup> REILLY (2019: 1145).



estatal o del territorio australiano, además de tener conocimiento y experiencia necesaria para actuar en el oficio<sup>785</sup>. La autoridad responsable para empezar la negociación del DPA —el *Director of Public Prosecutions*— debe evaluar si negociar el acuerdo cumple el interés público<sup>786</sup>. Una vez acordadas las condiciones del acuerdo entre el director y el responsable de los hechos ilícitos, los términos son sometidos a la autoridad de revisión, que deberá evaluar si hacer el acuerdo está de conformidad con los intereses de la justicia y si los términos negociados son justos, razonables y proporcionales<sup>787</sup>. En el caso de que sea necesaria una revisión, se necesitará que el director y el acusado lo acuerden; y el director deberá enviar el documento con los cambios necesarios una vez más para la aprobación de la autoridad de revisión<sup>788</sup>. La aprobación de los cambios debe ser hecha bajo la evaluación de los mismos criterios: el interés de la justicia, además de la razonabilidad y proporcionalidad de los términos revisados<sup>789</sup>. El director es la autoridad responsable de evaluar la ejecución del DPA y, consecuentemente, determinar si hubo incumplimiento por parte del acusado<sup>790</sup>. El incumplimiento puede estar sujeta al cese inmediato de los términos del DPA. Sin embargo, esta decisión puede ser sometida al Poder Judicial que puede revocar la decisión de incumplimiento y regresar la validez al DPA<sup>791</sup>.

Los factores que deben ser observados por la Fiscalía en la decisión de hacer o no un acuerdo de colaboración están previstos en el *Prosecution Policy of the Commonwealth*<sup>792</sup>. Entre ellos, deben ser considerados el rol de la persona jurídica en el hecho ilícito, el hecho de hacer auto-reporte de los delitos, la extensión de la colaboración de la empresa con las investigaciones, incluso si hubo esclarecimientos sobre la conducta delictiva de individuos, además del historial de práctica de delitos de la persona jurídica<sup>793</sup>. En caso de que la decisión sea favorable, en el acuerdo deberá constar una exposición fáctica de los hechos relacionados con los delitos, la información de encerramiento del DPA, la cuantificación de la pena y multa que deberá pagar y las circunstancias que constituyen incumplimiento material del acuerdo. Además de esto, el acuerdo debe contener la

---

<sup>785</sup> REILLY (2019: 1145). *Vid.* también Crimes Legislation Amendment Bill 2017 (Cth) sch 2 pt 3, s 17G cl. 2 (Austl.).

<sup>786</sup> REILLY (2019: 1145).

<sup>787</sup> REILLY (2019: 1145), hablando del *Crimes Legislation Amendment Bill*.

<sup>788</sup> REILLY (2019: 1145).

<sup>789</sup> REILLY (2019: 1145).

<sup>790</sup> REILLY (2019: 1145).

<sup>791</sup> REILLY (2019: 1145). *Vid.* también Crimes Legislation Amendment Bill 2017 (Cth) sch 2 pt 3, s 17E cl. 1, cl. 2 (Austl.).

<sup>792</sup> Commonwealth Dir. of Pub. Prosecutions, *Prosecution Policy of the Commonwealth: Guidelines for the Making of Decisions in the Prosecution Process* (2016), [https://www.cdpp.gov.au/sites/g/files/net2061/f/Prosecution-Policy-of-the-Commonwealth\\_0.pdf](https://www.cdpp.gov.au/sites/g/files/net2061/f/Prosecution-Policy-of-the-Commonwealth_0.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>793</sup> REILLY (2019: 1149).

descripción de otras cláusulas relevantes acordadas y la aceptación por parte de la empresa de que, en caso de reconocimiento del incumplimiento del material acordado, el director deberá enjuiciar el caso inmediatamente<sup>794</sup>. Además de esas cláusulas obligatorias, el acuerdo también puede contener disposiciones acerca de la obligación de compensar a las víctimas, acerca de la donación de fondos a organizaciones benéficas o a un tercero, obligación para hacer la devolución de todas las ganancias obtenidas a través de las conductas, de que la empresa adecue sus políticas internas y capacitaciones para evitar la reincidencia y la obligación de cooperar con las autoridades en las investigaciones relacionadas<sup>795</sup>. También pueden constar los acuerdos derivados de la obligación de pagar los costes razonables a las autoridades con las negociaciones del DPA, las consecuencias del incumplimiento de las condiciones del acuerdo, además de cualquier otra condición que el director considere apropiada<sup>796</sup>.

El cambio legislativo también incluyó reglas de transparencia y acceso a la información relativa al DPA. Tras la aprobación del acuerdo, el director tiene que publicarlo en el sitio oficial de internet de la Fiscalía en un plazo de hasta diez días<sup>797</sup>. El director puede decidir por no hacer la publicación del acuerdo o hacerla parcialmente en el caso de que esto sea necesario para cumplir los intereses de la justicia. Si fuera el caso, el director puede decidir por no publicar ningún dato del DPA o hacer la publicación sin los datos de identificación de la persona jurídica involucrada o sin otra información que considere no deba ser divulgada al público<sup>798</sup>. La decisión debe evaluar si la publicación del DPA puede generar amenaza a la seguridad pública, puede perjudicar la investigación en curso o puede generar pérdidas o perjuicios al procesamiento justo de alguna organización. Además, también debe ser evaluado si la publicación implica un incumplimiento de la decisión judicial<sup>799</sup>. El director también puede decidir por publicar el acuerdo, total o parcialmente, más adelante, si considera que eso cumple el interés de la justicia<sup>800</sup>.

El modelo de colaboración con personas jurídicas a cambio de reducción de pena, en Australia, considera necesario el control del DPA por una autoridad externa a la Fiscalía. La autoridad de control no es el Poder Judicial, debe ser una autoridad específicamente designada para el hecho, con previa experiencia en el Poder Judicial y conocimiento necesario para la evaluación de los acuerdos. Esta estructura aparenta algunas ventajas,

---

<sup>794</sup> REILLY (2019: 1152-53).

<sup>795</sup> REILLY (2019: 1153).

<sup>796</sup> REILLY (2019: 1153).

<sup>797</sup> *Vid.* Crimes Legislation Amendment (Combating Corporate Crime) Bill 2017 (Cth) sch 2 pt 2 item 17D(7) (Austl.). *Vid.* también REILLY (2019: 1156).

<sup>798</sup> REILLY (2019: 1156).

<sup>799</sup> REILLY (2019: 1156).

<sup>800</sup> REILLY (2019: 1156).

por un lado, la evaluación del acuerdo no estará dispersa en diversas cortes o en diversas autoridades judiciales, estará concentrada en una instancia de control fuera de la Fiscalía y con centralización de autoridad. Esta centralización permite que las decisiones para aceptar los términos del DPA tengan una mayor homogeneidad, caso contrario de lo que podría ocurrir si diversas autoridades judiciales estuvieran responsables por el control, cada una responsable por casos distintos. Otra ventaja es que la autoridad de control no está vinculada a la Fiscalía, y en esos términos se reducen potencialmente tensiones corporativas e institucionales. Además, el control implica evaluación del cumplimiento de la justicia y razonabilidad del acuerdo, lo que posibilita —en términos abstractos— que sea mitigado el riesgo de condiciones muy favorables u onerosas a las personas jurídicas. En este aspecto, el control mitiga la discrecionalidad de la Fiscalía en la decisión de ofrecer o no un acuerdo<sup>801</sup>. La publicación de los acuerdos, a través de transparencia activa, también es un importante factor para mitigación de eventuales problemas en el desarrollo de acuerdos de colaboración con personas jurídicas<sup>802</sup>.

### **5.6.3. Canadá: nuevo programa de acuerdos**

Canadá adoptó un cambio en su legislación para crear el *Remediation Agreements*, una nueva forma de DPA<sup>803</sup>. La finalidad del nuevo régimen fue posibilitar un balance entre la implementación de medidas de cumplimiento y la responsabilidad de personas jurídicas involucradas en actos ilícitos, y preservar los derechos de inocentes, como empleados e inversores, de los efectos negativos de la condena criminal de las personas jurídicas<sup>804</sup>. El cambio se tradujo en alteraciones al *Integrity Regime* de Canadá, tras consulta pública, y fue aprobado en junio de 2018<sup>805</sup>. Después de la negociación entre la Fiscalía y la persona jurídica, el acuerdo deberá ser sometido al Poder Judicial para tener validez<sup>806</sup>. Tres factores deben ser evaluados por la autoridad judicial en el control del acuerdo, el primero, el resarcimiento o reparación de daños a las víctimas, o las explicaciones por

---

<sup>801</sup> Concentrar la decisión en el director también parece favorable para incrementar la homogeneidad, y la existencia de factores de justicia y razonabilidad de su decisión tienen potencial de reducir desvíos en las decisiones.

<sup>802</sup> *Vid.* apartado sobre crítica al sistema de colaboración con personas jurídicas en Estados Unidos.

<sup>803</sup> REILLY (2019: 1141) y HARRINGTON (2019: 104).

<sup>804</sup> De acuerdo con informe de prensa del gobierno. *Vid.* News Release, Pub. Servs. & Procurement Can., Canada to Enhance Its Toolkit to Address Corporate Wrongdoing (Mar. 27, 2018), <https://www.canada.ca/en/public-services-procurement/news/2018/03/canada-to-enhance-its-toolkit-to-address-corporate-wrongdoing.html> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>805</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>806</sup> REILLY (2019: 1146).

las cuales la Fiscalía determinó inapropiado el resarcimiento<sup>807</sup>. El segundo, las explicaciones de la Fiscalía en el caso de haber decidido no informar a las víctimas sobre el inicio de las negociaciones del acuerdo o sobre los términos acordados<sup>808</sup>. En tercer lugar, la autoridad judicial debe evaluar los impactos a la víctima y a la comunidad<sup>809</sup>. La autoridad judicial debe aprobar el acuerdo, si considera que sus términos están de conformidad con el interés público, y que se traducen en obligaciones justas, razonables y proporcionales<sup>810</sup>.

Eventualmente la Fiscalía puede solicitar modificaciones en los términos del acuerdo, el Poder Judicial debe reevaluar los mismos elementos de interés público, justicia y proporcionalidad<sup>811</sup>. En caso de incumplimiento, la Fiscalía debe proponer a la autoridad judicial la solicitud de rescisión del acuerdo. Con la decisión favorable de la corte, la Fiscalía puede empezar inmediatamente la imputación por los hechos ilícitos<sup>812</sup>. Al final de la ejecución, de las condiciones y términos del acuerdo, la Fiscalía debe proponer al Poder Judicial que lo declare cumplido por parte de la persona jurídica<sup>813</sup>. Si la corte aprueba el cumplimiento, los procedimientos de imputación serán considerados no iniciados y ninguna otra medida de enjuiciamiento podrá ser adoptada contra la persona jurídica por los mismos hechos<sup>814</sup>. Con esta decisión, el caso estará finalmente cerrado para la persona jurídica.

La Fiscalía debe evaluar la presencia de cinco condicionantes para hacer acuerdo de colaboración con la persona jurídica. El primero, debe haber una expectativa por parte de la Fiscalía de que el caso resultaría en condena<sup>815</sup>. El segundo, el fiscal debe creer que los hechos probablemente no causarían ni lesiones corporales graves o muerte, ni perjuicio a la defensa nacional o a la seguridad nacional<sup>816</sup>. En tercer lugar, el fiscal debe creer que los delitos no fueron cometidos bajo la dirección, asociación o para el beneficio de organizaciones criminales o grupos terroristas<sup>817</sup>. El fiscal también debe considerar que la decisión de realizar el acuerdo cumpla con el interés público y que es apropiada para la situación fáctica<sup>818</sup>. Además, el abogado-general también debe concordar con la negociación del acuerdo<sup>819</sup>. En estos

---

<sup>807</sup> REILLY (2019: 1146). *Vid.* también Budget Implementation Act, 2018, No. 1, § 715.37(3)(a), S.C. 2018, c 12 (Can.).

<sup>808</sup> *Id.* § 715.37(3)(b).

<sup>809</sup> *Id.* § 715.37(3)(c).

<sup>810</sup> REILLY (2019: 1146).

<sup>811</sup> REILLY (2019: 1146).

<sup>812</sup> REILLY (2019: 1146).

<sup>813</sup> REILLY (2019: 1146).

<sup>814</sup> REILLY (2019: 1146).

<sup>815</sup> Budget Implementation Act, 2018, No. 1, § 715.32(1)(a), S.C. 2018, c 12 (Can.).

<sup>816</sup> *Id.* en § 715.32(1)(b).

<sup>817</sup> *Id.*

<sup>818</sup> *Id.* en § 715.32(1)(c).

<sup>819</sup> *Id.* en § 715.32(1)(d).

términos, se observan tres condiciones negativas relacionadas a las gravedades de la conducta o de su repercusión que, si presentes, implican la imposibilidad de realizar el acuerdo.

Para la evaluación de la cuarta condicionante —el cumplimiento del interés público— la ley prevé nueve factores. El primero de ellos, las circunstancias bajo las cuales el gobierno conoció las presuntas irregularidades<sup>820</sup>. El segundo, la naturaleza y gravedad de la presunta conducta y su impacto en las potenciales víctimas<sup>821</sup>. También debe ser evaluada la extensión de la participación de los directivos y gerentes de la empresa en los supuestos delitos<sup>822</sup>, además de la eventual actuación de la empresa al haber implementado sanciones disciplinarias a los empleados y directivos involucrados<sup>823</sup>, y de haber adoptado medidas de mitigación o reparación de los perjuicios y daños causados o para prevenir la repetición de las irregularidades<sup>824</sup>. El sexto factor para evaluar es si la empresa prestó información sobre los individuos responsables por los hechos ilícitos o si está disponible a hacerlo<sup>825</sup>. El fiscal responsable también debe considerar si la empresa o sus representantes recibieron condenas o sanciones por irregularidades semejantes tanto en Canadá como en otros países, incluso en el caso de la existencia de acuerdos para remediar dichas conductas<sup>826</sup>. Además, debe ser verificado si la persona jurídica es sospechosa de haber cometido otras conductas indebidas, incluso conductas no pasibles de acuerdo<sup>827</sup>. Por último, el fiscal puede evaluar otro factor que considere relevante para la decisión del caso<sup>828</sup>.

Entre los términos del acuerdo, la Fiscalía tiene que hacer constar la descripción de los hechos relacionados con la supuesta irregularidad, así como la concordancia por parte de la empresa de no hacer declaraciones de prensa negando los hechos<sup>829</sup>. El acuerdo tiene que contener una cláusula de aceptación de responsabilidad por parte de la empresa y del compromiso de hacer los suficientes esfuerzos para la identificación de los individuos responsables por los hechos delictivos, además de la aceptación para colaborar con las investigaciones, imputaciones criminales u otros procedimientos relacionados con los hechos, incluso suministrando información o testimonio<sup>830</sup>. En el acuerdo debe constar también la obligatoriedad de pérdida de propiedad, beneficio o ganancia obtenida a

---

<sup>820</sup> *Id.* en § 715.32(2)(a).

<sup>821</sup> *Id.* en § 715.32(2)(b).

<sup>822</sup> *Id.* en § 715.32(2)(c).

<sup>823</sup> *Id.* en § 715.32(2)(d).

<sup>824</sup> *Id.* en § 715.32(2)(e).

<sup>825</sup> *Id.* en § 715.32(2)(f).

<sup>826</sup> *Id.* en § 715.32(2)(g).

<sup>827</sup> *Id.* en § 715.32(2)(h).

<sup>828</sup> *Id.* en § 715.32(2)(i).

<sup>829</sup> REILLY (2019: 1153).

<sup>830</sup> REILLY (2019: 1153-54).

partir del delito, la imposición de multa financiera con especificación de cuantías a ser pagadas por la persona jurídica, el indicativo de resarcimiento y reparación a ser hecho para las víctimas del hecho ilícito —salvo si el fiscal considera expresamente indebida la reparación, en el caso deberá constar en el acuerdo las razones para ello<sup>831</sup>—.

La Ley también prevé una cláusula de obligatoriedad del pago de un 30 por ciento —u otra cuantía considerada adecuado por el fiscal— de la cuantía de la multa financiera por el hecho de haber víctimas. Las formalidades del reporte a la Fiscalía sobre la implementación de las condiciones también deben constar en el acuerdo, junto con la especificación de cómo la información obtenida a partir de la colaboración podrá ser utilizada, la mención de que el incumplimiento puede generar la desestimación del acuerdo y procedimientos de enjuiciamiento y la obligación de no utilizar las cuantías a ser pagadas para deducción de impuestos o tasas<sup>832</sup>. Por último, en el acuerdo debe constar la mención a la posibilidad de que el fiscal determine la revisión o terminación del acuerdo, bajo supervisión del organismo judicial, y el plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas<sup>833</sup>.

Las partes también pueden hacer constar en el acuerdo otras cláusulas facultativas. Entre ellas, la implementación o mejoría del sistema de cumplimiento, con la finalidad de cambiar políticas, procedimientos y capacitación para mitigar el riesgo de que los hechos delictivos ocurran; el resarcimiento de costes de la Fiscalía relacionados con la supervisión o la reparación de los daños durante la ejecución del acuerdo; la designación de un monitor independiente de las partes para informar directamente a la Fiscalía sobre el adecuado desarrollado de las obligaciones relacionadas con el sistema de cumplimiento o a otras condiciones del acuerdo; además de la obligatoriedad de la persona jurídica de adoptar las recomendaciones del monitor y hacer los pagos de los costes del monitoreo<sup>834</sup>. El monitor designado para evaluar la ejecución de las condiciones del acuerdo debe ser imparcial y debe ser seleccionado con la aprobación de la Fiscalía. La ley también prevé que esta figura no pueda ejercer sus actividades en caso de que exista conflicto de interés, debiendo informar cualquier relación pasada o presente con la persona jurídica o sus representantes que tenga potencial impacto en sus actividades<sup>835</sup>.

Con relación a la transparencia en el proceso de los acuerdos, la corte responsable de la aprobación debe publicar tan pronto sea posible el texto de las obligaciones de reparación aprobadas, así como la decisión judicial

---

<sup>831</sup> REILLY (2019: 1154).

<sup>832</sup> REILLY (2019: 1154).

<sup>833</sup> REILLY (2019: 1154).

<sup>834</sup> REILLY (2019: 1154-55).

<sup>835</sup> REILLY (2019: 1154-55). *Vid.* también Budget Implementation Act, 2018, No. 1, §§ 715.34(3)(c) y 715.35 (Can.).

de aprobar el acuerdo, modificarlo, desestimarlos por incumplimiento o de declararlo finalizado por su efectivo cumplimiento<sup>836</sup>. Las razones que fundamentan dichas decisiones también deben ser publicadas<sup>837</sup>. La corte tiene la posibilidad de reconocer que la publicación no debe ser realizada para salvaguardar los intereses de la justicia, y de esta manera evitar la disponibilidad del acuerdo, sus términos y condiciones, y de las decisiones judiciales relacionadas<sup>838</sup>. Para ello, la autoridad judicial debe considerar el interés de la sociedad en alentar a las personas para reportar delitos y el interés en que las víctimas tengan condiciones para participar en el proceso criminal y en la confección de la justicia<sup>839</sup>. La decisión de no publicar también debe considerar la necesidad de preservar la identidad de las víctimas o personas involucradas, en reportar los hechos indebidos y los impactos negativos en investigaciones o enjuiciamientos en curso<sup>840</sup>. Por último, debe ser evaluado si existe alternativa razonable a la decisión de no publicar, sus efectos negativos y positivos, además de otros factores que la corte considere relevantes para su evaluación<sup>841</sup>.

De esta manera, también se observa en el caso del nuevo sistema de Canadá, una preocupación de la pertinencia de publicar la información del acuerdo y de las decisiones judiciales y sus razones para aprobación, alteración y consideración del adecuado cumplimiento. Además, la ley contiene factores que deben ser evaluados por la Fiscalía en su decisión de proponer o no el acuerdo, que consideran incluso la gravedad de la conducta y la extensión de sus efectos en las víctimas. La evaluación del interés público por parte de la Fiscalía también debe ser hecho a partir de la consideración de factores legales, lo que, añadido a la supervisión judicial, garantiza que los acuerdos sean adoptados de manera homogénea, justificadas en el interés público y sin cláusulas desproporcionalmente gravosas o favorables a las personas jurídicas. La posibilidad de implementar mejoras al programa de cumplimiento, incluso con el visto bueno del monitor imparcial que reporte directamente a la Fiscalía, también es un régimen importante que debe garantizar una calidad técnica más, a los sistemas de cumplimiento y ayudar en el efectivo progreso de la cultura corporativa. Estas cláusulas tienen el potencial de mitigar algunos de los retos encontrados en el sistema de acuerdos con personas jurídicas de Estados Unidos, por ejemplo, la ausencia de control judicial o público de los acuerdos, el exceso de discrecionalidad de la Fiscalía en decidir si realizar o no un acuerdo, el exceso de obligaciones de cumplimiento planteadas por no-especialistas en la temática, además de mitigar la posibilidad de

---

<sup>836</sup> En el texto original *as soon as practicable*. *Id.* § 715.42(1)(a).

<sup>837</sup> *Id.* § 715.42(1)(b).

<sup>838</sup> *Id.* § 715.42(2).

<sup>839</sup> *Id.* § 715.42(3)(a).

<sup>840</sup> *Id.* § 715.42(3)(b)(c).

<sup>841</sup> *Id.* § 715.42(3)(d)(e)(f).

existencia de cláusulas desproporcionalmente favorables a las personas jurídicas<sup>842</sup>.

### 5.7. Otros sistemas penales y el *deferred prosecution agreement*

Francia adoptó en 2016 la Ley 2016-1691, sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica<sup>843</sup>. Conocida como la ley *Sapin II*, incluye una disposición sobre el acuerdo judicial de interés público —*convention judiciaire d'intérêt public*<sup>844</sup>—. La herramienta —considerada asemejada al DPA de Estados Unidos— permite que el fiscal ofrezca acuerdo judicial de interés público a personas jurídicas presuntamente involucradas en hechos de corrupción, tráfico de influencias o de lavado de activos relacionados con el fraude fiscal<sup>845</sup>. La ley no permite que los acuerdos sean propuestos a personas físicas<sup>846</sup>. Para tener validez, el acuerdo tiene que ser presentado en audiencia pública para revisión y aprobación por la corte de primera instancia y después, tiene que ser publicado en el sitio electrónico de la agencia anticorrupción francesa<sup>847</sup>. En la audiencia pública para decidir si tomar o no el acuerdo, pueden ser presentados los fundamentos de la persona jurídica supuestamente involucrada en los hechos delictivos y de las posibles víctimas<sup>848</sup>.

En Irlanda todavía no existe autorización para utilización de una herramienta asemejada al DPA. Sin embargo, desde 2016 el asunto está en discusión en las instancias responsables, dentro ellas, la *Law Reform Commission*<sup>849</sup>. En la discusión fueron planteadas preocupaciones del modelo de acuerdo con personas jurídicas de Estados Unidos, en especial debido a la ausencia de control —o casi ausencia de control— de los DPA<sup>850</sup>. Los argumentos presentados involucran los incentivos del sistema estadounidense, que permite a las personas jurídicas utilizar los fondos de los inversores para pagar al Estado para que este no produzca enjuiciamiento de los casos<sup>851</sup>. También fueron presentados a la comisión de reforma, comentarios respecto a la expectativa de que el sistema a ser

---

<sup>842</sup> *Vid.* también apartado sobre la crítica al sistema de Estados Unidos de colaboración.

<sup>843</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>844</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>845</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>846</sup> REILLY (2019: 1142) hablando de la *Loi 2016-1691* de 9 de diciembre de 2016.

<sup>847</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>848</sup> REILLY (2019: 1142).

<sup>849</sup> REILLY (2019: 1143) hablando de la implementación de la *Law Reform Commission* en el año 1975 y su corriente actuación en la materia de responsabilidad de personas jurídicas, en especial con la aprobación del informe *Regulatory Enforcement and Corporate Offences*. *Vid.* también *Law Reform Comm'n, Issues Paper: Regulatory Enforcement and Corporate Offences* (2016) (Ir.).

<sup>850</sup> REILLY (2019: 1143).

<sup>851</sup> REILLY (2019: 1143) mencionando comentario presentado como respuesta a las indagaciones de la *Law Reform Commission*.



quizás implementado garantice transparencia en el proceso de negociación<sup>852</sup>. Otros comentarios recibidos mencionan el interés de que el modelo implementado sea asemejado al modelo del Reino Unido — garantizando monitoreo del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial— contrario al modelo de Estados Unidos<sup>853</sup>. Con ello se consideraría la preservación de las personas jurídicas y de los empleos que proporcionan, sin generar daños a la confianza del público en las autoridades<sup>854</sup>.

Japón es otro país que adoptó recientemente herramientas de justicia negociada para colaboración con los involucrados en los delitos. El sistema de acuerdos fue implementado en 2018, tras reformas legislativas que buscan diversificar los medios de producción y obtención de pruebas<sup>855</sup>. De esta manera, los acuerdos son una de las nuevas herramientas adoptadas en el sistema japonés. El acuerdo, negociado entre la Fiscalía y el presunto acusado, debe generar pruebas o evidencias de delitos, ayuden en las investigaciones o al enjuiciamiento de un caso contra un tercero<sup>856</sup>. El colaborador —y el tercero— puede ser persona física o persona jurídica<sup>857</sup>. A cambio de la colaboración, la Fiscalía acuerda en reducir o desestimar los cargos contra el colaborador. Es interesante que se observe que justo antes de la aprobación del sistema, fiscales japoneses negociaban colaboración con involucrados en delitos de manera informal. Sin embargo, la práctica era criticada por su ilegalidad y por su potencial efecto al distorsionar la verdad sobre los hechos<sup>858</sup>. Hay una lista específica de los delitos sobre los cuales puede haber acuerdo, y otra lista sobre los cuales debe haber colaboración con las investigaciones<sup>859</sup>. Para aceptar la colaboración, el fiscal debe evaluar la relevancia de la información suministrada, incluso después de haber firmado el acuerdo, la gravedad de los crímenes practicados por los terceros investigados, entre otros factores que considerados relevantes<sup>860</sup>.

Singapur es otro país que recientemente adoptó acuerdos de colaboración con personas jurídicas a cambio de mitigación de penas. El cambio fue hecho a través de la reforma del sistema criminal aprobado en

---

<sup>852</sup> REILLY (2019: 1143).

<sup>853</sup> REILLY (2019: 1143) hablando de los comentarios suministrados por la *Law Society*, una organización responsable por actividades de educación, disciplinarias y de regulación de abogados.

<sup>854</sup> REILLY (2019: 1143).

<sup>855</sup> *Vid. Introduction of a Bargaining System to Japanese Criminal Procedure*, Backer McKenzie, 1 (21 de setiembre de 2019), [https://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/ClientAlert\\_180921\\_Japanese\\_Plea\\_Bargaining\\_System\\_E.pdf](https://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/ClientAlert_180921_Japanese_Plea_Bargaining_System_E.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>856</sup> *Id.*

<sup>857</sup> *Id.*

<sup>858</sup> *Id.*

<sup>859</sup> *Id.* en 2

<sup>860</sup> *Id.* en 3

marzo de 2018<sup>861</sup>. Los acuerdos, que tienen la forma del DPA, solamente pueden ser realizados con personas jurídicas, no con personas físicas<sup>862</sup>. Para su validez, hace falta la aprobación judicial, y la decisión del juez que debe considerar si el acuerdo está de conformidad con el interés de la justicia y si los términos negociados son justos, razonables y proporcionales<sup>863</sup>.

Es interesante observar que, también en los casos de los países mencionados, en los cuales existe una reciente implementación de herramientas de justicia negociada, o al menos una disposición de implementar dichas herramientas, hay una preocupación de los límites y las consecuencias de la utilización de acuerdos en el sistema jurídico. Por un lado, hay una evidente preferencia por tener reglas condicionantes a la decisión de la Fiscalía en proponer o aceptar el acuerdo. Estas condiciones se relacionan con la gravedad de los hechos delictuosos, la efectividad de la colaboración, además del resarcimiento a los daños. Así, en todos los casos, la discrecionalidad de la Fiscalía está limitada a la observación del interés público. Esta limitación ocurre, en algunos casos, a través de la presentación de justificaciones, o en otros casos, a través de la propia limitación legal. Por ejemplo, Japón no permite acuerdo para determinados delitos, y restringe los delitos sobre los cuales debe ocurrir la colaboración. Por otro lado, los sistemas jurídicos también consideran la necesidad de control de la actividad de negociación, salvo en el caso de Japón, en que la decisión aparenta estar a cargo únicamente del fiscal<sup>864</sup>, en todos los otros sistemas mencionados hay la preocupación de supervisión por autoridad judicial, por autoridad superior o por autoridad central. La publicación de los acuerdos también es una preocupación común de los países, que seguramente incrementa el control de las actividades de negociación.

Estos cambios parecen planteados para mitigar algunos de los retos de los *plea bargain* del sistema estadounidense. Además, muchas de esas leyes fueran aprobadas a partir de alguna consulta pública o consulta a organizaciones de actuación relacionadas con el sistema criminal<sup>865</sup>. Estos cuidados en el desarrollo de los cambios legislativos parecen cruciales para la utilización de justicia negociada para no afectar desproporcionalmente la confiabilidad del sistema criminal. Es importante observar que, de acuerdo con los críticos, el sistema de Estados Unidos, de colaboración amplia con personas jurídicas parece padecer de estas condicionantes<sup>866</sup>.

---

<sup>861</sup> REILLY (2019: 1144). *Vid.* también Criminal Justice Reform Act (Bill No. 14/2018) § 35 (Sing.), alterando el capítulo 68 del Código de Proceso Criminal.

<sup>862</sup> REILLY (2019: 1144).

<sup>863</sup> REILLY (2019: 1144).

<sup>864</sup> *Vid.* HAYAKAWA & OHASHI (2019).

<sup>865</sup> REILLY (2019: 1158).

<sup>866</sup> REILLY (2019: 1158).

## **6. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA**

La crisis en el sistema de justicia deriva en el intento de resolver los litigios sin tener que utilizar de manera completa un proceso penal. En este sentido, la colaboración del investigado por la práctica de delito, ya sea persona física o jurídica, es considerada una vía de justicia negociada relevante y en crecimiento continuo. Dicha expansión tiene un fundamento pragmático: hay ventajas y desventajas en no utilizar el proceso tradicional, en este caso el criminal, lo que resulta en una mayor rapidez y eficacia en la resolución de los casos criminales. Dichas ventajas y desventajas están relacionadas con el cumplimiento del interés público, tanto para los investigados como para las víctimas. Con relación al interés público, distintas ventajas son identificadas, entre ellas, la ayuda en las investigaciones, que aumenta el ámbito subjetivo y objetivo de la imposición de responsabilidad y demás consecuencias relacionadas, como el resarcimiento por daños y recomposición de fondos públicos. Además, la justicia negociada también permite que el sistema criminal actúe en un número mayor de casos sin producir un incremento significativo del trabajo de los jueces, y del uso de tiempo y de recursos.

La colaboración como justicia negociada también permite a los acusados tener mayor control de su caso y permite una sensación de “arrepentimiento” o de cambio de actitud con relación a los hechos ilícitos practicados. Además, permite que los acusados no sufran las consecuencias de la marcha procesal y sus efectos negativos, garantizando la reducción de gastos en abogados y defensa. En los casos de la responsabilidad de personas jurídicas, la justicia negociada también permite reducir el impacto negativo del delito en la imagen de la empresa y reducir otros costes relacionados con la defensa —incluso costes colaterales de la imputación por delitos, como suspensión de contratos—. La colaboración también tiene hipotéticas ventajas para las víctimas, a través de la reducción de su exposición en el desarrollo de las actuaciones procesales al posibilitarles evitar actuar en juicio como testigos y al garantizarles una solución más rápida del caso.

En la actualidad, conforme a la práctica de los países expuesta, podemos colegir que no hay un estándar de colaboración de los investigados con las autoridades. O a lo mejor lo que se identifica es una diversidad en los modelos de herramientas de justicia negociada para los casos de la práctica de delitos. Es importante observar que esta diversidad de modelos genera una ausencia de uniformidad de tratamiento de los países ante de un mismo caso transnacional, por ejemplo, de corrupción transfronteriza. Además, es importante también recordar que tampoco existe un concepto homogéneo internacional sobre el estándar de responsabilidad de las personas jurídicas por la práctica de delitos<sup>867</sup>.

---

<sup>867</sup> VERRYDT (2014: 285-286).

En este contexto, y considerando especialmente la responsabilidad y la colaboración de personas jurídicas en los casos de corrupción, los países implementaron y siguen haciendo cambios en sus sistemas jurídicos para adecuarse a obligaciones de Derecho Internacional. Algunas de estas obligaciones son más amplias, o menos precisas, como las recomendaciones para sensibilizar a la sociedad privada respecto a la necesidad de tener controles internos. Otras son muy específicas y exigen, por ejemplo, que los países adopten criterios de responsabilidad de las personas jurídicas y estándares que permitan la colaboración de los presuntos responsables con las investigaciones. El núcleo de todo ello es que los países acojan obligaciones internacionales que incrementen efectivamente la lucha contra la corrupción y que respeten sus tradiciones jurídicas. Muchos de los países, conforme a lo mencionado, plantearon herramientas de colaboración con el intento de mitigar posibles desventajas de la colaboración para el sistema de justicia criminal. En este sentido, algunas de las herramientas de colaboración tienen una utilización muy restrictiva con relación a los sujetos que pueden colaborar, a los casos en los cuales puede haber colaboración y a los efectos o requisitos necesarios para colaborar.

Las obligaciones internacionales presentes en las convenciones sobre corrupción tuvieron gran influencia del modelo de Estados Unidos. Como consecuencia, los modelos adoptados por los países también sufren influencia estadounidense. Es importante destacar, en este sentido, que las convenciones mencionadas y los cambios de ley demuestran una influencia no sólo de la ley estadounidense, sino también de los retos y efectos indeseables identificados en EE.UU. Así, diversos países plantearon sus herramientas de manera más restrictiva, con la finalidad de prevenir algunos efectos observados en el sistema estadounidense.

Esto demuestra que el sistema estadounidense de colaboración de personas jurídicas en casos de delitos es una fuente importante de casos y de normas sobre el tema. No solo en lo que se refiere a la ley, sino también a la forma de actuación de las instituciones y a los efectos que pueden ser observados en dicho sistema. Al ser el primer país en adoptar dichas estrategias para los casos de responsabilidad de personas jurídicas en casos de soborno, incluso transnacional, el modelo estadounidense ha sido muy prolífico, con el paso del tiempo, en el número de casos y en los cambios y reformas legislativas e institucionales. Por ello, el planteamiento del sistema estadounidense, pasando por la amplia discrecionalidad de su Fiscalía hasta llegar a las críticas —o desventajas— que la amplia utilización de las herramientas de justicia negociada genera, es de esencial importancia en el análisis de la colaboración de las personas jurídicas.

## CAPÍTULO III. LA COLABORACIÓN EN EE.UU.

### 1. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de soluciones para los problemas y desafíos de la sociedad hace que el desarrollo de los sistemas jurídicos sea dinámico y que constantemente se hagan cambios y mejoras. De esta manera, los sistemas jurídicos no son productos finalizados, definitivos: son *works in progress* que requieren ajustes y el desarrollo de nuevas herramientas para hacer frente a las demandas sociales. En este aspecto, aunque el sistema estadounidense sea fuente de la expansión internacional de herramientas de justicia negociada como el *plea bargaining* y sus acuerdos relacionados, dichas instituciones tampoco surgieron instantánea o aisladamente. En realidad, los *plea bargaining* y los *guilty pleas* de la actualidad son fruto de un largo desarrollo histórico en el cual algunas características específicas de los sistemas de *common law* fueron factores clave; que no se repitieron de igual modo en los sistemas de *civil law*. Este desarrollo, que en el sistema jurídico empieza incluso antes de la noción de Estados Unidos como nación, exigió esfuerzos de los Poderes Legislativo, Judicial y también Ejecutivo, en una dinámica por intentar ajustar el sistema jurídico —en especial el sistema criminal— a las demandas de la sociedad norteamericana.

Específicamente con relación a la colaboración de personas jurídicas por hechos de corrupción, Estados Unidos ha pasado a ser el modelo a seguir por diversos motivos. En primer lugar, porque empieza a utilizar herramientas de justicia negociada en un porcentaje elevado de casos. En segundo, porque comienza a aplicar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, con la finalidad de prevenir y reprimir delitos cometidos. En tercero, por ser el gran influyente en la expansión de la responsabilidad de las personas jurídicas por la práctica de corrupción y soborno transnacional.

Es interesante observar que el interés en *exportar* la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción está relacionado con el deseo estadounidense de garantizar un estándar de competitividad legítimo en los negocios internacionales. La legislación estadounidense desde finales de la década de los setenta del siglo pasado consideraba el delito del soborno transnacional, de manera que las propias empresas estadounidenses estaban en una situación de desigualdad con la competencia internacional, sujetas a imputación por delito de soborno en contratos nacionales e internacionales, mientras otros países no criminalizaban sus empresas

involucradas en soborno transnacional<sup>868</sup>. Esto llevó Estados Unidos a actuar no sólo como gobierno, sino también como *agente en el mercado* en la lucha para establecer estándares globales de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción y soborno. Cabe señalar, que en el mismo período Estados Unidos sufría influencia de los sistemas de Europa continental en las reformas de derechos y garantías relacionadas al debido proceso<sup>869</sup>. Con ello, Estados Unidos se traduce como el estudio de caso más completo: es el sistema que influenció el desarrollo de diversas normas de justicia negociada en el Derecho Internacional y en otros países. Asimismo, es una gran potencia económica, con una gran cantidad de casos, una fuerte influencia política y que representa la primacía en aprobación de una ley con la finalidad de luchar contra el soborno transnacional.

No obstante, el hecho de ser el *caso* a ser estudiado significa la necesidad no sólo de identificar formalmente cómo funciona el sistema estadounidense, sino también de identificar sus fallos y defectos y la importancia de las características propias de su sistema jurídico y criminal en el desarrollo de las herramientas bajo análisis. De hecho, la comprensión de este sistema puede permitir una mejor visión de lo que significa tener un sistema criminal basado en justicia negociada, los desafíos de ello y los factores determinantes para que esto ocurriera en Estados Unidos. En especial considerando que, a diferencia de un sistema de *civil law*, el rol del Poder Judicial estadounidense, especialmente de la Suprema Corte, es tradicionalmente más amplio en las actividades de formación de la ley a través del *case law*<sup>870</sup>, lo que se tradujo en un desarrollo peculiar de derechos constitucionales y procesales.

Este capítulo sobre la colaboración en Estados Unidos empieza con un antecedente del desarrollo de la colaboración, ubicado en la sección 2, y que fue dividida en dos partes: una sobre la inicial no aprobación de la justicia negociada por la Suprema Corte y otra sobre el cambio en el precedente legal. A partir de este análisis histórico se exponen algunas de las críticas generales del sistema de justicia negociada, en la sección 3, como la asimetría del poder en la negociación, la confesión falsa de inocentes y las consecuencias negativas para los investigados que no desean firmar acuerdos. En la sección 4 son presentadas las principales críticas de la negociación de colaboración con personas jurídicas, como el potencial para generar perjuicio económico, la falta de supervisión y control de los acuerdos y algunas discrepancias apuntadas sobre la utilización de la colaboración. Finalmente, en la sección 5 son presentadas algunas conclusiones específicas.

---

<sup>868</sup> BOISTER (2018: 150).

<sup>869</sup> VOGLER (2005: 154-155).

<sup>870</sup> SCHOENBAUM (2016: 6-8) hablando de la mayor importancia de la autoridad judicial en Estados Unidos en establecer el precedente, como la ley para el tipo del caso.

## 2. HISTORIA DE LA COLABORACIÓN Y DE LA CONFESIÓN

El término *justicia negociada*, es decir, la justicia hecha a través de acuerdos de colaboración tiene un contenido un poco irónico porque existe una expectativa de que la resolución judicial de conflictos sea *necesaria* ante la imposibilidad de resolución amigable de alguna disputa, mientras la negociación es una manera de llegar a una resolución *amigablemente*. En ese sentido, la necesidad de utilizar el sistema judicial implicaría, tradicionalmente, la imposibilidad de alcanzar la resolución a través de un acuerdo, o sin la intermediación del Poder Judicial —o de la autoridad o de la Administración—. No obstante, la expresión *justicia negociada* no necesariamente subvierte esa lógica, puesto que ponerse de acuerdo tras una negociación significa que las dos partes aceptaran las condiciones una de la otra<sup>871</sup>.

Esto es más simple y tradicional cuando las partes estuvieren negociando intereses y derechos sobre los cuales tuvieran amplia autonomía para comprometerse. Esta lógica parece adecuada en la negociación de derechos disponibles, de derechos meramente privados sin ninguna connotación de interés público. Sin embargo, incluso en Estados Unidos — en el cual la Fiscalía tiene la posibilidad de negociar el cumplimiento del interés público basado en factores metajurídicos<sup>872</sup>— la función del fiscal no es una de simple parte. El fiscal actúa en el sistema acusatorio como celoso abogado y como autoridad con el deber de asegurar la ejecución de la justicia<sup>873</sup>.

En Brasil el proceso criminal también se desarrolla en el sistema acusatorio<sup>874</sup>, y la Fiscalía está sujeta —bajo la regla general— al principio de la indisponibilidad de la acción<sup>875</sup>. Hay alguna mitigación del referido principio, para los hechos de menor potencial ofensivo o de delitos relacionados a especial interés de la víctima<sup>876</sup>. No obstante, por la propia naturaleza del interés público en la persecución penal, la Fiscalía tiene la obligación de promover la acción penal, no prevaleciendo en Brasil el principio de la oportunidad<sup>877</sup>. En el sentido del cumplimiento del interés público, la Fiscalía también tiene el deber de recomendar al juez que desestime el proceso del caso si percibe, en los momentos procesales adecuados, que no hay pruebas para su continuidad<sup>878</sup>. En este aspecto, también se observa el complejo rol del fiscal, que además de actuar como

---

<sup>871</sup> *Vid. supra* nota 378 sobre la colaboración del involucrado sin negociación en Estados Unidos.

<sup>872</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 34) explicando los factores que deben ser utilizados por la Fiscalía en Estados Unidos.

<sup>873</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 48).

<sup>874</sup> CAPEZ (2012: 159 y 547).

<sup>875</sup> CAPEZ (2012: 67).

<sup>876</sup> CAPEZ (2012: 78).

<sup>877</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>878</sup> CAPEZ (2012: 160-162).

parte en el proceso penal, con el deber de proponer la acción, tiene el deber de evaluar el interés público y el principio de legalidad, con una búsqueda por la confección de justicia, es decir, dejar claro que no está lidiando con derechos suyos ni tampoco con derechos disponibles.

Los ordenamientos jurídicos mencionados explicitan la complejidad del rol de la Fiscalía —en especial en sistemas acusatorios—. Este rol podrá ser, en mayor o menor medida, análogo en los sistemas inquisitivos o en los sistemas mixtos —puesto que en algún momento una de las partes tendrá el rol de investigar y acusar<sup>879</sup>—. El papel de la Fiscalía y esta mayor o menor discrecionalidad están relacionados con los ideales modernos de la justicia penal: con la necesidad de cumplir el clamor por prevenir la delincuencia, por pacificar las relaciones sociales, por castigar a los delincuentes y posibilitarles la debida reinserción en la sociedad<sup>880</sup>.

En el caso de Estados Unidos, la atribución por el sistema jurídico de amplia discrecionalidad a la Fiscalía en la confección del interés público fue relevante para que surgiera la colaboración con los sospechosos y las primeras piezas de la justicia negociada que funciona en la actualidad. La otra pieza necesaria para la evaluación de la colaboración y la resolución de conflictos relacionados al interés público —en el *plea bargaining*— es la confesión<sup>881</sup>. *Rex v. Warickshall*<sup>882</sup>, un caso inglés que data de 1783, es considerado el caso más notorio del *common law* respecto de la confesión y su surgimiento como modalidad de colaboración con la justicia penal<sup>883</sup>. La importancia del caso está en la decisión de la corte inglesa, de que una confesión a cambio de un favor o ventaja es impropia e inadmisibles<sup>884</sup>. La Corte consideró que tanto la promesa de esperanza como la amenaza de tortura genera la necesidad de que se desestime a la confesión forzada<sup>885</sup>. Así se mezcla el desarrollo histórico del *guilty plea* y de la confesión<sup>886</sup>, en una decisión que resulta en la no aceptación de la confesión a cambio de una ventaja. Con esta decisión empieza la formación (en el *common law* de Inglaterra) del concepto de que confesión y asunción de culpa —*guilty plea*— tienen que ser voluntarios<sup>887</sup>.

---

<sup>879</sup> CAPEZ (2012: 84-85).

<sup>880</sup> GRECO (201734-36).

<sup>881</sup> Una cuestión de menor interés para la historia de la colaboración y de la justicia negociada es el surgimiento de la confesión. Para efectos de ese análisis, la confesión será utilizada a partir de su relación con la discrecionalidad y la posibilidad de que la confesión represente una verdadera justicia negociada.

<sup>882</sup> (1783) 168 Eng. Rep. 234, 1 Leach 263.

<sup>883</sup> DERVAN (2012: 65).

<sup>884</sup> DERVAN (2012: 65).

<sup>885</sup> DERVAN (2012: 65-66).

<sup>886</sup> Para más sobre *guilty plea* y confesión de los acusados, *vid.* apartados siguientes.

<sup>887</sup> ALSCHULER (1979: 12) y DERVAN (2012: 66).



### 2.1. Doctrina inicial de la Suprema Corte

La historia de la justicia negociada *moderna* en sede de responsabilidad penal se confunde —¿o sería la misma? — con la historia del desarrollo del *plea bargaining* en Estados Unidos. Un factor importante para observar es que, incluso en el sistema estadounidense, la confesión y la negociación de colaboración no son herramientas utilizadas tradicionalmente a lo largo de toda la historia de la justicia criminal. A pesar, del surgimiento del concepto de confesión voluntaria en el proceso del *common law* de Inglaterra en el siglo XVIII el *plea bargaining* no fue de plano implementado oficialmente en Estados Unidos. El *common law* tradicionalmente negaba la posibilidad de aceptar una confesión —el *guilty plea*— si a ella correspondiera alguna promesa de ventaja<sup>888</sup>. En este sentido, el *common law* negaba el *plea bargaining* —que implica la negociación de la confesión a cambio de una ventaja—. En realidad, se estima que los principios tradicionales del *common law* eran frontalmente incompatibles con la concepción de *plea bargaining* desde, al menos, 1560 —fecha a la cual se remonta el primer tratado inglés sobre derecho criminal<sup>889</sup>—. La Suprema Corte de Estados Unidos aprobó la utilización de colaboración solamente en el año 1970<sup>890</sup>.

Esto demuestra que la herramienta de justicia negociada *plea bargaining* no es tan antigua como hace parecer los datos estadísticos del actual sistema criminal norteamericano, en el cual se estima que más del 90 por ciento de los casos penales nunca lleguen a juicio<sup>891</sup>. En la justicia federal, los datos apuntan a un 97 por ciento de casos resueltos a partir de la decisión de no contestar o de confesar la culpabilidad<sup>892</sup>. Aunque en la actualidad la importancia del instituto de la colaboración sea notable<sup>893</sup>, la colaboración no es tan vinculada a la historia del desarrollo del propio sistema de *common law*<sup>894</sup>. De hecho, en un primer momento, la Suprema Corte la consideró inconstitucional<sup>895</sup>.

Se estima que antes de los años 1800, la colaboración como *plea bargaining* no existía, empezando a desarrollarse entre el principio o la mitad del siglo XIX<sup>896</sup>. Hasta su aceptación definitiva por la Suprema Corte, los acusados, los jueces y los fiscales negociaban colaboración de manera no oficial<sup>897</sup>. En el caso *Hallinger v. Davis*<sup>898</sup>, que data de 1892, la Suprema

---

<sup>888</sup> DERVAN (2012).

<sup>889</sup> ALSCHULER (1979: 12) hablando del Staundforde's Pleas of the Crown.

<sup>890</sup> DERVAN (2012: 65).

<sup>891</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

<sup>892</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

<sup>893</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 6).

<sup>894</sup> Sobre otros países de *common law*, ver, por ejemplo, el desarrollo de mecanismos de DPA mencionados en el capítulo II.

<sup>895</sup> DERVAN (2012: 65).

<sup>896</sup> HALLER (1979: 280).

<sup>897</sup> DERVAN (2012: 65).

<sup>898</sup> *Hallinger v. Davis*, 146 U.S. 314, 324 (1892).

Corte de Estados Unidos adoptó el mismo estándar del *common law* de Inglaterra para la confesión —la necesidad de existencia de voluntariedad<sup>899</sup>—. Es interesante observar que, en este caso, el juez en primera instancia consideró tan inapropiado que un acusado confesara un delito y renunciara a su derecho al juicio, que aceptó el *guilty plea* bajo la condición de que Hallinger hablara de nuevo con su abogado. Solamente después de la nueva audiencia con su abogado y de una nueva audiencia personal con Hallinger, la corte aceptó su confesión y lo condenó a pena de muerte<sup>900</sup>. La Suprema Corte, en la apelación, consideró que la confesión no era inconstitucional y que fuera voluntaria —aunque no fuera sabia<sup>901</sup>—. En 1897, la Suprema Corte de nuevo evaluó la confesión y su voluntariedad en el caso *Bram v. United States*<sup>902</sup>. En este caso, también de asesinato como el de Hallinger, la Fiscalía intentó utilizar como prueba una confesión obtenida delante de la Policía<sup>903</sup>. Bram, sin embargo, informó al durante el juicio que su confesión había sido producida con base en amenazas<sup>904</sup>. La Suprema Corte, en su decisión, explicitó que el criterio de voluntariedad adoptado originalmente por el *common law* de Inglaterra, cual sea, de una confesión no podría ser marcada por ninguna especie de amenaza o violencia, ni tampoco por promesas directas o implícitas<sup>905</sup>. De esta manera, conforme el caso de Bram, la confesión debería ser libre y voluntaria para ser considerada válida<sup>906</sup>. Conforme a la información presentada a la Corte, el detective obtuvo la confesión en el caso de Bram mediante la promesa de mitigación de penalidad<sup>907</sup>. Con estas decisiones, la jurisprudencia de Estados Unidos definía posible, la confesión solamente si hubiera voluntariedad. En este sentido es importante observar que, no solo las amenazas eran prohibidas, también las promesas de ventajas. Las decisiones de la Suprema Corte significaban que la justicia no podría ser negociada, no había espacio constitucional para que la Fiscalía y el acusado, a partir de una confesión, negociaran una reducción de pena —porque eso sería una promesa, vedada por la Corte<sup>908</sup>—.

Un conjunto de casos nombrado los *Whiskey Cases* de 1878, también refuerzan el tratamiento prohibitivo del *plea bargaining* conforme a las decisiones de la Suprema Corte<sup>909</sup>. Los casos trataban de violación de reglas

---

<sup>899</sup> DERVAN (2012: 67).

<sup>900</sup> DERVAN (2012: 67).

<sup>901</sup> DERVAN (2012: 67).

<sup>902</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

<sup>903</sup> DERVAN (2012: 67).

<sup>904</sup> DERVAN (2012: 67).

<sup>905</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 545 (1897).

<sup>906</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 545 (1897).

<sup>907</sup> *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 565 (1897).

<sup>908</sup> DERVAN (2012: 68).

<sup>909</sup> DERVAN (2012: 68).

de pago de tasas relativas a la venta de bebidas alcohólicas<sup>910</sup>. En este tiempo, era posible que un acusado recibiera inmunidad del gobernador, por aceptar ser testigo contra sus cómplices<sup>911</sup>. En estos casos, todavía, la negociación ocurrió con la Fiscalía, y no con el gobernador. Los fiscales propusieron condiciones de colaboración a cambio de una reducción de pena, el acuerdo involucraba la actuación como testigo, la presentación de información y la confesión con relación a una imputación;<sup>912</sup> a cambio, los acusados recibirían inmunidad y tendrían las otras imputaciones desestimadas<sup>913</sup>. La Suprema Corte decidió no aceptar los acuerdos<sup>914</sup>. La conclusión no fue basada en la evaluación de la voluntariedad<sup>915</sup>, pero sí en el hecho de que los fiscales no tenían competencia para negociar y ponerse de acuerdo con los sospechosos<sup>916</sup>.

Estos casos demuestran que la Suprema Corte de Estados Unidos no aceptaba la negociación de mitigación de pena a cambio de confesión o colaboración, y diversas cortes de los estados federados juzgaban en el mismo sentido, prohibiendo el *plea bargaining*<sup>917</sup>. Esto no impidió que las partes continuaran haciendo acuerdos —a oscuras— y adoptando herramientas de colaboración a cambio de mitigación de la pena<sup>918</sup>.

En el caso *Kercheval v. United States*<sup>919</sup>, decidido en 1927, la Suprema Corte evaluó la oferta de ventaja hecha por la Fiscalía y decidió una vez más, por la importancia de la voluntariedad de la confesión. El acusado confesó haber cometido el delito y recibió una condena de tres años en la cárcel<sup>920</sup>. Sin embargo, la confesión obtenida por la Fiscalía había sido basada en la oferta de recomendar juez una sanción penal de tres meses<sup>921</sup>. A partir de la sentencia, el acusado hizo una petición a la corte para que implementara la promesa, quién se abstuvo de forzar el cumplimiento del acuerdo, pero autorizó al acusado que retirara su confesión<sup>922</sup>. Una vez fuera la confesión, el proceso retornó al rito ordinario del juzgado, en el cual el fiscal presentó la confesión original como prueba. Al final, Kercheval recibió de nuevo una condena de tres años en la cárcel<sup>923</sup>. En la apelación, la Suprema Corte negó el retiro de la confesión del proceso, decidiendo expresamente que la confesión —el *plea of guilty*— no era más que una mera confesión

---

<sup>910</sup> DERVAN (2012: 68).

<sup>911</sup> DERVAN (2012: 68).

<sup>912</sup> DERVAN (2012: 68).

<sup>913</sup> DERVAN (2012: 68).

<sup>914</sup> *Whisky Cases*, 99 U.S. 594, 606 (1878).

<sup>915</sup> DERVAN (2012: 69).

<sup>916</sup> *Whisky Cases*, 99 U.S. 594, 606 (1878).

<sup>917</sup> DERVAN (2012: 69).

<sup>918</sup> DERVAN (2012: 69).

<sup>919</sup> *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 221 (1927).

<sup>920</sup> DERVAN (2012: 70).

<sup>921</sup> DERVAN (2012: 70).

<sup>922</sup> DERVAN (2012: 69).

<sup>923</sup> DERVAN (2012: 69).

extrajudicial, pero si una verdadera condena en sí misma<sup>924</sup>. En este sentido, la decisión de la Suprema Corte mencionaba que, después de una confesión —*guilty plea*—, el juicio no tendría más que hacer que simplemente proferir la condena<sup>925</sup>. Conforme a la Suprema Corte, el rol del juicio en estas situaciones sería simplemente evaluar si la confesión fue hecha con comprensión de sus consecuencias y de manera voluntaria. Solamente en los casos en los cuales existiera evidencia de ignorancia, miedo o desconocimiento, la corte debería desestimar la confesión y seguir el flujo tradicional del proceso<sup>926</sup>.

Cabe resaltar, que había una desconexión entre la jurisprudencia de la Suprema Corte y la práctica en el sistema criminal, de manera que el número de casos de *plea bargaining* continuó incrementando a principios del siglo XX a partir del crecimiento del número de casos a ser juzgados por el sistema criminal de Estados Unidos<sup>927</sup>. Este crecimiento —a la sombra de la jurisprudencia de la Suprema Corte— se debía a algunos factores: 1) los jueces, los fiscales y los abogados de defensa percibieron que el *plea bargaining* proporcionaba la oportunidad de recibir y ocultar sobornos<sup>928</sup>. Datos demuestran que, en principios del siglo, el pago de soborno era necesario para garantizar ventajas en acuerdos<sup>929</sup>. En Chicago, por ejemplo, era común que *fixers* estuvieran afuera de las casas de audiencia, negociando acuerdos para acusados<sup>930</sup>. 2) el fenómeno de la *overcriminalization*, empezaba en Estados Unidos a cobrar fuerza, factor que incrementaba el número de casos a ser procesados por el sistema criminal<sup>931</sup>.

Aunque los fiscales ofrecían acuerdos a los sospechosos, la Suprema Corte solamente evaluó la justicia negociada de nuevo —los acuerdos de *plea*— en un caso de 1941, *Walker v. Johnston*<sup>932</sup>. Lo interesante de este caso es que la Suprema Corte consideró que la conducta del fiscal fue impropia, en un arreglo que, en los días actuales, sería considerado constitucional y adecuado<sup>933</sup>. El acusado confesó —*pleaded guilty*— y acordó una imputación de robo de banco con utilización de arma<sup>934</sup>. Fue condenado a doce años de prisión y recurrió a la condena —*writ of habeas corpus*—. En su defensa, Walker alegó que había confesado bajo amenaza de incremento de imputación en caso de que no confesara, y de mitigación

---

<sup>924</sup> *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 223-224 (1927).

<sup>925</sup> *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 223-224 (1927).

<sup>926</sup> *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 223-224 (1927).

<sup>927</sup> DERVAN (2012: 70).

<sup>928</sup> DERVAN (2018: 121).

<sup>929</sup> DERVAN (2018: 121).

<sup>930</sup> DERVAN (2018: 121).

<sup>931</sup> DERVAN (2018: 121).

<sup>932</sup> *Walker v. Johnston*, 312 U.S. 275 (1941).

<sup>933</sup> DERVAN (2012: 71).

<sup>934</sup> DERVAN (2012: 70).

de pena si cooperaba<sup>935</sup>. La Corte enfatizó que la amenaza del fiscal era que, si no confesaba, su sanción sería el doble de tiempo del propuesto para el acuerdo<sup>936</sup>. La Suprema Corte concluyó que el acusado sufrió coerción para confesar, mientras su voluntad era la de no confesar o de al menos hablar con un abogado. De esta manera, se decidió que no hubo una renuncia voluntaria al derecho de un abogado y hubo coerción para obtener la confesión, de manera que el acusado fue privado de sus garantías constitucionales<sup>937</sup>.

Irónicamente, este caso no hizo que los fiscales redujeran el ritmo de negociación de la colaboración. En realidad, hubo un incremento en la actividad del *plea bargaining*, y el volumen de actos de colaboración en las cortes ya era, en esta época, considerado imparable<sup>938</sup>. En *Waley v. Johnston*, solo un año después, la Suprema Corte mantuvo su decisión de la necesidad de voluntariedad de la confesión<sup>939</sup>. El hecho distinto del caso fue la alegación del acusado de que agentes del *Federal Bureau of Investigations* (FBI) lo habrían amenazado físicamente<sup>940</sup>. También habrían amenazado proveer evidencias falsas respecto a su conducta, para incitar el público y generar su condena a pena de muerte<sup>941</sup>. La decisión de la corte fue en el sentido de la imposibilidad de aceptación de la sentencia, reconociendo que la condena basada en un *plea of guilty* obtenido a partir de coerción por un agente federal no era distinta de la condena basada en cualquier confesión forzada<sup>942</sup>.

Un curioso evento ocurrió en 1958, con un caso que llegó a la Suprema Corte. En *Shelton v. United States*<sup>943</sup>, el acusado confesó su culpabilidad a una imputación, aunque hubiera mantenido su alegación de inocencia durante el proceso; su confesión se basó en la promesa de la Fiscalía de desestimar las otras imputaciones y obtener una condena de no más de un año en la cárcel<sup>944</sup>. La Corte de Apelaciones —*United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*— desestimó la confesión con base en la ausencia de voluntariedad<sup>945</sup>. Los jueces de la Corte de Apelaciones registraron en su decisión que la justicia y la libertad no eran objetos de negociación<sup>946</sup>. En seguida, tras otra petición, la propia corte cambió su sentencia, lo que provocó que el caso llegara a la Suprema Corte para

---

<sup>935</sup> DERVAN (2012: 71).

<sup>936</sup> *Walker v. Johnston*, 312 U.S. 275, 280 (1941).

<sup>937</sup> *Walker v. Johnston*, 312 U.S. 275, 286 (1941).

<sup>938</sup> DERVAN (2012: 71).

<sup>939</sup> *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101 (1942).

<sup>940</sup> *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101, 102 (1942).

<sup>941</sup> *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101, 102 (1942).

<sup>942</sup> *Waley v. Johnston*, 316 U.S. 101, 104 (1942).

<sup>943</sup> *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, (1958).

<sup>944</sup> DERVAN (2012: 72).

<sup>945</sup> DERVAN (2012: 73).

<sup>946</sup> *Shelton v. United States*, 356 U.S. 26, 113 (1958).

evaluar la negociación de la confesión —*plea-bargaining*<sup>947</sup>—. Sin embargo, el gobierno informó a la Suprema Corte su posición de que la confesión fue impropia y el caso fue, sin más, reenviado para continuidad de instrucción<sup>948</sup>. El gobierno adoptó esta estrategia de ponerse de acuerdo con la petición de revisión fundamentada en el error en la confesión para que la Suprema Corte no decidiera la cuestión, y lo hizo por miedo de que dicha decisión haría del sistema criminal de Estados Unidos un verdadero caos<sup>949</sup> debido al impacto que tendría en los muchos otros procesos concluidos a través de acuerdos de *plea*.

En el caso *Machibroda v. United States*<sup>950</sup>, el acusado alegó que le fue propuesto confesar a cambio de no recibir una sentencia de más de veinte años. Además, si no colaboraba, la Fiscalía le haría imputación por otros dos casos de robo. La Suprema Corte envió el caso para instrucción complementaria —*remanded*— registrando que el acusado tendría claro derecho a tener su pedido concedido si sus alegaciones eran verdaderas<sup>951</sup>. Al año siguiente, en el caso *Lynnum v. Illinois*<sup>952</sup>, la Corte una vez más decidió que la confesión obtenida a través de amenaza contra su descendencia y de amenaza de incremento de la pena no era voluntaria<sup>953</sup>. Estos casos ejemplifican que históricamente el tratamiento que la Suprema Corte daba a la confesión y a el *guilty pleas* era el mismo<sup>954</sup>.

En 1968, en el caso *United States v. Jackson*<sup>955</sup>, la Suprema Corte nuevamente juzgó un caso relacionado con el *plea-bargaining*, en el cual la ley federal respectiva determinaba que la pena de muerte solamente podría ser impuesta con decisión de los jurados<sup>956</sup>. En este contexto, aunque hubiera confesión, la renuncia al juicio provocaría que el juez impusiera la pena, máxima de prisión perpetua<sup>957</sup>. La mayoría de los jueces de la Suprema Corte decidieron por la imposibilidad de que una ley sometiera a un acusado a una consecuencia tan grave a partir de su decisión de ejercer

<sup>947</sup> DERVAN (2012: 73).

<sup>948</sup> DERVAN (2012: 73).

<sup>949</sup> DERVAN (2012: 73).

<sup>950</sup> *Machibroda v. United States*, 368 U.S. 487 (1962).

<sup>951</sup> DERVAN (2012: 74).

<sup>952</sup> *Lynnum v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963).

<sup>953</sup> *Lynnum v. Illinois*, 372 U.S. 528, 537–38 (1963).

<sup>954</sup> DERVAN (2012: 74).

<sup>955</sup> *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

<sup>956</sup> DERVAN (2012: 74).

<sup>957</sup> DERVAN (2012: 75). La confesión haría saltar la marcha tradicional del proceso, de manera que las pruebas y la culpabilidad no serían objeto de deliberación del tribunal de jurados, y el caso sería sentenciado directamente por el juez responsable, sin la obtención de pruebas y sin la opinión del tribunal de jurados. De esta manera, la decisión de confesar debidamente aceptada por el juzgado hacía imposible una condena a pena de muerte, y la aceptación de la confesión estaba relacionada con la evaluación de su intencionalidad y voluntariedad —no con la opinión del juez sobre el grado de culpabilidad del supuesto acusado— conforme a lo mencionado. Sin embargo, el acto de no confesar permitía la marcha tradicional del proceso y la decisión del tribunal de jurados, incluso por la aplicación de la pena capital.

o no sus derechos constitucionales de defensa<sup>958</sup>. La decisión también reconoció los precedentes de la corte que determinaban la voluntariedad como una característica fundamental de las confesiones<sup>959</sup>. Incluso, registró que la aceptación de la confesión por los jueces era algo necesario para la práctica de la gestión de la ley penal, y que los acusados pueden decidir voluntariamente confesar para ahorrarse a sí mismos y a sus familias los costes y consecuencias negativas del juicio, lo que incluye los costes del proceso<sup>960</sup>.

Hasta el año 1968, la Suprema Corte decidió —en todos los casos recibidos— desestimar la confesión —*guilty plea*— basados en promesas de ventajas de reducción de pena o amenazas de una sanción mayor<sup>961</sup>. Esto no resultó en la reducción de los casos de *plea bargaining* en los Estados Unidos<sup>962</sup>. En este tiempo, debido a las reformas ocurridas en las reglas del debido proceso, los procesos penales tenían un ritmo más lento y las cortes estaban cada vez más abarrotadas de procesos, también derivado por el fenómeno del *overcriminalization*, y la necesidad fáctica de la utilización de la justicia negociada crecía<sup>963</sup>.

## 2.2. Cambio de pronunciamiento de la Suprema Corte

Se estima que entre los años 1800 a 1805, un porcentaje entre el 10 y 15 por ciento de los casos en el sistema criminal de Estados Unidos era resuelto a partir de la confesión —*guilty plea*<sup>964</sup>—. Existe una expectativa de que, en algunos de esos casos, la confesión fue hecha a través de negociación, aunque, conforme a las evidencias, en gran parte de estos casos, el acusado confesaba cuando se presentaba un sólido soporte probatorio de su culpabilidad<sup>965</sup>. Sin embargo, en torno de 1908, un 50 por ciento de los casos penales federales eran resueltos con confesión —*guilty plea*<sup>966</sup>—. En 1916, ese número se incrementó a un 72 por ciento<sup>967</sup>. En los años 1960, se estima que un 90 por ciento de los casos era resuelto con *guilty plea*<sup>968</sup>.

De esta manera, ya en 1970, el 90 por ciento de todas las condenas en el sistema criminal de Estados Unidos era resultado de una confesión —*guilty plea*<sup>969</sup>—. La velocidad de crecimiento de este número puede estar

---

<sup>958</sup> *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570, 572 (1968).

<sup>959</sup> *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570, 584-85 (1968).

<sup>960</sup> *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570, 584-85 (1968).

<sup>961</sup> DERVAN (2012: 76).

<sup>962</sup> DERVAN (2012: 74).

<sup>963</sup> DERVAN (2012: 76).

<sup>964</sup> ALSCHULER (1979: 10).

<sup>965</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>966</sup> ALSCHULER (1979: 27).

<sup>967</sup> ALSCHULER (1979: 27).

<sup>968</sup> BORTECK (2004: 1439).

<sup>969</sup> DERVAN (2012: 80).

relacionada, irónicamente, a dos hipótesis: o tanto los acusados tenían cada vez más interés en confesar sus ilícitos, o tanto la práctica de *plea bargaining* —la justicia negociada— se ampliaba abiertamente<sup>970</sup>, aunque contraria a la jurisprudencia de la Suprema Corte. En este mismo año la Corte decidió el caso *Brady v. United States*<sup>971</sup>, en el cual lanzó las bases para la aceptación del *plea bargaining* como herramienta constitucional y necesaria para el sistema judicial de Estados Unidos. En *Brady*, la Suprema Corte rompió con su tradición de jurisprudencia de más de cien años, a lo que parece, fundamentada en las siguientes circunstancias fácticas: en el crecimiento de la justicia negociada como forma de permitir la gestión de un sistema criminal cada vez más abarrotado de casos<sup>972</sup>.

Dos factores fueron relevantes para este exceso de casos en el sistema criminal. El primero, el exceso de delitos previstos en la ley —la *overcriminalization*<sup>973</sup>—, que generó un constante aumento en el número de delitos, federales y estatales, y en consecuencia el número de procesados por el sistema criminal también fue creciendo. El segundo factor, los derechos asegurados por la Suprema Corte en los casos de la década de 1960, conocida como la época del *due process revolution*<sup>974</sup>. Algunos ejemplos de esos derechos son el de excluir las pruebas ilícitas en el juicio, el de estar acompañado por un abogado en los casos penales, además la obligación de ser informado de sus derechos en caso de interrogatorio<sup>975</sup>. Debido a estos factores, los procesos penales incrementaban en número, en complejidad y también el tiempo de los juicios se prolongaba<sup>976</sup>. En estos términos, las propias decisiones de la Suprema Corte contribuyeron para cada vez fuera más necesario el uso de la justicia negociada, para proporcionar un atraso en el desarrollo de los procesos penales y para hacerlos más complejos y largos<sup>977</sup>.

A Robert Brady le fue imputado delito<sup>978</sup> previsto en la misma ley del mencionado caso *Jackson*, de 1968<sup>979</sup>. La ley autorizaba la pena capital solamente si hubiera (1) decisión del tribunal de jurados por la condena con

---

<sup>970</sup> DERVAN (2012: 80). Es importante considerar que, en este tiempo, la confesión voluntaria era considerada constitucional, pero la negociación a cambio de ventaja o bajo amenaza —*plea bargaining*— era considerada inconstitucional por la Suprema Corte.

<sup>971</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>972</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>973</sup> DERVAN (2012: 81).

<sup>974</sup> DERVAN (2012: 81). Es relevante que se considere que los estándares de los derechos constitucionales de defensa fueron desarrollados a partir de casos concretos conforme a las decisiones de la Suprema Corte. Con ello, diferente de lo que pasó con otros países, este desarrollo fue gradual y acompañó los cambios sociales y de conceptos de justicia y de Estado de Derechos.

<sup>975</sup> DERVAN (2012: 81).

<sup>976</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>977</sup> ALSCHULER (1979: 38).

<sup>978</sup> La imputación era de secuestro, y la pena de muerte era posible porque la víctima no había sido libertada ileso. DERVAN (2012: 77).

<sup>979</sup> *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).



(2) expresa autorización de la pena de muerte<sup>980</sup>. En el caso de confesión — *plea of guilty*— el acusado renunciaría a su derecho al juicio, como una renuncia al debido proceso. En consecuencia, su proceso sería sentenciado por un juez sin la participación del Tribunal de Jurado, y la pena máxima sería de prisión perpetua<sup>981</sup>. En principio, Brady decidió declararse inocente y enfrentar el juicio ante un jurado<sup>982</sup>. Sin embargo, cuando descubrió que su coimputado confesaría y actuaría como testigo en el caso, cambió su decisión y confesó, recibiendo una sentencia de cincuenta años en la cárcel<sup>983</sup>. El argumento que interpuso a la Suprema Corte fue que su confesión no era voluntaria, porque era motivada por el temor de que el tribunal de jurados le condenara a la pena de muerte<sup>984</sup>.

En la conclusión del caso, la Suprema Corte mantuvo su jurisprudencia de que las confesiones —*guilty pleas*— tienen que ser voluntarias y conscientes, y que este análisis debería ser hecho basado en el caso concreto<sup>985</sup>. La Corte mencionó que la autoridad no puede obtener una confesión a partir de amenaza de violencia física ni de coerción moral<sup>986</sup>. No obstante, decidió que la expectativa de una sentencia más grande conllevó el acusado a confesión y que esto no era señal de involuntariedad en el acto<sup>987</sup>. De hecho, resultó que la decisión de Brady tenía similitud a la del acusado que, ante la evidencia abrumadora, decidiera confesar y evitar someterse a sí mismo y a su familia a los costes del juicio<sup>988</sup>. En la ausencia de amenaza física o coerción por parte de la autoridad, la Corte concluyó que la confesión —*guilty plea*— para evitar la posible pena de muerte prevista en la ley era válida<sup>989</sup>. De acuerdo, con la decisión, la confesión sería voluntaria y constitucional porque estaba fundamentada en la certeza —o la probabilidad— de recibir una sentencia reducida, caso contrario al asumir el riesgo de recibir una sentencia que podría variar desde la absolución hasta la más grave pena permitida por el crimen imputado: la pena de muerte<sup>990</sup>.

A partir de esta decisión, el *common law* respecto a la mera confesión (no realizada delante del juez)<sup>991</sup> empieza a distinguirse de la ley (el *case*

---

<sup>980</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 743 (1970).

<sup>981</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 743 (1970).

<sup>982</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 743 (1970).

<sup>983</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 743 (1970).

<sup>984</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 745 (1970).

<sup>985</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970).

<sup>986</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 750 (1970).

<sup>987</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 749-50 (1970).

<sup>988</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 750 (1970).

<sup>989</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 755 (1970).

<sup>990</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 751 (1970).

<sup>991</sup> Aquí considerando mera confesión como la confesión delante de la autoridad policial. Hasta esa decisión, el *common law* sobre *guilty plea* —confesión en juicio— era el mismo que regulaba las otras confesiones ocurridas en investigaciones policiales o a terceros no participantes del sistema criminal. Conforme se ha mencionado, el *guilty plea*, o la confesión

*law*) sobre el *guilty plea*<sup>992</sup>, o la ley sobre la justicia negociada. Este dramático cambio en la jurisprudencia de la Suprema Corte —y, en consecuencia, en el *common law*— fue la definitiva institucionalización del *plea bargaining* como parte inseparable del sistema criminal de Estados Unidos<sup>993</sup>. La Suprema Corte decidió asegurar a la defensa no sólo los mencionados derechos relacionados al debido proceso, sino también la posibilidad de negociar con el gobierno en los casos de clara evidencia de culpabilidad<sup>994</sup>. De esta manera, garantizó a los acusados la búsqueda por una pena reducida<sup>995</sup>, en un sistema que adopta amplias posibilidades de colaboración. Al mismo tiempo, debido al alto porcentaje de casos adjudicados con confesión, establecido en un 90 por ciento, se permitió que los jueces utilizaran la herramienta para lidiar con el exceso de casos de manera rápida y eficaz<sup>996</sup>.

Es importante observar que, con esta alteración en la jurisprudencia, la Suprema Corte aceptó oficialmente las ventajas del *plea bargaining*: al sistema criminal, por permitir el ahorro de costes del Poder Judicial, de la Fiscalía y de las autoridades policiales, al reducir las investigaciones y los tramites procesales. También permite un incremento en el número de procesos sentenciados, al promover una posibilidad de decisión más rápida, y consecuentemente, un incremento de condenas obtenidas por los fiscales y de procesos adjudicados por las cortes. Las ventajas a los acusados están relacionadas con la eliminación de los costes del proceso, tanto los sociales cuanto los financieros, además de permitirles obtener reducción en la pena a través de un proceso de negociación<sup>997</sup>.

### 2.3. Colaboración de personas jurídicas

El desarrollo de la colaboración (o de la justicia negociada) de las personas jurídicas en Estados Unidos está vinculada al desarrollo de su responsabilidad penal. En principio, el *common law* de Estados Unidos consideraba que las personas jurídicas no eran sujetas a responsabilidad criminal: no teniendo mente y cuerpo, no podrían ser enviadas a la cárcel<sup>998</sup>. Con el tiempo, hubo un cambio en la jurisprudencia, y como consecuencia, la ley del caso posibilitó la responsabilidad criminal de los entes ficticios<sup>999</sup>.

---

delante de la autoridad judicial, implica no simplemente en una confesión, pero también en una renuncia al derecho al juicio. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>992</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>993</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>994</sup> DERVAN (2012: 82).

<sup>995</sup> DERVAN (2012: 82).

<sup>996</sup> DERVAN (2012: 82).

<sup>997</sup> Sobre las ventajas del *plea bargaining* y de la confesión en justicia negociada, *vid.* apartado *supra* respectivo.

<sup>998</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23) explicando en resumen la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

<sup>999</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

Este cambio ocurrió en tres etapas, en la primera, las empresas fueran consideradas responsables solamente en casos de ofensas a reglamentos — *regulatory offenses*— cuando había provisión expresa de responsabilidad por omisión<sup>1000</sup>. En la segunda etapa, las empresas empezaron a ser consideradas criminalmente responsables por crímenes en los cuales la condena era posible por responsabilidad objetiva —en los que no hubiera la necesidad de intención, o de análisis sobre la culpabilidad<sup>1001</sup>—.

A partir del caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*<sup>1002</sup>, decidido por la Suprema Corte en 1909, la responsabilidad se desarrolló hacia su tercera y actual etapa: la Corte decidió que las empresas podrían ser criminalmente responsables también en casos en los cuales la *mens rea* fuera un elemento del delito<sup>1003</sup>. Este caso presenta respuesta a dos cuestiones principales, la primera, si la persona jurídica podría ser responsable por actos de sus agentes. La segunda, si el Congreso de Estados Unidos podría establecer responsabilidad de empresas mediante el uso de la ley. La Corte, basada en la posibilidad ya debatida en el *common law* de responsabilidad civil de empresas, consideró que éstas también podrían ser criminalmente responsables a partir del *respondeat superior*, es decir, por acciones de sus agentes actuando en su nombre<sup>1004</sup>. La corte consideró innecesaria la autorización escrita de la empresa para que fuera constituida la relación del agente o para la práctica del acto, y mencionó que las empresas estaban extrayendo beneficios de las prácticas delictivas —lo que demuestra la relevancia de imponerles responsabilidad, aunque no fuera posible enviarles a la cárcel<sup>1005</sup>—. Como conclusión, la responsabilidad criminal de las empresas fue considerada de conformidad con el reglamento constitucional del debido proceso<sup>1006</sup>.

Es importante que se observe que las cortes federales de Estados Unidos adoptaron la preferencia por responsabilidad criminal de las empresas y no la responsabilidad civil con base en tres argumentos principales. El primero, la responsabilidad criminal sería necesaria para que las personas jurídicas supervisaran a sus agentes y empleados<sup>1007</sup>. El segundo, la responsabilidad criminal funciona como un incentivo para que las empresas adopten sistemas de cumplimiento para mitigar la posibilidad de ocurrencia de

---

<sup>1000</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

<sup>1001</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

<sup>1002</sup> *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>1003</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

<sup>1004</sup> *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 493-94 (1909).

<sup>1005</sup> *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 494, 496 (1909).

<sup>1006</sup> *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 493-94 (1909).

<sup>1007</sup> STRADER (2011: 20).

delitos<sup>1008</sup>. El tercer argumento, conforme se ha mencionado por la Suprema Corte en *New York Central case*, la responsabilidad criminal de la persona jurídica permite que se asigne responsabilidad a la persona que efectivamente extrae ganancias y provechos del delito —la empresa<sup>1009</sup>—.

En la actualidad, las personas jurídicas están generalmente incluidas en las leyes penales bajo los conceptos de “persona” y de quienes practiquen la conducta. Por ejemplo, así está definido en el código federal —1 U.S.C. §1— que menciona que, salvo expresa decisión del Congreso, los términos “persona” y “quienes” incluyen empresas y otras personas jurídicas<sup>1010</sup>. También es común a nivel estatal<sup>1011</sup> la persecución criminal de personas jurídicas<sup>1012</sup>. A través de la decisión del caso *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>1013</sup>, en el año 2010, la Suprema Corte profundizó aún más la amplia posibilidad de responsabilidad criminal de personas jurídicas<sup>1014</sup>. En el caso, la Corte decidió que las empresas tienen el mismo derecho constitucional de *free political speech* —discurso libre— que los individuos<sup>1015</sup>. La Corte registró que otros precedentes no garantizaban igualdad de derechos de discurso libre, con base exclusivamente en el argumento de que las personas jurídicas no son personas naturales. Sin embargo, la Corte desestimó estas decisiones, igualando el derecho constitucional de los individuos al de las personas jurídicas, en una decisión que versa sobre financiación de campaña pero que es considerada una fuente importante para la responsabilidad penal de personas jurídicas<sup>1016</sup>.

A partir de la comprensión de que el sistema criminal de Estados Unidos es un sistema de *pleas* y no un sistema de juicios<sup>1017</sup>, existe la expectativa de que, incluso en los casos de responsabilidad penal de personas jurídicas, haya un gran número de acuerdos en el ámbito de justicia negociada. En realidad, aunque sean conocidos diversos casos de responsabilidad criminal de personas jurídicas en Estados Unidos, gran parte de ellos termina en acuerdos de justicia negociada<sup>1018</sup>. Como ejemplo, en los casos de delitos

---

<sup>1008</sup> STRADER (2011: 20).

<sup>1009</sup> STRADER (2011: 20).

<sup>1010</sup> 1 U.S.C. § 1 (explicitando, en el original: *the words “person” and “whoever” include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals*). Vid. también PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1011</sup> Aquí se utiliza el término estatal para hablar de los estados federados y sus poderes, en especial la Fiscalía y la justicia estatales, en contraste con la Fiscalía y la justicia federales de Estados Unidos.

<sup>1012</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1013</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>1014</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1015</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1016</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1017</sup> *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012).

<sup>1018</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 73). Vid. también Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements (2005), en línea:

ambientales, existe una estimación de que un 94,4 por ciento de los casos termina en acuerdos con las empresas<sup>1019</sup>. La opción de las corporaciones por aceptar colaborar con las autoridades se basada en las consecuencias negativas que la persecución puede generar a ellas, que pueden enfrentar las repercusiones civiles de procesos de resarcimiento de daños por actos ilícitos, y también los daños a la imagen por responder a una imputación criminal<sup>1020</sup>. Un ejemplo conocido es el caso de la empresa Arthur Andersen LLP, una empresa grande de contabilidad, que quebró como consecuencia de la respuesta a una imputación criminal y la pérdida de clientes que esto le resultó<sup>1021</sup>.

En la actualidad, los acuerdos de colaboración con las empresas generalmente asumen la forma de *Deferred Prosecution Agreement* (DPA), *Non-Prosecution Agreement* (NPA) o simplemente *plea agreements*<sup>1022</sup>. El *plea agreement* es el acuerdo con la Fiscalía para colaborar en el caso. La colaboración, conforme se ha mencionado, puede variar desde confesar y renunciar al juicio, teniendo la sentencia proferida por el juez, o puede incluir colaborar con las investigaciones y colecta de pruebas<sup>1023</sup>. Los NPAs y los DPAs ocurren en diversas fases de la persecución criminal. Antes de la imputación de los delitos —*before indictment*— la Fiscalía puede proponer acuerdo de colaboración con la persona jurídica, que se llamará *non-prosecution agreement*<sup>1024</sup>. El *deferred prosecution agreement*, a su vez, ocurre cuando el acuerdo se da después del inicio de la persecución criminal<sup>1025</sup>.

En el caso del NPA, hay un acuerdo firmado entre el DOJ y la persona jurídica en el cual se estipulan las obligaciones que la empresa tendrá que cumplir para que no se inicie la persecución criminal<sup>1026</sup>. Si la persona jurídica rompe los compromisos asumidos, el DOJ podrá imputarle responsabilidad criminal en el juicio<sup>1027</sup>. En el caso del DPA, la persecución criminal ya está de alguna manera iniciada, teniendo el gobierno el caso listo para proposición de proceso criminal, por ejemplo<sup>1028</sup>. Es curioso que el DPA fue usado inicialmente para procesar jóvenes —y no empresas— sin que sufrieran el estigma de contar con un registro público como

---

<https://www.corporatecrimereporter.com/deferredreport.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1019</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 271).

<sup>1020</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

<sup>1021</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38). El caso es presentado con más detalles en apartado específico sobre las críticas al sistema estadounidense.

<sup>1022</sup> PODGOR (2018: 925).

<sup>1023</sup> *Vid.* apartado supra. *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 147) hablando sobre las modalidades de *pleas* y las posibilidades de acuerdos.

<sup>1024</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 73).

<sup>1025</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 73).

<sup>1026</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

<sup>1027</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

<sup>1028</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

delincuentes<sup>1029</sup>. El primer caso fue en 1914, y a partir de 1960, su uso fue muy común, puesto que evitaba las consecuencias colaterales de la imputación formal y los daños sociales que eso causaba a los jóvenes, y posteriormente la herramienta pasó a ser utilizada también en casos de responsabilidad penal de personas jurídicas<sup>1030</sup>. A partir de la negociación del DPA, el DOJ<sup>1031</sup> acuerda en no continuar con el proceso criminal, solo si son cumplidas las condiciones<sup>1032</sup>. Así, el DPA es generalmente elaborado delante de un juez —porque ya hubo algún inicio de persecución<sup>1033</sup>—. Tanto en los NPA como en los DPA con personas jurídicas es común que los acuerdos incluyan el pago de una multa, además de la designación de un monitor de cumplimiento para garantizar el correcto cambio en la actitud empresarial<sup>1034</sup>. Los acuerdos también suelen involucrar despido de empleados, además de, en algunos casos, la colaboración con las autoridades en investigaciones y persecuciones penales<sup>1035</sup>.

### 3. CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU.

Así surge en Estados Unidos un sistema de justicia negociada, con posibilidad de colaboración amplia, y con el objetivo de buscar de solución rápida de los diversos casos penales. Esta búsqueda, conforme a lo analizado, puede estar fundamentada en la mera confesión y renuncia al derecho al juicio —*guilty plea*— o a un acuerdo de singular complejidad que involucre la colaboración con las investigaciones de delitos y una diversidad de personas. Este sistema, aprobado desde 1970 por la Suprema Corte estadounidense, permite a las autoridades y a los acusados extraer ventajas a cambio de la colaboración. La resolución rápida de conflictos en un sistema criminal en el cual existe un exceso de leyes penales y de delitos, en los ámbitos federal y estatal, presiona a las autoridades, por un lado, a utilizar y no desistir del sistema de *plea bargaining*, que trae consigo ventajas relacionadas con los costes de la defensa criminal y la potencial obtención de certidumbre con relación a la pena a ser impuesta. Por otro lado, presionan a los acusados a considerar y aceptar acuerdos de colaboración y a confesar sus delitos. La amplia discrecionalidad de actuación de los fiscales se convierte en el hilo conductor de esta negociación, garantizándoles poder para definir los casos prioritarios y las estrategias de persecución —o de no persecución— conforme se ha mencionado. Sin embargo, este sistema no está libre de retos, o a lo mejor, de problemas que incluso pueden distorsionar los ideales tradicionales de

---

<sup>1029</sup> GREENBLUM (2005: 1904) y NASAR (2017: 844).

<sup>1030</sup> GREENBLUM (2005: 1904).

<sup>1031</sup> En el caso de la Fiscalía Federal.

<sup>1032</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

<sup>1033</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

<sup>1034</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39).

<sup>1035</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 39-40).

la justicia criminal, como la prevención y represión de conductas de alto grado de desaprobación social.

Los críticos de la justicia negociada —*plea bargaining*— en Estados Unidos generalmente apuntan cinco principales problemas en el sistema. El primero de ellos, la presión a personas inocentes para confesar a cambio de recibir la certeza de no ser imputado por conductas graves<sup>1036</sup>. Actualmente, existen estudios que relacionan la confesión como la principal causa de condenas injustas en Estados Unidos<sup>1037</sup>. Es usual que la Fiscalía decida, en la práctica, los términos con los cuales las partes tienen que ponerse de acuerdo<sup>1038</sup>. Esto ocurre porque existe una disparidad del poder de negociación entre la Fiscalía y los acusados, lo que genera muchas veces la reducción de las ventajas bilaterales<sup>1039</sup>. Los fiscales usualmente tienen la posibilidad de presionar de manera desigual a la defensa, haciendo uso de su autoridad y de las instituciones públicas, de manera que es común que los abogados de la defensa estén de acuerdo con las exigencias de la Fiscalía<sup>1040</sup>. La Fiscalía Federal de Estados Unidos, por ejemplo, tiene posibilidad de organizar una investigación amplia de las personas supuestamente involucradas en los delitos, actuando junto con el *Federal Bureau of Investigation* (FBI), además de agencias federales de fiscalización tributaria, ambiental, y otras. Además, la propia situación de estar en la cárcel esperando la decisión de un juzgado trae a los acusados prejuicios, como el impedimento de ejercer su profesión, entre otras consecuencias para su vida privada.

El segundo problema es que los acuerdos, generalmente, son hechos fuera del escrutinio público<sup>1041</sup>. En este sentido, aunque existan políticas y manuales determinando cuales son las consideraciones que los fiscales deben adoptar para decidir como promover la justicia criminal, la concreta decisión de cada caso es hecha sin el control por parte de la sociedad<sup>1042</sup>. La falta de publicación de estas decisiones también posibilita que la autoridad policial, a cargo, mantenga alejado del control y conocimiento de la sociedad, eventuales errores o abusos en investigaciones<sup>1043</sup>.

En tercer problema, el sistema de justicia negociada genera distorsiones en el objetivo tradicional del Derecho Penal y de la pena, de generar la represión y la prevención de delitos<sup>1044</sup>. Esto porque los acuerdos de colaboración hacen que el acusado evada la completa e integral

---

<sup>1036</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1037</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1038</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1039</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1040</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1041</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1042</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1043</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1044</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

responsabilidad por su conducta<sup>1045</sup>. La propia esencia de la justicia negociada está en que el acusado acepte confesar y colaborar, renunciando a sus derechos, a cambio de recibir una reducción en el *quantum* de su responsabilidad<sup>1046</sup>.

El cuarto problema es la frustración que el acuerdo puede generar en las víctimas, puesto que los acuerdos usualmente son negociados entre la defensa y la Fiscalía<sup>1047</sup>, sin la participación de la víctima o de la persona que recibió directamente los daños y perjuicios causados por el delito. Esto posibilita a que el acusado, al final, reciba una sanción menos severa de lo que generaría la adecuada imputación —que es realmente su ventaja por colaborar: la reducción de su responsabilidad<sup>1048</sup>—. En estos términos, si el acusado recibe una la sanción reducida, puede generar en la víctima el sentimiento de una inadecuada aplicación de la justicia criminal y de impunidad<sup>1049</sup>.

El último problema, el sistema de justicia negociada de Estados Unidos es criticado por su potencial generación de efectos discriminatorios en los individuos<sup>1050</sup>. Los acusados con más recursos financieros tienen mayor posibilidad de obtener resoluciones y acuerdos que les sean más favorables, porque tienen más capacidad de enfrentar a la Fiscalía<sup>1051</sup>. Alguna vez el *plea bargaining* fue descrito como un juego en que los factores más importantes son el dinero y la suerte<sup>1052</sup>. Además, como suele no haber la participación del juez en la negociación, el Poder Judicial no tiene la capacidad de prevenir un eventual efecto discriminatorio en el sistema de colaboración<sup>1053</sup>. Algunos de estos problemas tienen consecuencias muy profundas en el sistema de justicia criminal y las garantías constitucionales del debido proceso.

El hecho de que el sistema de justicia negociada fuera planteado para ser más rápido que el trámite regular del proceso añade importancia a estas críticas, porque la justicia negociada también requiere confiabilidad. Además, algunas de estas críticas seguramente estarán presentes también en sistemas en los cuales no se adoptan herramientas de justicia negociada. Por ejemplo, si la justicia negociada genera un efecto discriminatorio por el

---

<sup>1045</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1046</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143) hablando que el *plea bargaining allows a defendant to escape full accountability for his actions by receiving a “discount on justice”*.

<sup>1047</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1048</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1049</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1050</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1051</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143).

<sup>1052</sup> DAVIS (2007: 43-59, 140-141).

<sup>1053</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 143). En otras situaciones, conforme a lo mencionado, cuando existe la participación del juzgado, esta será relacionada a la identificación más formal de la voluntariedad y comprensión de las consecuencias del acuerdo, y no de su adecuación a los documentos e información disponibles sobre la culpabilidad de los sospechosos.



alto coste del proceso y de los abogados, este efecto también ocurrirá en un sistema sin acuerdos en cual el trámite regular del juicio represente un alto precio a los imputados. Sin embargo, otras de las críticas presentadas están relacionadas con el desarrollo práctico y funcional del sistema de justicia negociada, por ejemplo, los incentivos que generan falsas confesiones.

De esta manera, puesto que en Estados Unidos este sistema de justicia negociada es oficialmente constitucional desde 1970, existe un número importante de investigaciones y casos concretos, que ayudan en la identificación de los puntos y factores que generan distorsiones y defectos. Estas críticas son esenciales para evaluar, comparativamente, las ventajas y desventajas de la adopción de sistemas de justicia negociada por otros países. En los próximos apartados, algunos de estos puntos relacionados a los incentivos para aceptar acuerdos serán descritos y analizados con más detalle. Más adelante, serán descritos los retos y problemas identificados en el sistema estadounidense específicamente en lo que se refiere a la colaboración de personas jurídicas.

### **3.1. Asimetrías en la negociación y naturaleza contractual de los acuerdos**

Conforme se ha mencionado, una de las críticas que se hace al sistema de justicia negociada es que la Fiscalía tiene más poder en la negociación de lo que tiene la defensa<sup>1054</sup>. Esto está relacionado con el hecho de que muchos de los casos involucran la posibilidad de investigación por diversas agencias, lo que puede ser muy perjudicial para los individuos. Por ejemplo, además de la Policía, el FBI y la *Internal Revenue Service* (IRS) —la Hacienda Federal de Estados Unidos—, pueden todos investigar, al mismo tiempo a una persona física o jurídica<sup>1055</sup>. El propio hecho de estar bajo escrutinio de diversas agencias, autoridades federales y estatales, genera a los investigados gastos de la defensa y gastos para responder adecuadamente a todas las solicitudes de información y documentos que le son hechas. De registrar, incluso, que diversas leyes prevén la ilicitud del incumplimiento de las obligaciones de colaboración con las agencias y autoridades, por ejemplo, previendo aplicación de sanción en caso de no entrega de documentos o en caso de la entrega de documentos con errores o fraudados<sup>1056</sup>, lo que se traduce en presión para “colaborar” con las investigaciones.

Además, a través de su discrecionalidad, la Fiscalía puede —en la fase de negociación— amenazar a los acusados e imputarles por otros delitos relacionados o no a la conducta originalmente investigada. De hecho, la

---

<sup>1054</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142).

<sup>1055</sup> Como ejemplo, *vid.* ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 38-40) hablando de la participación del DOJ y de la SEC en el *enforcement* de la FCPA.

<sup>1056</sup> Por ejemplo, *vid.* ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 25-30) hablando de las irregularidades y crímenes de no tener los registros de cuentas o de suministrar a auditor información inadecuada o incompleta.

Suprema Corte decidió en *Bordenkircher v. Hayes*<sup>1057</sup> que el uso de la discrecionalidad por los fiscales en la toma de decisiones que anteceden al juicio no es considerado, como regla general, venganza<sup>1058</sup>. La decisión afirma que los fiscales tienen dos opciones para la negociación. Pueden hacer la imputación por todas las conductas más graves, ofrecer la reducción de imputaciones y consecuente reducción de pena para que el acusado acepte colaborar. Además, también pueden hacer la imputación criminal por los cargos de menor gravedad y amenazar al acusado con el incremento de imputaciones por delitos, si este recusa el acuerdo y decide no colaborar<sup>1059</sup>.

A esta situación de asimetría de poder de negociación se añade el hecho de que los acuerdos de colaboración son considerados contratos que se hacen cumplir bajo principios de Derecho privado<sup>1060</sup>. En este sentido, tanto la Fiscalía como la defensa tiene la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo acordado<sup>1061</sup>, y pueden interponer recursos judiciales para ello. Esto significa que en el acuerdo en el cual el acusado confiesa y renuncia a derechos constitucionales del debido proceso —su derecho al juicio criminal y a la defensa— tendrá sus obligaciones interpretadas y ejecutadas con base en normas de Derecho privado. Las partes con menor potencial de negociación tendrán sus obligaciones impuestas forzosamente con base en las teorías de interpretación usuales de las relaciones privadas. Sobre ello es importante considerar que diversos países adoptan leyes para mitigar las obligaciones contractuales —de naturaleza privada— por el simple hecho de que una parte tiene más poder de negociación que la otra<sup>1062</sup>. En el caso de la justicia negociada de Estados Unidos, aunque una parte tenga más poder de negociación, la interpretación de las obligaciones será hecha siguiendo las reglas del derecho privado —aunque esto implique en la disposición de derechos un alto grado de interés público, como los derechos procesales relacionados al debido proceso—.

No obstante, al acuerdo en el *plea bargaining* no siempre le es dada validez absoluta. La Suprema Corte tiene juzgados en los cuales se mitigan las condiciones de la negociación en el caso de violación de derechos constitucionales. Los acusados tienen, por ejemplo, el derecho de asistencia

---

<sup>1057</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).

<sup>1058</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 50).

<sup>1059</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978). *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 150).

<sup>1060</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 172).

<sup>1061</sup> ZIERD & PODGOR (2007/2008: 3).

<sup>1062</sup> Brasil, por ejemplo, tiene en su legislación de consumidores la mitigación de las responsabilidades contractuales provenientes de “contrato de adhesión” y cláusulas abusivas, en el cual hay limitación indebida a los derechos de los contratantes, en el caso, los más vulnerables. Lei 8.078, de 11 de septiembre de 1990, art. 51, *Diário Oficial da União* (DOU) de 12.9.1990 (Brasil).

efectiva por abogado en la negociación del acuerdo<sup>1063</sup>. En casos de falta de actuación del abogado con el debido cuidado, informando equivocadamente el acusado de sus derechos y deberes, el *plea* puede llegar a ser desestimado<sup>1064</sup>. La Suprema Corte también decidió que la voluntariedad de la confesión y renuncia de los derechos no puede ser implícita —no puede ser confirmada en un *silent record*— más si debe estar expresa en los autos<sup>1065</sup>. Existe la necesidad de probar que el acusado voluntariamente y de manera inteligente renunció al menos a tres derechos: al derecho a la no incriminación, al derecho a un juicio con tribunal de jurado y al derecho de confrontarse a la acusación<sup>1066</sup>. Además, en el caso federal, la audiencia entre la corte y el acusado que acepta el *plea* tiene que contener diversas formas de renuncia expresas a derechos<sup>1067</sup>.

Sin embargo, esto no quiere decir que los acuerdos de colaboración no son impuestos para presentar un cargo desproporcional al acusado. El caso *Ricketts v. Adamson*<sup>1068</sup>, decidido por la Suprema Corte en el año 1987, ejemplifica este problema. El caso llegó a la Corte bajo la alegación de violación a la prohibición a la doble incriminación en un caso de asesinato de primer grado en el cual el acusado había hecho acuerdo de colaboración —*plea agreement*<sup>1069</sup>—. La víctima murió debido a la explosión de una bomba por debajo de su coche. El acusado y la Fiscalía hicieron un acuerdo de colaboración, así que empezara el juicio y la elección de los jurados<sup>1070</sup>. A cambio de la reducción de delitos imputados, el acusado actuaría como testigo contra otros dos individuos involucrados en los hechos. En el original, acordó en “*testify fully and completely in any Court, State or Federal, when requested by proper authorities against any and all parties involved in the murder of...*”<sup>1071</sup>. El acuerdo contenía cláusula específica de que, en caso de no cumplimiento por parte del acusado de su obligación de actuar como testigo, el acuerdo sería nulo e inválido, y los cargos originales serían automáticamente imputados al investigado<sup>1072</sup>.

En el caso antes mencionado, las partes se pusieron de acuerdo y el proceso concluyó con una sentencia de prisión de 20 años y 2 meses y el investigado actuó como testigo contra los otros dos individuos, y éstos a su

---

<sup>1063</sup> *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) y *Garza v. Idaho*, 139 S.Ct. 738 (2019).

<sup>1064</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 153).

<sup>1065</sup> *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969).

<sup>1066</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 149).

<sup>1067</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153-154), hablando del Rule 11, norma federal aplicable al procedimiento de *plea bargaining*.

<sup>1068</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1 (1987).

<sup>1069</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

<sup>1070</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

<sup>1071</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987). En traducción libre, concordó en actuar como testigo de manera total y completa en cualquier corte, estatal o federal, cuando solicitado por las autoridades, contra cualquier y toda parte involucrada en el asesinato de...

<sup>1072</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

vez fueran condenados. Sin embargo, la Suprema Corte del Estado de Arizona revirtió la decisión de condena de los otros dos individuos y reenvió el proceso para un nuevo juicio<sup>1073</sup>. Nuevamente, el investigado que había colaborado fue requerido por la autoridad para actuar como testigo, sin embargo, éste argumentó que consideraba su obligación cumplida, y que solamente actuaría si la Fiscalía le ofrecía nuevas ventajas, entre ellas, la de ser liberado después del nuevo juicio contra los dos individuos<sup>1074</sup>. En resumen, en la parte pre-procesal del segundo juicio, el acusado colaborador se recusó a responder a las preguntas y dijo que se reservaba al derecho de la no-incriminación, con base en la orientación de su abogado. El gobierno contra él presentó de nuevo la imputación por asesinato en primer grado, lo que fue aceptado por la Corte<sup>1075</sup>. El investigado colaborador, entonces, cambió su opinión y respondió al gobierno que actuaría como testigo en el segundo juicio: y cumpliría sus presuntas obligaciones. Pero, el gobierno recusó, y el acusado colaborador fue condenado a pena de muerte por asesinato en primer grado<sup>1076</sup>. Con base en el acuerdo, la Suprema Corte decidió que los términos de colaboración estaban expresos, y que el acusado colaborador no cumplió sus obligaciones, de manera que el acuerdo estaba violado. Además, la Corte decidió que la firma del acuerdo significaba la renuncia del derecho a no doble incriminación —*double jeopardy*<sup>1077</sup>—.

La decisión fue aprobada por mayoría de cinco magistrados. Los otros cuatro magistrados firmaron una opinión contraria, en la cual mencionaron que no coincidían con la imposición de pena de muerte al investigado colaborador. Registraron que el acuerdo no contenía mención expresa de renuncia al derecho a la no doble incriminación. Además, los magistrados disidentes mencionaron que la interpretación del investigado colaborador —de que nada en su acuerdo original le obligaba a actuar en el nuevo juicio— era razonable<sup>1078</sup>. Los disidentes reconocieron que la interpretación del investigado de que su obligación había sido cumplida era razonable y basada en sentido común, puesto que el acusado colaborador incluso había sido transferido de cárcel después de su colaboración en el primer juicio<sup>1079</sup>. Los jueces disidentes registraron que la ley contractual tiene, en algunos casos, relevancia para la interpretación por analogía de los *plea agreement*. Sin embargo, registraron que los acuerdos de colaboración, a diferencia de los

---

<sup>1073</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

<sup>1074</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

<sup>1075</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1 (1987).

<sup>1076</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 1-2 (1987).

<sup>1077</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 2 (1987).

<sup>1078</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

<sup>1079</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

contratos comerciales, tienen que ser construidos a la luz de los derechos y obligaciones constitucionales<sup>1080</sup>.

Los magistrados disidentes mencionaron que el investigado colaborador envió carta al gobierno asumiendo el compromiso de actuar como testigo en los nuevos juicios contra los dos individuos tan pronto decidió la Suprema Corte estatal que la interpretación de la Fiscalía era adecuada y que había deber de colaboración en el nuevo proceso<sup>1081</sup>. También reconocieron que el gobierno decidió abandonar el juicio de los dos otros individuos —después de recibir la carta del investigado colaborador aceptando ser testigo en el nuevo juicio— porque era más fácil continuar contra el investigado colaborador, dado sus exhaustivas actuaciones como testigo colaborador en el primer juicio, en el cual explicaba su rol en el asesinato. Además, concluyeron con dos observaciones. La primera, que en el mundo de los contratos comerciales está definido que la parte lesionada, por culpa de la otra parte, debe adoptar las medidas razonables para minimizar el consecuente daño<sup>1082</sup>. La segunda, que la decisión de la mayoría en la Corte reflexiona un mundo en el cual individuos aceptan acuerdos con el gobierno bajo su riesgo, porque, conforme a la decisión de la mayoría, la Constitución no requiere del gobierno ni la mínima buena fe en el estándar de responsabilidad que el *common law* impone a los participantes en relaciones comerciales<sup>1083</sup>.

### **3.2. La confesión de inocentes**

El Gobierno, en especial la Fiscalía, conforme se ha mencionado, tiene un poder de negociación generalmente mayor que el poder de la defensa. Esta figura, tiene un verdadero apalancamiento que hace que, en la mayor parte de los casos, las condiciones de los acuerdos y de la colaboración sean determinados por el gobierno, y no en una verdadera negociación bilateral equilibrada<sup>1084</sup>. El *plea bargaining* llega a ser considerado “un sistema en el cual la victoria pertenece a los poderosos, en el cual no hay gloria ni verdad, pero sí una oscura tregua”<sup>1085</sup>. Además, los acuerdos son generalmente interpretados a partir de principios de contratos comerciales<sup>1086</sup>, lo que tiene el potencial de generar imposición desproporcional de las condiciones del *plea agreement*, conforme se puede observar el caso *Ricketts*<sup>1087</sup>. Sin embargo, en la negociación, además de la confesión ocurre una renuncia al

---

<sup>1080</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

<sup>1081</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

<sup>1082</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

<sup>1083</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987). La explicación del caso es parte del apartado anterior.

<sup>1084</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1085</sup> FISHER (2003: 1). Citación con traducción libre.

<sup>1086</sup> ZIERD & PODGOR (2007/2008: 3).

<sup>1087</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 3 (1987).

juicio, lo que implica la renuncia a derechos procesales constitucionales<sup>1088</sup>. Estos factores, añadidos al alto costo social y financiero de la defensa criminal en Estados Unidos, generan incentivos para que incluso inocentes confiesen y acuerden en renunciar a sus derechos procesales, situación que tiene preocupado a los críticos del sistema de *plea bargaining*<sup>1089</sup>. La confesión de inocentes a partir de los incentivos de la justicia negociada subvierte un sistema jurídico basado en la lección antigua de que es mejor dejar libre un culpable que encarcelar a un inocente<sup>1090</sup>. Por ello, algunos críticos apuntan que el derecho a la presunción de inocencia y la disposición de la carga de la prueba al gobierno para que demuestre culpa más allá de la duda razonable, no son elementos suficientes para garantizar los ideales de justicia del sistema<sup>1091</sup>.

Es importante recordar que la Suprema Corte de Estados Unidos aprobó la justicia negociada —el *plea bargaining*— en el año 1970, a partir de la decisión en el caso *Brady*<sup>1092</sup>. Anteriormente, desde el final de los años 1800, las decisiones de la Corte eran en el sentido de que los acuerdos para confesión basados en ofrecimiento de ventajas o amenazas eran inconstitucionales, por el hecho de que estos incentivos disminuían el potencial del acusado, de aceptar un acuerdo de manera voluntaria<sup>1093</sup>. Como consecuencia, antes de la decisión que aprobó su constitucionalidad, el uso de esta práctica del instituto por fiscales, jueces y abogados era inconstitucional —aunque creciente numéricamente—. Por ello, la victoria del *plea bargaining* es considerada clandestina, o como el bárbaro invasor en el sistema criminal, cambiando el sistema de decisión por tribunal de jurados a pequeños grupos de resistencia<sup>1094</sup>. A partir de la decisión del caso *Brady* y sus fundamentos pragmáticos —más allá de los fundamentos jurídicos— el *plea bargaining* ganó la batalla<sup>1095</sup>.

En la sentencia de *Brady*, la Suprema Corte observó dos puntos focales para la confesión y renuncia del derecho a juicio. El primero, que el *plea bargaining* —en este sentido, no solo la confesión, sino la justicia negociada que implica la confesión y renuncia de derechos— es una herramienta que debe ser utilizada solamente cuando hubiera evidencia amplia sobre la culpabilidad del acusado. De esta manera la negociación podría beneficiar

---

<sup>1088</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>1089</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161). *Vid.* también DERVAN & EDKINS (2013) hablando en términos generales sobre el problema del *plea* de inocentes y presentando datos estadísticos.

<sup>1090</sup> DERVAN, LEO, RYAN, BEETY, GILCHRIST, & BERRY III (2016: 1592).

<sup>1091</sup> DERVAN, LEO, RYAN, BEETY, GILCHRIST, & BERRY III (2016: 1593).

<sup>1092</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>1093</sup> *Vid.* apartados con descripción histórica de la implementación del *plea bargaining* en Estados Unidos.

<sup>1094</sup> FISHER (2003: 1).

<sup>1095</sup> Para más sobre el tema, *ver*, en general, FISHER (2003).

adecuadamente al acusado<sup>1096</sup>, es decir, la negociación debe ocurrir cuando existieren pruebas suficientes del delito. El segundo argumento, que el sistema de justicia negociada y su constitucionalidad deberían ser reevaluados si generara incentivos para la confesión y renuncia de derechos de las personas sobre las cuales las pruebas de culpabilidad no fueran claras<sup>1097</sup>. La corte reconoció anticipadamente que el hecho de que la mitigación de pena incentivara a acusados a que falsamente confesaren, pondría la herramienta de negociación en riesgo. Sin embargo, registró que, conforme su análisis del caso —y, en consecuencia, del sistema— esto no ocurría<sup>1098</sup>. En otras palabras, a lo que parece, la corte reconoció que gente inocente no confesaba y no renunciaba al derecho al juicio<sup>1099</sup>.

No obstante, hay estudios e iniciativas de organizaciones que actúan en la defensa de investigados en Estados Unidos que demuestran lo contrario: que el sistema criminal ofrece incentivos para que la gente inocente confiese y renuncie a sus derechos procesales<sup>1100</sup>. Es importante mencionar que, en un sistema en el cual un 97,1 por ciento de casos federales son concluidos con *guilty plea* —o la confesión y renuncia al derecho del juicio—, un 75 por ciento de esos casos ocurren a partir del ofrecimiento de reducción de pena o amenaza de incremento de imputaciones de delitos o de penalidad<sup>1101</sup>. Así, un alto volumen de casos es decidido a partir de confesión, y hay datos que demuestran que la gran mayoría de esas confesiones están basadas en ofrecimientos de ventajas y amenazas —lo que hasta 1970 la Suprema Corte consideraba como suficiente para mitigar la libre e inteligente voluntad de los acusados de confesar—. Estos incentivos para confesar pueden ser, por ejemplo, la oportunidad inmediata de salir de la cárcel, por aceptar una confesión con pena de supervisión en vez de litigar bajo un proceso criminal con el riesgo de obtener una condena de más 10 años de prisión<sup>1102</sup>.

Con el desarrollo de la prueba de ADN y su uso en casos penales en Estados Unidos se puede extraer datos al respecto de la confesión de inocentes. Los primeros veinte años de uso de estas pruebas en las investigaciones de los casos de condena, desde 1989 hasta principios del año 2010, resultaron en la exculpación de 250 personas —que fueran condenadas y posteriormente declaradas inocentes, a partir de la obtención de pruebas de ADN<sup>1103</sup>—. Dentro de estos 250, 40 individuos habían sido

---

<sup>1096</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 757-8 (1970). *Vid.* también DERVAN & EDKINS (2013: 5).

<sup>1097</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). *Vid.* también DERVAN & EDKINS (2013: 5).

<sup>1098</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>1099</sup> DERVAN (2018: 121).

<sup>1100</sup> *Ver, en general*, DERVAN & EDKINS (2013), CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141), DERVAN (2012), GARRETT (2015a: 454).

<sup>1101</sup> DERVAN (2018: 115) hablando de datos del año 2014, en el que *Class* confesó.

<sup>1102</sup> DERVAN (2018: 116).

<sup>1103</sup> GARRETT (2015a: 395). Para mayor cantidad de datos, *vid.* GARRETT (2011b: 5-7).

condenados con base en su confesión. Posteriormente, quedó demostrado en investigaciones pos-condena con utilización de pruebas de ADN su inocencia —generando la desestimación de las sentencias originales—. Desde 2009 hasta 2014, la utilización de ADN en investigaciones pos-condena exoneró otros veintiséis individuos que habían confesado y renunciado a sus derechos al juicio. Esto demuestra que, en el mismo periodo en el que la prueba de ADN ya estaba disponible para utilizarse en el sistema judicial, el número de exoneraciones de condenados con base en *guilty plea* incrementó de 40 casos en 20 años a 26 casos en 5 años<sup>1104</sup>. Estos datos, por sí, demuestran que personas inocentes confiesan falsamente —diferente de lo que asumió la Suprema Corte en *Brady* en 1970—.

Además, estas personas confesaron para poder colaborar con las autoridades en investigaciones. Además, suministraron información y funcionaron, muchas veces, como testigos en otros procesos. No obstante, muchas veces no habían participado en el delito —confesaron falsamente—, y no tenían real información y pruebas sobre los hechos<sup>1105</sup>. Lo que demuestra que el sistema de *plea bargaining* tiene fuertes incentivos para los supuestos acusados, a punto de promover la confesión de inocentes y de darles capacidad de colaborar como falsos testigos en otras investigaciones. De la evaluación, de estos casos de confesión falsa se extrae incluso que la Policía utilizó información errónea y obtuvo otras confesiones, también falsas, que resultaron en más información sobre los delitos<sup>1106</sup>, en un ciclo Kafkiano, en el cual presuntos acusados se ven obligados a confesar e imputar responsabilidad a otras personas, que también confiesan y producen más pruebas contra otras personas.

Otros estudios de casos presentan datos sobre la confesión de inocentes. A partir de un caso de exoneración masiva debido a la actuación indebida de la Policía, en California y Texas, 156 individuos condenados por delitos graves tuvieron una condena desestimada<sup>1107</sup>. En estos casos, docenas de policías habían incurrido en conductas como colocar pruebas falsas sobre sospechosos. También testigos fueran forzados a hacer falsas declaraciones, otras fueron fabricadas e incluso algunos agentes de la Policía prestaron falso testimonio en el juicio<sup>1108</sup>. A partir de la evaluación de estos casos, tres grupos de individuos exonerados fueron identificados. Un grupo de exonerados que no son inocentes, un grupo de exonerados inocentes y un tercer grupo de personas exoneradas que pueden ser inocentes.

Para el primer grupo —los exonerados que no eran inocentes— fue observado que el 89 por ciento de los individuos confesaron —con condena a partir del *guilty plea*—. En el segundo grupo, un 77 por ciento de

---

<sup>1104</sup> GARRETT (2015a: 396).

<sup>1105</sup> GARRETT (2015a: 396).

<sup>1106</sup> GARRETT (2015a: 396).

<sup>1107</sup> COVEY (2013: 1133).

<sup>1108</sup> COVEY (2013: 1138).



exonerados, que en realidad eran inocentes, también confesaron<sup>1109</sup>. En el tercer grupo, de los que probablemente eran inocentes, la tasa de confesión llegó a un 89 por ciento<sup>1110</sup>. A partir de estos datos, el estudio de los casos concluye que las personas inocentes confesaron falsamente en un porcentaje menor de las personas que realmente eran culpables. Pero esta diferencia está en torno a un diez por ciento, es decir, estos datos (restringidos a los casos de los 156 investigados) demuestran que el hecho de ser inocente reduce en solo un 10 por ciento el incentivo para rechazar la oferta de declararse culpable<sup>1111</sup>. El número de casos demuestran que la mayoría de los individuos inocentes tienen preferencia por resolver su situación declarándose culpable y renunciando a su derecho al juicio, a cambio de un acuerdo<sup>1112</sup>. Además, el estudio también demuestra que los errores judiciales en condena ocurrieron no solamente en los casos de *guilty plea*, sino también en los casos en que los individuos no aceptaron confesar falsamente e intentaron probar su inocencia en el juicio<sup>1113</sup>.

Estos dos estudios sobre diferentes casos adoptaron metodologías diversas para definir su muestra. En el primero, relacionado con pruebas de ADN, los crímenes generalmente están relacionados a penas muy altas, incluso a la pena de muerte para casos de asesinatos, violación, entre otros<sup>1114</sup>. En el segundo, la muestra fue determinada por sucesos regionales en Estados Unidos, en las cuales se descubrió departamentos de policía y otras autoridades que empleaban pruebas falsas para obtener condenas y confesiones<sup>1115</sup>. Además, se reconoce que la absolución no significa que los individuos son inocentes, pero la evaluación de las pruebas y evidencias de los casos garantiza un amplio margen de seguridad<sup>1116</sup>.

Sin embargo, en una evaluación numérica de los datos, sin considerar esta distinción de la muestra, es posible asumir que, en delitos que generalmente representan pena de muerte o perpetua —el caso del estudio basado en análisis de ADN—, un porcentaje menor de individuos se declaran culpables, aunque sean inocentes. En el caso de otros delitos graves, pero que no representan penas de muerte, un mayor porcentaje de individuos se declaró culpable, aunque eran inocentes<sup>1117</sup>. Esta es una conclusión lógica, puesto que el incentivo de confesar y renunciar a los derechos al juicio será mayor o menor comparado con la probable

---

<sup>1109</sup> COVEY (2013: 1173).

<sup>1110</sup> COVEY (2013: 1173).

<sup>1111</sup> COVEY (2013: 1174).

<sup>1112</sup> COVEY (2013: 1174).

<sup>1113</sup> COVEY (2013: 1163).

<sup>1114</sup> COVEY (2013: 1144).

<sup>1115</sup> COVEY (2013: 1173).

<sup>1116</sup> COVEY (2013: 1144).

<sup>1117</sup> COVEY (2013: 1152-1153) hablando de las distinciones de los casos en análisis, en especial las penas más grandes del primer estudio, de Garrett, y las condenas por crímenes graves con penas más pequeñas, de los casos de California y Texas, en su mayoría, de tráfico de drogas.

imputación, su pena y las otras consecuencias para la vida de los involucrados. Así, es de imaginarse que alguien falsamente acusado de violación tendrá menores incentivos para hacer una confesión falsa, que otro individuo, falsamente acusado de posesión de drogas. En el primer caso, el acusado estará enfrentando pena de muerte o una pena muy alta si no colabora, pero si confiesa, asume la práctica de un crimen de alto reproche moral y social.

No obstante, la percepción de que los acusados por delitos más graves tienen menores incentivos para declararse falsamente culpables es solamente una hipótesis. En realidad, el caso de California y Texas, aunque represente en su mayoría delitos de pena menor que, en los casos de ADN, trae una comparativa curiosa. A partir de su evaluación, un 89 por ciento de los inocentes aceptaron declararse culpables, y un 11 por ciento decidió ir a juicio. Estos datos son muy próximos de los datos de casos resueltos a través de confesión: se estima que más de un 90 por ciento de los casos penales en Estados Unidos no llega al juicio con jurados, o al juicio completo, pero termina con una sentencia basada en una confesión y en la renuncia a los derechos procesales<sup>1118</sup>. Otro dato es que, en realidad, los delitos graves de pena no tan alta —como pena de muerte— son más frecuentes en el sistema criminal<sup>1119</sup>. En este aspecto, aunque realmente la proporción de inocentes que confiesan sea menor en delitos con pena de muerte y perpetua, estos casos serían la minoría en términos de volumen del sistema criminal. De interés, para la comprensión del tamaño del reto de inocentes confesando falsamente, otro estudio —analizado en el próximo apartado— intenta demostrar, a través de la simulación de una situación de culpabilidad, el porcentaje de personas inocentes que acepta confesar cuando es confrontado con una ventaja de mitigación de pena y amenaza de consecuencias más gravosas.

### **3.2.1. Estudios psicológicos**

En diversos países existen iniciativas que buscan garantizar a los acusados y a los condenados los derechos a defensa y al debido proceso. En Estados Unidos, esto también ocurre, en especial debido a los altos costes financieros que la defensa penal involucra y de la limitada capacidad de los defensores pagados por el gobierno, además de la existencia de penas que son consideradas desproporcionales a los delitos —como ejemplo la condena a pena de muerte—. Dentro de estas iniciativas, una se destaca en la defensa de condenados a partir de la utilización de ADN e investigación pormenorizada de casos en pos-condena, el *Innocence Project*, que es una organización fundada en 1992 en la facultad de derecho Cardozo Law

---

<sup>1118</sup> COVEY (2013: 1163 y 1173).

<sup>1119</sup> COVEY (2013: 1165).

School<sup>1120</sup>. Una de las acciones del proyecto es presentar, en casos de alta complejidad y que pueden significar el cambio de precedentes e decisiones judiciales, peticiones como *amicus curiae*. En concreto, la institución presentó una petición a la Suprema Corte en el caso de *Class v. United States*<sup>1121</sup>, en el cual uno de los principales puntos era la inocencia del acusado. En su petición, la iniciativa argumenta que el sistema basado en *pleas* —confesión con renuncia al derecho al juicio— pone presión sobre todos los acusados a confesar. Menciona que ni el imputado inocente, ni el imputado culpable tienen el deseo de recibir las penas más grandes, previstas en la ley, o de hacer frente a los desafíos e incertidumbres del proceso criminal. De hecho, afirma que las decisiones de los imputados están basadas en esos factores, de manera que la vida y la libertad son, con frecuencia y en realidad, los principales factores para confesar, sin que importe el hecho de ser culpable o inocente<sup>1122</sup>.

Partiendo de esta premisa, de que los incentivos para confesar y renunciar a los derechos de defensa no están basados en la culpabilidad, los investigadores desarrollaron un estudio empírico en el año 2011 para intentar evaluar los porcentajes de inocentes versus culpables que aceptaban confesar a cambio de reducción en la pena<sup>1123</sup>. En resumen, algunos estudiantes de una universidad en un curso de tecnología fueron seleccionados para participar en un examen que sería parte de una investigación psicológica y de raciocinio lógico. Los problemas del examen deberían ser resueltos individualmente, pero algunos participantes en realidad eran parte del equipo de investigadores, y se ponían con algunos estudiantes a solicitar ayuda para resolver los problemas colectivamente<sup>1124</sup>. Así, a partir de la interacción con investigadores disfrazados de alumnos, la mitad de los estudiantes realizó las tareas incumpliendo las reglas de conducta. Un dato interesante es que solamente dos de todos los alumnos instigados a violar las reglas de resolución individual de los problemas, efectivamente recusaron a la propuesta del investigador filtrado<sup>1125</sup>. Los alumnos que realizaron las actividades colectivamente fueron considerados en el grupo de los culpables. Los demás, en el grupo de los inocentes, por no haber violado la regla del examen<sup>1126</sup>. La expectativa con el experimento era de que, aunque las sanciones académicas no equivalen precisamente a las sanciones penales, la ansiedad y el estrés de los alumnos en percibir la posibilidad de ser

---

<sup>1120</sup> About, The Innocence Project, en línea: <https://www.innocenceproject.org/about/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1121</sup> *Class v. United States*, 138 S.Ct. 798 (2018).

<sup>1122</sup> DERVAN (2012: 128).

<sup>1123</sup> DERVAN & EDKINS (2013).

<sup>1124</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 29).

<sup>1125</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 29).

<sup>1126</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 30).

sancionados sería asemejado en forma, pero no en intensidad, a la expectativa de pena de los delincuentes<sup>1127</sup>. De esta manera, los investigadores intentaron recrear el dilema de los inocentes frente a un sistema de incentivos para la confesión.

Al término del examen, los investigadores disfrazados de asistentes del profesor responsable llamaron uno a uno a los estudiantes, y les informaron que en algunas cuestiones tenían las respuestas equivocadas e iguales a las de otros estudiantes. Los investigadores reforzaban que la probabilidad de coincidencia de errores era de 4%, de manera que necesariamente habría un reporte de sospecha de conducta deshonestas del estudiante<sup>1128</sup>. La charla con los estudiantes proporcionaba información suficiente para que hubiera una percepción de que había evidencia de deshonestidad, similar a la situación del acusado quien es informado de que existe alguna prueba de culpabilidad<sup>1129</sup>. Sin embargo, la información no era suficiente para garantizar la culpabilidad y la condena: lo único que había era un porcentaje de probable coincidencia —un 4 por ciento—. Algunas medidas fueron adoptadas por el equipo de investigadores para hacer el caso lo más real posible, por ejemplo, en las preguntas tipo test sobre las cuales había la duda respecto a la deshonestidad fueron planteadas para no tener una respuesta adecuada<sup>1130</sup>. El investigador, que se hacía pasar como asistente del profesor, explicaba a los alumnos, en el encuentro individual, que el profesor le había dado autoridad, por situaciones anteriores, de ofrecer una confesión en caso de haber actuado de manera deshonestas —*plea*—. La oferta del *plea* fue hecha a todos los alumnos, individualmente. La aceptación significaba, además de asumir que había sido deshonesto en el examen, perder los créditos académicos que los alumnos recibirían por colaborar con la investigación —esos créditos eran necesarios para completar una asignatura que los estudiantes cursaban<sup>1131</sup>—.

Para aproximadamente la mitad de los alumnos se planteó como alternativa no aceptar confesar su deshonestidad, y a los demás, se les ofreció otra alternativa sino aceptaban su deshonestidad. La primera alternativa propuesta a la mitad de los estudiantes fue desarrollada en un modelo de sentencia más grave. En suma, si el estudiante no aceptaba confesar, su conducta sería informada al consejo académico, formado por 10 o 12 profesores y empleados de la universidad<sup>1132</sup>. Al alumno se le informó que tendría la oportunidad de explicar su situación y presentar pruebas y que el porcentaje de condena aplicado por el consejo sería entre el 80-90%. Estos factores fueron planteados para hacer el alumno sentirse

---

<sup>1127</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 33).

<sup>1128</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 30).

<sup>1129</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 30).

<sup>1130</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 31).

<sup>1131</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 31-32).

<sup>1132</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 32).

en la misma situación de quien decide ir al juicio con jurados, y el porcentaje de condena es el aproximado que en el sistema criminal de Estados Unidos<sup>1133</sup>. En caso de condena, más allá de perder la compensación por participar en la investigación, sería informaría, sobre lo conducta, al supervisor académico del alumno, y él tendría que hacer un curso de ética gratuito de tres horas semanales de clases, durante todo el semestre, con asistencia obligatoria y un trabajo final que sería evaluado como aprobado/reprobado<sup>1134</sup>.

La otra mitad de los alumnos recibió como alternativa si confesaba, una hipótesis que fue considerada como equivalente a la sentencia con pena reducida, y al igual que el supuesto anterior con la intervención de un consejo académico. En caso de condena, sería aplicada la pérdida de las ventajas por participar en la investigación, y el supervisor académico sería notificado. La diferencia era que el alumno tendría que participar de un curso de ética tipo *workshop* de nueve horas divididas en tres seminarios de presencia obligatoria, con examen final<sup>1135</sup>. De esta manera, los investigadores provocaron que la mitad de los estudiantes recibiera una alternativa del modelo de sentencia más grave y la otra mitad recibiera una alternativa similar a la sentencia con pena reducida, lo que fue hecho con la finalidad de evaluar la relevancia de la gravedad de la sentencia en la decisión de confesar. Al final de la explicación, los alumnos recibían una hoja con las opciones, confesar o ir al comité académico, para registrar su decisión. En los casos en los cuales el alumno no lograba decidir que opción elegir, porque demostraba elevado estado de estrés o si llegaba a intentar salir de la clase, el investigador le explicaría la real naturaleza del experimento, con el propósito de minimizar la angustia del estudiante y mejorar la experiencia<sup>1136</sup>.

El resultado fue que un 10,8 por ciento de los alumnos culpables rechazaron el acuerdo de confesar, mientras un 43,6 por ciento de los alumnos inocentes llegaron a la misma decisión. En cambio, un 89,2 por ciento de alumnos culpables aceptaron confesar, mientras un 56,4 por ciento de alumnos inocentes decidieron confesar<sup>1137</sup>. Así, se constató que alumnos inocentes y culpables aceptaron confesar su participación en la conducta deshonesto. Además, dentro del grupo de alumnos culpables, el porcentaje que aceptó confesar fue más grande, que dentro del grupo de alumnos inocentes<sup>1138</sup>. Un dato relevante es que más de la mitad de los individuos del grupo de alumnos inocentes aceptó confesar. También es importante observar que el número de alumnos inocentes que aceptaron

---

<sup>1133</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 32).

<sup>1134</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 32).

<sup>1135</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 32-33).

<sup>1136</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 33).

<sup>1137</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 35).

<sup>1138</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 35).

confesar frente al riesgo de la sentencia más grave fue casi uno 10 por ciento más alto de que el porcentaje del grupo que recibió la alternativa de sentencia reducida. Este dato demuestra el incremento en el incentivo de colaborar cuando la alternativa es una amenaza más grande<sup>1139</sup>.

### **3.2.2. Resquemores de la Suprema Corte**

El contraste de los datos del estudio basado en el experimento empírico con los datos de los estudios de exoneración masiva ocurridos en California y Texas demuestra una interesante realidad<sup>1140</sup>. En el estudio basado en casos reales de condena en el sistema criminal que fueran, posteriormente, motivo de exoneración de culpabilidad, se intentó evaluar si las personas inocentes aceptaban confesar y renunciar a sus derechos al juicio. Conforme se ha mencionado, el principal objetivo fue verificar si el sistema de *plea bargaining* de Estados Unidos genera incentivos tan fuertes a punto de promover el *guilty plea* de inocentes —la misma del experimento con los alumnos—. Tanto el estudio de California y Texas como otros disponibles fueron limitados a casos regionales, de manera que no es posible identificar si el porcentaje regional de confesión de inocentes es el mismo de todo el sistema criminal, ni tampoco identificar si los datos son válidos para otros periodos de tiempo en las mismas localidades estudiadas<sup>1141</sup>. Pese a ello, la comparativa indica que el porcentaje de personas que acepta confesar, tanto entre los individuos de los casos de exoneración masiva como el de los alumnos del experimento, es la misma —un 89,2 por ciento de alumnos versus un 89 por ciento de individuos exonerados—. Además, la confesión dentro del grupo de los inocentes también es igual de alta —aunque no idéntica— un 56,4 por ciento de alumnos en el experimento versus un 77 por ciento de individuos exonerados<sup>1142</sup>.

Esto puede ser considerado como evidencia de que el sistema de justicia negociada de Estados Unidos incentiva la confesión falsa de personas inocentes. Estas evidencias fueron constatadas también en experimentos empíricos que intentaron simular una situación en la que una persona sea confrontada a la posibilidad de confesar falsamente para mitigar su expectativa de sanción versus asumir el alto riesgo de una condena más gravosa<sup>1143</sup>. Los datos apuntan a que un número alto de inocentes confiesan falsamente: en el estudio con base en las exoneraciones masivas, más de dos tercios de los inocentes lo hacen, en el estudio empírico con alumnos, más de la mitad de los inocentes lo hicieron. Es decir, aunque estos datos no sean los más precisos y que es difícil la identificación de números adecuados para

---

<sup>1139</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 39). *Vid.* también REDLICH & SHTEYNBERG (2016: 625).

<sup>1140</sup> El mencionado estudio fue objeto de discusión en el apartado anterior. *Vid.* COVEY (2013) evaluado los casos de exoneración masiva.

<sup>1141</sup> COVEY (2013: 1144).

<sup>1142</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 36).

<sup>1143</sup> DERVAN & EDKINS (2013: 34-36).

todo el sistema criminal, con base en ellos hay una expectativa de que el número de inocentes que sufren la presión de los incentivos sistémicos para confesar no es pequeño.

En términos cualitativos, es posible verificar que las autoridades del Poder Judicial, además de la clase de abogados estadounidenses, conoce la realidad que inocentes aceptan *plea*. En una decisión de la Suprema Corte en el año 2017, por ejemplo, *Lee v. United States*<sup>1144</sup>, el magistrado que escribió la resolución final del caso reconoció que hay motivos que conllevan a los acusados a aceptar *plea agreement* —justicia negociada— y no simplemente su culpabilidad. En el caso, el acusado —que no era un ciudadano estadounidense— aceptó el acuerdo bajo instrucción equivocada de su abogado asegurándole que el gobierno no lo deportaría si él confesaba. Como defensa en la apelación, el condenado afirmó que, si él hubiera sabido que la aceptación del *plea agreement* le generaría deportación automática, no la habría aceptado, hubiera preferido ir a juicio y debatir su culpabilidad<sup>1145</sup>.

Con ello, la Corte reconoció que la defensa del abogado fue insuficiente, en violación al derecho de la sexta enmienda a la Constitución de Estados Unidos, y determinó que debía evaluarse si el acuerdo había generado un perjuicio en su caso concreto<sup>1146</sup>. En la evaluación de perjuicio, consideró que la cuestión de ser o no deportado era un factor determinante —*determinative issue*— para la decisión del acusado de confesar o no. En conclusión, la Corte decidió que el *plea agreement* del acusado debería ser rechazado porque el factor determinante para su opción fue la consecuencia o no, de ser deportado por aceptar o no, confesar<sup>1147</sup>. Como su abogado le había explicado erróneamente que si confesaba no sería deportado, su acuerdo fue basado en un error causado por la ineficiencia del abogado, al explicarle el factor determinante para su decisión —la deportación— lo que era una violación del derecho constitucional a una defensa eficiente. En este aspecto, la corte hizo el contraste en la decisión del acusado, entre aceptar el acuerdo y tener deportación automática o ir a juicio y enfrentar la posibilidad de sentencia más grande. La corte concordó con el argumento de que el factor determinante para aceptar confesar, en ese caso, era la

---

<sup>1144</sup> *Lee v. United States*, 137 S.Ct. 1958 (2017).

<sup>1145</sup> *Lee v. United States*, 137 S.Ct. 1958, 1962 (2017). Conforme a la ley estadounidense, son sujetas a deportación automática, determinadas personas, como consecuencia de condena penal, lo que incluye condena basada en *guilty pleas* o *plea agreements*, *vid.* el caso citado en p. 1962.

<sup>1146</sup> El estándar para evaluación de defensa insuficiente en términos constitucionales, en Estados Unidos, implica en demostrar que el abogado hizo errores serios a punto de no funcionar como el abogado constitucionalmente garantizado. Además, hace falta demostrar que, por esa insuficiencia en la defensa, el acusado tuvo perjuicios, de manera que los errores fueron tan graves que quitaron del acusado, en la práctica, el derecho al proceso justo. *Vid.* *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

<sup>1147</sup> *Lee v. United States*, 137 S.Ct. 1958, 1968-9 (2017).

información errónea de que, si confesara, no sería deportado<sup>1148</sup>. De este modo, la corte reconoció que la decisión del acusado de confesar estaba basada en un factor distinto a su culpabilidad<sup>1149</sup>. La Suprema Corte decidió en otros casos que la eficiencia de la actuación del abogado es determinante para evaluar la legalidad del *plea agreement*. Por ejemplo, en *Padilla v. Kentucky*<sup>1150</sup>, la corte evaluó caso similar al de *Lee*, y decidió que la información equivocada respecto a las consecuencias de deportación automática del *plea agreement*, si generaban perjuicio en el caso concreto, son suficientes para garantizar que se desestime el acuerdo<sup>1151</sup>.

En la audiencia del reciente caso de *Class*<sup>1152</sup>, mencionado en el apartado anterior, una de las magistradas profundizó sus preocupaciones con la asimetría de la fuerza de la Fiscalía —del gobierno— en la negociación de los acuerdos de justicia negociada, y su impacto en el proceso de decisión de los acusados<sup>1153</sup>. En la presentación oral de los argumentos por parte del gobierno, la magistrada explicitó que las explicaciones respecto a los argumentos demostraban el desbalance entre el poder de la Fiscalía y del investigado y como ello funcionaba como coerción<sup>1154</sup>. También mencionó como esto poder está relacionado, factualmente, al poder de los fiscales para generar fuertes incentivos que orillarían a los acusados a aceptar el acuerdo. Mencionó como ejemplo el poder de la Fiscalía de quitar al acusado ventajas por la colaboración en el cómputo de la sentencia<sup>1155</sup>. Además, comentó que conoce casos concretos en los cuales la Fiscalía informa a los jueces que si los acusados quisieran preservar sus derechos procesales de apelación no habrían acordado con confesar<sup>1156</sup>, como si los investigados estuvieran de libre voluntad en hacerlo, sin ningún miedo ni bajo amenaza de recibir una condena más grave.

En estos términos, es posible observar que los magistrados de la Suprema Corte saben del efecto de coerción en la actuación de los fiscales, y saben que investigados —aunque inocentes— aceptan ponerse de acuerdo y aceptar la utilización de la justicia negociada por otros factores que no su culpabilidad<sup>1157</sup>. Aunque estos casos sean de personas fisca, conforme se

---

<sup>1148</sup>*Vid. Lee v. United States*, 137 S.Ct. 1958, 1969 (2017), concluyendo el análisis del incentivo que recaía sobre el acusado en el caso concreto.

<sup>1149</sup> DERVAN (2012: 128).

<sup>1150</sup> *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

<sup>1151</sup> Otras decisiones respecto a la ineficiencia del abogado en el proceso de negociación de acuerdos son *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) y *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012). *Vid. CHEMERINSKY & LEVENSON* (2018: 152-160).

<sup>1152</sup> *Class v. United States*, 138 S.Ct. 798 (2018).

<sup>1153</sup> DERVAN (2012: 128).

<sup>1154</sup> DERVAN (2012: 128).

<sup>1155</sup> Mencionando el poder de la Fiscalía de informar en el proceso la falta de colaboración del acusado, de manera que el juez, a seguir los *Sentencing Guidelines*, se queda vinculado a quitar del acusado ventajas por haber colaborado. *Vid. DERVAN* (2012: 128).

<sup>1156</sup> DERVAN (2012: 129).

<sup>1157</sup> Para más sobre el tema, *vid. DERVAN* (2012).



evaluará en los siguientes apartados, los problemas sistémicos relacionados con la colaboración con confesión y renuncia de derechos de las personas jurídicas no son muy distintos.

### **3.3. El peaje a pagar por no firmar el acuerdo**

A partir de las críticas respecto a el *guilty plea* de inocentes se puede observar que el hecho de confesar no está solo relacionado con la culpabilidad o inocencia, también está condicionado a todo un sistema de incentivos. En este sistema, la asimetría de poder de la Fiscalía tanto en la fase de negociación como en la persecución criminal genera una enorme presión en los acusados. Considerando que al menos 90 por ciento<sup>1158</sup> de los acusados prefiere herramientas de justicia negociada a ir a juicio, es evidente que el *plea bargaining* es parte muy relevante del sistema criminal de Estados Unidos<sup>1159</sup>. Del diez por ciento de los casos resueltos sin acuerdo, un ocho por ciento son desestimados por alguna cuestión sin que haya decisión del mérito. Así, hay estimación de que solo un dos por ciento del total de casos penales en el sistema estadounidense realmente llegue a un juicio completo<sup>1160</sup>. Lo anterior puede deberse que la mayoría de los acusados, en juicio, por tribunal de jurados o por el juez, son considerados culpables. En el sistema federal en el año 2018, menos del 1 por ciento de los acusados que fueron a juicio ganaron sus casos —considerándose absolución de acusados<sup>1161</sup>—. Los datos estadísticos demuestran un sistema en el cual las probabilidades de obtener éxito en un proceso criminal son muy pequeñas: menos del 1 por ciento de los que lo intentan lo consiguen. Esto considerando que la mayoría de los acusados tampoco lo intentan: más del noventa por ciento de los acusados confiesan y renuncian al derecho al juicio.

Además, con base en la guía de sentencias en Estados Unidos<sup>1162</sup>, el acusado que colabora con el sistema, que confiesa y renuncia al juicio está situado en márgenes de pena más pequeñas, comparado con el acusado que decide ir a juicio<sup>1163</sup>. Hay tres diferentes explicaciones para esa situación; la primera, de naturaleza pragmática: los que confiesan colaboran con la justicia criminal y auxilian el sistema a procesar más casos de manera más

---

<sup>1158</sup> GRAMLICH (2019).

<sup>1159</sup> Se considera que 90 por ciento de los casos termina en acuerdos. Hay otros datos específicos sobre el sistema federal de Estados Unidos que apuntan a un 97 por ciento de casos de acuerdos, con renuncia al derecho al juicio. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

<sup>1160</sup> GRAMLICH (2019).

<sup>1161</sup> GRAMLICH (2019). *Vid.* también DERVAN & EDKINS (2013: 32) hablando del porcentaje de condenas en el sistema judicial de los acusados que no aceptan confesar.

<sup>1162</sup> El *Sentencing Guidelines* es un sistema de sentencia actualmente no mandatorio de cómo los jueces deben interpretar las circunstancias del caso y el histórico del acusado en la aplicación de la sentencia. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 382-384).

<sup>1163</sup> *Vid.* GIVELBER (2000: 1408) hablando de la colaboración de los acusados como factor para disminución de la pena y de la no confesión como factor de obstrucción de la justicia.

rápida y eficiente, la segunda, de naturaleza penal: el acusado que confiesa expresa, de alguna manera, remordimiento y arrepentimiento<sup>1164</sup> y la tercera, aún más pragmática: en un sistema basado en justicia negociada, que un acusado intente defenderse en juicio es una conducta reprochable. La sociedad penaliza los que intentan defenderse en juicio por el equívoco de su decisión<sup>1165</sup>. Irónicamente esto hace que el tamaño de la sanción y de la responsabilidad del acusado esté relacionada no solamente con lo que hizo al cometer el crimen, sino también lo que hizo después de cometer el crimen<sup>1166</sup>. En el caso, el hecho de que el sistema de asignación de pena en la sentencia haga que exista una diferencia grande entre la condena del que acepta el acuerdo y del que decide ir a juicio es, en sí mismo, un factor de incentivo para que el acusado decida confesar<sup>1167</sup>.

Un estudio hecho en más de 6.700 casos sentenciados en un periodo de cinco años —entre 1974 y 1978— ayuda a demostrar la situación. Los individuos de los casos fueron arrestados por robo —*robbery* y *burglary*<sup>1168</sup>—. Los casos fueron procesados en tres jurisdicciones de California, en Estados Unidos, y los datos fueron recolectados por el servicio oficial de estadística del gobierno. Es interesante observar que el sistema estatal, en el cual hubo la decisión de los casos, seguía las reglas del sistema de sentencia indeterminadas<sup>1169</sup>, de manera que el estudio consideró este hecho para hacer las conclusiones, llevando en consideración más la naturaleza de las penas que el modo de imposición<sup>1170</sup>. Como conclusión, las tres diferentes jurisdicciones produjeron datos asemejados y que demuestran que los acusados que deciden defenderse en juicio recibieron proporcionalmente sentencias más gravosas<sup>1171</sup>.

Con la finalidad de evaluar la confiabilidad de los datos, el estudio también compara el tiempo en prisión a ser cumplido conforme a la sentencia. En este aspecto, como regla general, los acusados que aceptaron

---

<sup>1164</sup> GIVELBER (2000: 1381).

<sup>1165</sup> GIVELBER (2000: 1382).

<sup>1166</sup> GIVELBER (2000: 1380-1381).

<sup>1167</sup> YIN (1995: 443, 470).

<sup>1168</sup> BRERETON & CASPER (1981: 70).

<sup>1169</sup> En sistemas indeterminados de sentencia, no existe una tabla cerrada de como computar las circunstancias del delito y del delincuente. El juez del caso tiene que utilizar esas circunstancias y aplicar la sanción conforme su interpretación, desde el mínimo hasta el máximo. En comparativa con los sistemas determinados, en los cuales hay *Sentencing Guidelines*, estos últimos tienen la importancia de incentivar decisiones más homogéneas entre casos con grande similitud. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 381-382).

<sup>1170</sup> BRERETON & CASPER (1981: 54-55).

<sup>1171</sup> A partir de los tipos de sentencia, el estudio evaluó las diferencias entre pena de prisión *jail or probation* como más benéficas que el tiempo de *imprisonment*. Eso porque, en el sistema de Estados Unidos, *jail* es una institución para pena más pequeñas y muchas veces viene acompañada de *probation* por el más grande período de cárcel, de manera que los condenados en ese caso no permanecen encarcelados. *Vid.* también BRERETON & CASPER (1981: 55) exponiendo los datos sobre las diferencias de las penas.

el *plea* recibieron menos tiempo en prisión que los acusados que decidieron defenderse en juicio<sup>1172</sup>. Por el reducido cuantitativo de los casos, además de diversos factores, los propios autores del estudio mencionan la dificultad de identificar si los datos se distribuyen de manera homogénea en el sistema criminal. Sin embargo, los investigadores utilizaron otras fuentes, como las encuestas para identificar el posicionamiento de jueces y fiscales, a través de las cuales confirmaron los mismos resultados<sup>1173</sup>. Como conclusión, se observó que el sistema criminal en el cual hay un elevado número de *plea agreements* —es decir, en un sistema basado por la justicia negociada— hay también una elevada probabilidad de que se encuentre un diferencial entre las sentencias de quienes aceptan acuerdos y de los que deciden ir a juicio y presentar su defensa<sup>1174</sup>.

En términos sistémicos y teóricos hay una tendencia en la que los acusados que acuerdan confesar son favorecidos, comparada con los acusados que deciden defenderse en juicio. Alguna racionalidad hay detrás de esta realidad, porque los que colaboran lo hacen a cambio de una ventaja relacionada, la mayor parte de las veces con la pena. Sin embargo, conforme se ha mencionado, hace falta recordar que, en primer lugar, los datos actuales demuestran que en la gran mayoría de los casos los acusados prefieren negociar un acuerdo a defenderse en juicio: más de 90 por ciento. Sino llegarán a lograr un acuerdo, en la gran mayoría de los casos hay una condena: menos del 1 por ciento es absuelto. Además, hay reglas expresas en el sistema —aunque no de aplicación obligatoria<sup>1175</sup>— de que se debe favorecer al acusado que colabora con reducción de sentencia y que se debe penalizar el acusado que no colabora por obstrucción a la justicia.

Los jueces y fiscales, en consecuencia y para tener las ventajas de un sistema eficaz, tienen interés en incrementar el número de acuerdos, lo que significa que buscan la consolidación de la justicia negociada<sup>1176</sup>. Muchas de estas autoridades, incluso, atacan a los institutos y herramientas que intentan limitar el *plea bargaining*, y defienden y levantan a las instituciones que generan incentivos a la confesión y renuncia de derechos<sup>1177</sup>. Esto, por sí mismo, es suficiente para generar dudas de cuál es el foco del sistema: si es preservar los derechos procesales de los individuos,

---

<sup>1172</sup> BRERETON & CASPER (1981: 56-57).

<sup>1173</sup> BRERETON & CASPER (1981: 61-69).

<sup>1174</sup> BRERETON & CASPER (1981: 69).

<sup>1175</sup> La Suprema Corte decidió, en el año 2005, que los *Sentencing Guidelines* no son de aplicación obligatoria, pero sí de aplicación recomendable. De esa manera, su utilización se volvió como una sugerencia a la imposición de pena hecha por los jueces. *Vid. United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>1176</sup> FISHER (2000).

<sup>1177</sup> FISHER (2000: 1044 y ss.) hablando del *probation*, que tuvo creciente utilización en las condenas con el pasar de los años, como manera de estimular la confesión y la renuncia al derecho al proceso, porque suministra al acusado una manera de confesar a un delito que generaría encarcelamiento sin que en realidad haya efectiva recogida a la cárcel.

a cambio de rapidez y eficiencia, o incentivarlos a aceptar acuerdos en los cuales no tienen un alto poder de negociación. Por último, los datos del estudio de casos entre 1974 y 1978, aunque antiguos, demuestran que en realidad hay una incidencia mayor de penas más gravosas —considerados los mismos crímenes— entre los que deciden por el acuerdo o los que deciden por defenderse en juicio.

#### **4. OTRAS CRÍTICAS AL MODELO DE COLABORACIÓN DE EE.UU. CUANDO INTERVIENEN PERSONAS JURÍDICAS**

La colaboración de personas jurídicas en Estados Unidos se desarrolla generalmente basada en la responsabilidad criminal. Como regla general, las empresas son personas para efectos de las leyes penales, que tienen derecho a defensa y pueden ser responsabilizadas incluso por delitos en los cuales se exige *mens rea*<sup>1178</sup>. Las opciones más comunes de resolución negociada de la responsabilidad de las personas jurídicas son el *plea agreement*, el *deferred prosecution agreement* y el *non-prosecution agreement*<sup>1179</sup>. Estos acuerdos son parte —o incluso la base— del funcionamiento del sistema criminal, de manera que están sujetos a las mismas críticas, presentadas anteriormente. Sin embargo, la naturaleza de las personas jurídicas es muy distinta a la de las personas físicas, por consiguiente, los efectos de imputación y de culpabilidad en una persona jurídica pueden ser muy diversos de los efectos a los individuos. Por ejemplo, la salud mental de un individuo involucrado en una acusación criminal puede deteriorarse rápidamente, factor que no será tan relevante para personas jurídicas. Además, las personas jurídicas no tienen cuerpo y mente y no pueden ser enviadas a la cárcel, por lo tanto, el efecto de la amenaza de restricción a la libertad a la cual están expuestos los individuos acusados no tiene naturaleza de pena para personas jurídicas.

No obstante, las consecuencias directas e indirectas de la persecución criminal pueden ser devastadoras para las empresas<sup>1180</sup>, sobre ello se puede mencionar el caso de la empresa de contabilidad Arthur Andersen, LLP. El gobierno imputó a la empresa cargos penales por obstrucción de justicia, presuntos delitos ocurridos con relación al caso de Enron. La imputación impidió la continuidad de sus relaciones contractuales porque tuvo como consecuencia que otras personas e individuos no la podían contratar<sup>1181</sup> —una empresa imputada no cumple con los requisitos para certificar cuentas de otras personas—. Al final, la Suprema Corte desestimó las imputaciones

---

<sup>1178</sup> Para más información sobre el tema, *vid.* apartado supra sobre la colaboración de personas jurídicas en EE.UU.

<sup>1179</sup> PODGOR (2018: 925).

<sup>1180</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

<sup>1181</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

y condenas hechas a Arthur Andersen, pero el remedio llegó demasiado tarde<sup>1182</sup>.

En este aspecto, el desproporcionado poder del gobierno —y de la Fiscalía— también es uno de los motivos por los cuales se critica la justicia negociada con empresas. Aunque las personas jurídicas tengan, muchas veces, la posibilidad de asumir con los costos de la defensa judicial; los costes indirectos de la imputación criminal pueden ser muy elevados. Como en el ejemplo de la empresa de contabilidad —que será objeto de análisis más detallado— el coste colateral de la imputación y de responder al juicio fue el cierre de todas las actividades de lo que era entonces la quinta empresa más grande de auditoría de Estados Unidos, que en la época generaba más de 85 mil empleos en el mundo y tenía aproximadamente 2.300 empresas de capital abierto como clientes<sup>1183</sup>. Es importante reconocer que los efectos colaterales de la imputación también son muy amplios para las empresas que tienen negocios con el gobierno<sup>1184</sup>. Reconociendo estas consecuencias devastadoras, es común que las personas jurídicas tengan una preferencia por mitigar los riesgos de perjuicios y decidan aceptar acuerdos de colaboración con las autoridades<sup>1185</sup>.

#### **4.1. El caso de Arthur Andersen**

El caso de Arthur Andersen, conforme a lo mencionado, está vinculado al caso de Enron, una empresa gigante de generación de energía, inversión y *commodities* de Estados Unidos, con sede principal en Houston, Texas. Enron fue involucrada en diversas actividades indebidas en el mercado, de manera que generó perjuicios a diversos inversores y a la economía en general. De manera resumida, Enron declaraba ganancias que no tenía y mantenía las pérdidas en su registro de cuentas utilizando relaciones de flujo de caja complejas con otras empresas<sup>1186</sup>. Enron publicó una nota de prensa el 16 de octubre de 2001 declarando pérdidas de más de 600 millones en el primer cuadrimestre. El 17 de octubre, la SEC notificó a Enron solicitándole información sobre las pérdidas en el mercado. Desde el día 19 hasta el 22 de ese mismo mes, Enron mantuvo contacto con su empresa de contabilidad, Arthur Andersen, para proporcionar los datos y hacer los esclarecimientos necesarios de la investigación de la SEC. El 23 de octubre, empleados de Enron y de Andersen empezaron a destruir de manera masiva documentos de la empresa. El 8 de noviembre, Andersen recibió una notificación de SEC para esclarecer su trabajo con Enron. El 9 de noviembre las empresas hicieron comunicación interna para suspender la destrucción de documentos. Para el 4 de enero de 2002, Andersen

---

<sup>1182</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

<sup>1183</sup> *Vid.* POWELL (2014: pos. 564).

<sup>1184</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

<sup>1185</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38).

<sup>1186</sup> GARRETT (2014: 21).

informó a SEC y al DOJ que había destruido documentos, y el 10 de enero hizo público este hecho. El 14 de marzo de 2002, Andersen fue imputada criminalmente por un hecho de obstrucción a la justicia<sup>1187</sup>.

La estrategia de defensa adoptada por la empresa de contabilidad fue no firmar un acuerdo de colaboración con las autoridades y no confesar que tenía responsabilidad como empresa involucrada en la práctica de los supuestos hechos<sup>1188</sup>. A partir, de que la empresa no aceptó el *deferred prosecution agreement*, ésta fue a juicio y terminó, al final, en la quiebra<sup>1189</sup>, y en lo que fue considerado el juicio empresarial del siglo<sup>1190</sup>. La defensa de Andersen fue considerada equivocada por algunos, porque se suponía estaba basada en argumentos falsos, en hechos para intentar demostrar al público —y al Poder Judicial— que la empresa había adoptado las conductas adecuadas en la conducción de sus negocios<sup>1191</sup>. Sin embargo, dada la imputación criminal de la quinta más grande empresa de contabilidad de Estados Unidos basada en la presunta conducta de algunos empleados y directivos relacionados al cliente Enron, la defensa consideraba que la Fiscalía ejercía su discrecionalidad de manera excesiva<sup>1192</sup>. Por ello se afirma que la empresa ingresó en una campaña de medios de comunicación para reforzar el abuso de poder del gobierno en el proceso de su imputación<sup>1193</sup>. Por ejemplo, la empresa argumentó que no le fue garantizada la oportunidad de presentar su defensa en la fase de investigación —el *grand jury*— ocurrida antes de la imputación de los delitos —el *indictment*<sup>1194</sup>—. Este argumento fue considerado, por algunos, como engañoso, puesto que tradicionalmente no existe derecho a defensa delante del *grand jury*<sup>1195</sup>. Sin duda, el argumento es muy interesante y ejemplifica el poder de la Fiscalía: de hacer imputaciones utilizando una garantía constitucional de control de la investigación penal —el *grand*

---

<sup>1187</sup> BRICKEY (2003: 919-920).

<sup>1188</sup> GARRETT (2008: 923).

<sup>1189</sup> GARRETT (2008: 923).

<sup>1190</sup> GARRETT (2014: 12).

<sup>1191</sup> BRICKEY (2003: 918).

<sup>1192</sup> POWELL (2014: pos. 609).

<sup>1193</sup> BRICKEY (2003: 918).

<sup>1194</sup> BRICKEY (2003: 919).

<sup>1195</sup> El *grand jury* es un comité formado por ciudadanos y una garantía constitucional en los Estados Unidos. La Fiscalía, en los casos de competencia del comité, presenta las pruebas a los ciudadanos, que al final opinan por autorizar o no que el fiscal presente imputación. Es un instituto originario del *common law* de Inglaterra, en el cual los ciudadanos decidían si debiesen ser imputados crímenes a personas, antes de que la información llegara para decisión de la corona. En la actualidad, es una garantía a los individuos, visto que limita el poder de la Fiscalía, en determinados casos, de hacer imputación criminal. Funciona como un órgano investigativo. Sin embargo, es muy criticada por que es direccionado por el fiscal, en las audiencias en secreto que no garantizan derecho a defensa ni participación del Poder Judicial. *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 24-29). Hay los que consideran que el *grand jury* no pasa de un sello de goma para los fiscales, visto que son ciudadanos que reciben de la Fiscalía toda la información del caso. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 53).

*jury*— sin la participación de la defensa ni del Poder Judicial. Además, aunque sea común no presentar defensa en el *grand jury*, hay evidencias de que la no aceptación de pruebas y documentos de la empresa en la fase de investigación fue determinante para que los jurados de la investigación decidieran aprobar los cargos contra la empresa. El caso es muy complejo y tiene muchos detalles, más sobre ello, también es importante observar que la estrategia de imputar a una empresa del tamaño de Arthur Andersen el hecho practicado por algunos directivos en un contrato específico también parece cuestionable para algunos, considerando incluso la posibilidad de resolución de las irregularidades contables a través de una demanda civil de la SEC<sup>1196</sup>.

La imputación criminal de Andersen implicó la pérdida de la facultad para hacer contabilidad certificada de clientes<sup>1197</sup>, lo que al final provocó el termino de las relaciones comerciales de la empresa de consultoría. Pero el caso relacionado a Enron no fue el primer problema con las autoridades que Arthur Andersen ha tenido. En realidad, la situación de la empresa se había agravado por el hecho de ser recurrente en prácticas consideradas inapropiadas por la SEC<sup>1198</sup>. De esta manera, ya existía duda respecto a la continuidad de las actividades empresariales de Arthur Andersen, aunque no hubiera la imputación y el juicio<sup>1199</sup>, debido a los problemas anteriores, había una expectativa de que la empresa perdiera un 25 por ciento de las rentas de sus contratos en Estados Unidos, lo que cubría de incertidumbre su futuro<sup>1200</sup>.

Es interesante observar, conforme se ha mencionado, que la empresa decidió no colaborar con las autoridades: la empresa tuvo una oportunidad de no ir a juicio. Incluso, en el principio de las investigaciones, la empresa hizo una nota de prensa informando que colaboraría plenamente con las autoridades<sup>1201</sup>. Pero en diciembre de 2001 Enron declaró su quiebra —la mayor empresa en Estados Unidos a quebrar hasta entonces—, y en enero de 2002 el DOJ confirmó que los fiscales federales estaban investigando a Andersen<sup>1202</sup>. El juicio de Andersen es marcado por varias estrategias de los abogados que intentaron demostrar la no culpabilidad de la empresa, basado en la incertidumbre de ilicitud de la conducta adoptada. En contrapartida, el gobierno intentaba probar su argumento, de que la empresa sabía que sería investigada por la SEC, y que mensajes electrónicos y memorandos internos demostraban este hecho<sup>1203</sup>.

---

<sup>1196</sup> Vid. POWELL (2014: pos. 584-601).

<sup>1197</sup> GARRETT (2014: 12).

<sup>1198</sup> GARRETT (2014: 22).

<sup>1199</sup> BRICKEY (2003: 950).

<sup>1200</sup> BRICKEY (2003: 950).

<sup>1201</sup> GARRETT (2014: 25).

<sup>1202</sup> GARRETT (2014: 25).

<sup>1203</sup> GARRETT (2014: 30).

Andersen fue criminalmente condenada por un Tribunal de jurados, como una persona jurídica. El equipo especial de la Fiscalía para el caso Enron obtuvo un fuerte mensaje, a partir de esta condena: de que a todos aquellos que no colaboraran con documentos y pruebas les sería imputada conducta de delito<sup>1204</sup>. Es interesante observar que, de acuerdo con la instrucción de la jueza hecha a los jurados, la culpabilidad de un individuo como Andersen —una empresa de socios— era suficiente para generar la responsabilidad de la persona jurídica<sup>1205</sup>. De acuerdo con las pruebas, no había duda de que personas en alta posición en la empresa habían realizado, en el desarrollo de sus actividades profesionales, las conductas que podrían ser consideradas delitos<sup>1206</sup>. Sin embargo, aunque la Fiscalía hablaba todo el tiempo de crimen de obstrucción a la justicia, la ley señalaba como base para la conducta la del crimen de manipulación de testigos<sup>1207</sup>. Además, la jueza explicó en su instrucción a los jurados<sup>1208</sup> que les era permitido considerar a Andersen culpable, aunque éste creyera que sus conductas fueran lícitas —en otras palabras, aunque no hubiera intento de práctica del delito<sup>1209</sup>—.

La Corte de Apelaciones mantuvo la condena de Andersen en una decisión unánime, y el caso llegó a la Suprema Corte, que concluyó, en 2005 y en decisión unánime, desestimaron la condena<sup>1210</sup>. El registro de los argumentos orales en la Suprema Corte demuestra que los magistrados sospechaban de la conducta de los empleados y socios de Andersen. Una de las anécdotas relacionadas al hecho de la destrucción de documentos fue la mención del magistrado Anthony Kennedy respecto a la costumbre en el ejército de que se debe hacer dos copias de todo lo que se tira<sup>1211</sup>. Sin embargo, en el registro también está la incredulidad de los magistrados sobre la amplitud con la cual la Fiscalía había interpretado la ley de obstrucción a la justicia —o de manipulación de testigos<sup>1212</sup>—. Una de las magistradas comentó al respecto de la conducta del principal testigo del proceso, un socio director —Duncan— que había confesado culpabilidad en la destrucción de documentos. Ella dijo que, aunque hubiera confesado, la destrucción de documentos en su posición era perfectamente legal y no era reprochable. La cuestión que se hacían los magistrados era si hubo

---

<sup>1204</sup> POWELL (2014: pos. 616).

<sup>1205</sup> GARRETT (2014: 37).

<sup>1206</sup> GARRETT (2014: 37).

<sup>1207</sup> POWELL (2014: pos. 628).

<sup>1208</sup> El juez togado es responsable por explicar al tribunal de jurados los elementos y requisitos de la ley, de manera que estos identifiquen adecuadamente los hechos fácticos ocurridos, para que posteriormente el juez realice la cuantificación de la condena a partir de los elementos aprobados por los jurados.

<sup>1209</sup> POWELL (2014: pos. 653).

<sup>1210</sup> GARRETT (2014: 41).

<sup>1211</sup> GARRETT (2014: 41).

<sup>1212</sup> GARRETT (2014: 41).



persuasión corrupta para que otros destruyeron documentos<sup>1213</sup>, porque la ley requería para la condena que la manipulación de testigos fuera consciente y de manera corrupta<sup>1214</sup>. Pero a los jurados en primera instancia les había sido explicado que la conducta de subvertir, dificultar o impedir un procedimiento de investigación sería suficiente para que existiera el delito<sup>1215</sup>. Por ello, la Suprema Corte consideró que los jurados no habían sido instruidos adecuadamente respecto de lo que era el concepto de crimen y del conocimiento de la conducta deshonesta.<sup>1216</sup> Al final, dada la decisión de la Suprema Corte, la empresa podría sufrir nuevo juicio en el cual los jurados podrían condenarla —si basados en la adecuada instrucción de lo que significa ser culpable del delito imputado—. Sin embargo, fuentes anónimas del DOJ mencionaron que eso no sucedió porque el proceso para imputar criminalmente a una empresa que ya estaba a punto de desaparecer es muy ineficiente<sup>1217</sup>.

Una observación interesante es que la defensa de Andersen informaba que la empresa había preservado centenas de millares de documentos, en medios físico y electrónico, que podrían sonar mal para Enron y para Andersen. Por consiguiente, si la idea era destruir pruebas incriminadoras para proteger a Enron y a sí misma, Andersen lo había hecho muy mal<sup>1218</sup>. Además, la distinción entre destruir documentos legítimamente y destruirlos de manera deshonesta no es el punto focal del caso de Arthur Andersen. El resultado de todo este proceso, desde las investigaciones, pasando por la idea inicial de colaborar, la decisión de no confesar y hacer su defensa en juicio, con la condena, la confirmación de la condena y posteriormente la desestimación de la condena produjo un doble problema en el sistema de Estados Unidos. Primero, la certidumbre de que la condena de personas jurídicas conlleva a terribles efectos colaterales en personas inocentes, desde empleados, inversores y hasta al público en general<sup>1219</sup>. Segundo, la falla de una adecuada imputación de responsabilidad, desde el principio, a las empresas puede significar la continuidad de violación de la ley fundamentada en la situación de impunidad<sup>1220</sup> —Arthur Andersen tenía

---

<sup>1213</sup> GARRETT (2014: 41).

<sup>1214</sup> En ese sentido, la ley exigía que la conducta involucrara *knowingly and corruptly*. *Vid.* GARRETT (2014: 41).

<sup>1215</sup> GARRETT (2014: 42).

<sup>1216</sup> GARRETT (2014: 42).

<sup>1217</sup> GARRETT (2014: 44) halando expresamente de la fuente en el DOJ, y explicando que oficialmente Arthur Andersen nunca declaró quiebra y término de actividades, y que todavía hoy subsiste, diminuta y desarrollando negocios accesorios bajo otro nombre empresarial.

<sup>1218</sup> POWELL (2014: pos. 641).

<sup>1219</sup> GARRETT (2014: 42).

<sup>1220</sup> GARRETT (2014: 42).

un historial de problemas con la SEC que le generaba un dudoso futuro en el mercado<sup>1221</sup>—.

El caso es parte de la burbuja especulativa *dot-com*, que generó medidas de las autoridades de regulación y del Congreso estadounidense como, por ejemplo, la aprobación de la ley conocida como Sarbanes-Oxley, respecto a la supervisión de contadores, regulación de comités de auditoría corporativa, conflicto de interés, además de otros cambios<sup>1222</sup>. Al final, quedó demostrado que la persecución criminal puede ser la diferencia de vida o muerte de una empresa, y los fiscales, que son los que ostentan “el arma proverbial en la cabeza”<sup>1223</sup>. A partir, de este caso se considera que la Fiscalía empezó a adoptar abiertamente la rehabilitación de las personas jurídicas responsables por hechos penales, reduciendo el énfasis en obtener una condena. Este cambio es marcado por cambios en las políticas de la Fiscalía hacia el incremento en el esfuerzo de hacer acuerdos con las personas jurídicas y solicitarles, para ello, reformas estructurantes<sup>1224</sup>.

#### **4.2. La persona jurídica como *chivo expiatorio***

El caso Arthur Andersen es considerado el principio del cambio en la actuación de la Fiscalía, en el cual se deja la concepción tradicional de búsqueda de la responsabilidad criminal de la persona jurídica para desarrollar una estrategia que implemente la responsabilidad a través de acuerdos<sup>1225</sup>. Los acuerdos con personas jurídicas, además de mitigar los terribles efectos colaterales generados por la imputación y la condena criminal son una posibilidad de la empresa de dirigir su imagen como de una corporación que adopta las prácticas exigidas por las autoridades públicas y colabora en la solución de los casos. En términos económicos, en vez de sufrir pérdidas de imagen, costes judiciales y riesgo de condena, los acuerdos generan costes relacionados al pago de multa y a otras condicionantes, entre ellas, obligaciones de reestructuración, en las cuales se hace el compromiso de implementar modelos de cumplimiento y cambios de cultura corporativa. Con esta solución serían preservados derechos de inversores, empleados, y del público en general, de manera que se estima un impacto menor en el mercado.

Al mismo tiempo, la noticia del acuerdo adicional al pago de multa y promesa de cambios genera una oportunidad para que la Fiscalía presente resultados eficientes: el caso tuvo una resolución rápida, en la cual no se

---

<sup>1221</sup> *Vid.* BRICKEY (2003: 951-955) hablando sobre los otros casos previos de repercusión para Arthur Andersen.

<sup>1222</sup> GARRETT (2014: 43).

<sup>1223</sup> La expresión fue utilizada en la decisión de un caso que involucraba la exigencia de fiscales a KPMG para que no pagara los costes de defensa de sus empleados. *United States v. Stein (Stein I)*, 435 F. Supp. 2d 330, 336, 381 (S.D.N.Y. 2006).

<sup>1224</sup> GARRETT (2014: 44).

<sup>1225</sup> *Vid.* apartado anterior. *Vid.*, en general, GARRETT (2014).

amenazaron derechos de terceros, la empresa fue responsabilizada por sus hechos ilícitos a través del pago de multa y no tendrá más penas por su amplia colaboración con las autoridades. A esto se añade, que el cambio de la cultura corporativa y la colaboración de la empresa con las investigaciones tiene el potencial para generar la búsqueda de responsabilidad individual de los involucrados en la práctica de los delitos. En realidad, la información oficial del DOJ es de que la prioridad de la Fiscalía Federal de Estados Unidos es promover la responsabilidad de los agentes de la persona jurídica involucrados en los hechos ilícitos, no siendo ésta un chivo expiatorio<sup>1226</sup>. El énfasis de la política del DOJ sería el de no buscar la responsabilidad individual, solo en casos excepcionales, indiferentemente de haber acuerdo con las personas jurídicas. Incluso, conforme a las políticas, en los casos de actuación de altos empleados es aún más importante la búsqueda de la responsabilidad individual<sup>1227</sup>.

No obstante, una de las críticas de los acuerdos con las personas jurídicas es que cuando las empresas grandes son responsabilizadas en el ámbito federal generalmente los individuos no son imputados ni investigados<sup>1228</sup>. Esta realidad puede ser demostrada por datos, por ejemplo, en los casos de jurisdicción del DOJ —la Fiscalía Federal— involucrando acuerdos en la modalidad DPA y sociedades de capital abierto, en los años de 2001 hasta 2012, un tercio de los acuerdos resultó como consecuencia de procesos para promover la responsabilidad de individuos<sup>1229</sup>. De una muestra de 255 casos de acuerdos entre la Fiscalía y grandes empresas —el usual de las empresas de capital abierto— en 89 casos hubo también la persecución de empleados y directivos<sup>1230</sup>.

Además de que esta realidad es muy distinta de la política oficial del DOJ, hay dos datos relevantes que explican cómo estos números significan una distorsión del uso de los acuerdos. En primer lugar, el *deferred prosecution agreement* implica exactamente ponerse de acuerdo con la empresa para que exista un cambio de cultura corporativa, el pago de una multa y la colaboración necesaria para la adecuada investigación e implementación de responsabilidad en el caso. Así no ocurriría huida de responsabilidad de la persona jurídica, pero sus consecuencias colaterales son mitigadas, conforme se ha mencionado. Además, no hay perjuicio al potencial represivo y preventivo del Derecho Penal, puesto que los individuos serán responsabilizados. Exactamente por esto uno de los

---

<sup>1226</sup> GARRETT (2015b: 1790).

<sup>1227</sup> GARRETT (2015b: 1790).

<sup>1228</sup> GARRETT (2015b: 1790). Para otras críticas sobre el hecho *Vid.* MORGENSEN & STORY (2011) y RICH (2011).

<sup>1229</sup> GARRETT (2014: 83). El estudio presenta comparación estadística muy importante para ilustrar la utilización de las empresas como chivo expiatorio, aunque esté restringido a datos colectados de casos ocurridos hasta el año de 2012.

<sup>1230</sup> GARRETT (2014: 83).

elementos relevantes de los DPA es la colaboración con las autoridades realizando la identificación de individuos responsables por las conductas<sup>1231</sup>.

En segundo lugar, el pequeño número de imputaciones de responsabilidad a individuos en casos de delitos practicados por empresa versus el número de imputaciones a individuos no relacionadas a acuerdos con personas jurídicas. Al año, en Estados Unidos, miles de individuos son imputados por delitos económicos y fraudes relacionados con éstos; solamente en 2012, 8.500 personas fueran condenadas por la justicia federal por fraude<sup>1232</sup>. Con relación a la imputación de personas jurídicas, ese número era, en 2012, cerca de 200 personas jurídicas procesadas al año.

Del grupo de 255 casos de acuerdos entre 2001-2012, solo a 54 le fueron imputados delitos de fraude. En el caso de los acuerdos en delitos contra la competencia, personas físicas fueran procesadas en 3 de los 4 acuerdos. Es curioso que, en los casos de violación de leyes de lavado de dinero por bancos, ningún empleado o directivo fue imputado o procesado<sup>1233</sup>. En comparación con los datos generales, en un 25 por ciento de los casos que hubo condena de personas jurídicas tras proceso criminal hubo también condena de individuos: 31 condenas de individuos en 125 casos de condena de personas jurídicas<sup>1234</sup>. Es decir, un 33 por ciento de los casos de acuerdo con personas jurídicas resultaron en imputación y condena de individuos, mientras un 25 por ciento de los casos de condena de personas jurídicas generó condena de individuos. Así, en términos de números, no se observa ningún efecto del cambio de la política del DOJ pos-Arthur Andersen, por lo menos en el periodo de colecta y estudio de los datos, aunque en el escenario general se observa un elevado número de persecuciones y condenas de individuos por delitos económicos en Estados Unidos<sup>1235</sup>. El hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica sea implementada a través de justicia negociada o a través del proceso tradicional, en este aspecto, no genera el efecto deseado de incremento significativo del número de condenas de individuos por la cooperación de la empresa con las investigaciones y procesos. Los acuerdos, más que nunca, parecen un escudo para las personas jurídicas responsables por hechos penales, pero

---

<sup>1231</sup> GARRETT (2014: 83).

<sup>1232</sup> GARRETT (2014: 83). El autor hace la correlación de delitos económicos con la condena de fraude en la justicia federal por la íntima relación de las leyes de fraude de competencia federal en Estados Unidos como parte de los *White collar crimes*. Sobre la temática, incluso, Ellen Podgor explica como la Fiscalía incrementa los números de condena en casos de delitos económicos utilizando toda una variedad de imputaciones relacionadas. *Vid.* en general PODGOR (2018).

<sup>1233</sup> GARRETT (2014: 84).

<sup>1234</sup> GARRETT (2014: 84).

<sup>1235</sup> *Vid.* EISINGER (2017: xvi) hablando del fallo en la persecución de ejecutivos en Estados Unidos en general, incluso después de la crisis de 2008.

también se volvieron un escudo para los individuos que efectivamente estuvieron detrás de la conducta criminalmente reprochable<sup>1236</sup>.

Estos datos de acuerdos son relacionados a personas jurídicas de capital abierto, en el cual hay un grupo de inversores que pueden o no, conforme la situación fáctica, participar en las actividades de dirección de la persona jurídica. No es raro que el capital abierto implique específicamente que los inversores son numerosos, y no vinculados como empleados o directivos, al menos en gran parte. En este sentido, la salud financiera de la empresa es dividida con sus dueños-inversores. En este sentido, las multas pagadas por las empresas en estos acuerdos son divididas con pérdidas para los dueños, y eventualmente con los empleados, como su despedida para intentar equilibrar las pérdidas. Más allá de esto, una consideración interesante también es que el precio de productos y servicios es relacionado también con el coste de la actividad productiva. Así, si hay alguna expectativa de que, si las empresas encuentran una pérdida de lucros o una pérdida de productividad, este coste generado será transferido al destinatario de los productos o servicios. Este repase de costes tendrá el límite permitido por los precios del mercado, además de las consideraciones respecto de la desvinculación de los precios a los efectivos costes.

Por encima, de este argumento se percibe otra de las consecuencias del sistema de responsabilidad corporativa: los costes creados para las empresas serán transferidos, de manera amplia, a los inversores y/o a los consumidores. Estos costes son formados por todas las medidas de la política de responsabilidad de las personas jurídicas, desde el pago de las multas hasta la implementación de cambios estructurales con el desarrollo de programas de cumplimiento<sup>1237</sup>. De esta manera se observa que la política oficial de persecución criminal pos-Arthur Andersen, de incremento en la búsqueda de acuerdos con las corporaciones a cambio de colaboración, restitución y pago de multas<sup>1238</sup>, además de implementación de programa de cumplimientos, parece una buena alternativa para mitigar los perjuicios al mercado causados por la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Sin embargo, el hecho de que los acuerdos no generen incremento en la persecución de los individuos saca del sistema un relevante grado de disuasión y prevención de ilícitos. Este defecto en el sistema tiene sus consecuencias, que se amplían con la expectativa de que los acuerdos con personas jurídicas disminuyan la persecución criminal de los individuos,

---

<sup>1236</sup> Vid. RAKOFF (2014) hablando específicamente del fallo en imputar responsabilidad en los hechos relacionados a recesión en los Estados Unidos.

<sup>1237</sup> Sobre los costes de sistemas de cumplimiento transferidos a consumidores, *vid. Laura Alix for American Banker*, Rising compliance costs are hurting customers, banks say, Bloomberg (12 de abril de 2018), <https://www.bloomberg.com/professional/blog/rising-compliance-costs-hurting-customers-banks-say/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1238</sup> GARRETT (2017: 1484-1485) hablando del incremento de acuerdos con personas jurídicas.

con la utilización de las empresas como verdaderos chivos expiatorios para sus ejecutivos y directores, y el repase de los costes de la protección a los inversores y consumidores<sup>1239</sup>.

### **4.3. La falta de supervisión de los acuerdos**

En la jurisdicción federal las cortes generalmente hacen la evaluación de los acuerdos originados del *plea bargaining*. Esta evaluación es generalmente realizada para garantizar un alto grado de deferencia al negociado entre las partes, en especial cuando existe una agencia federal como una de las partes de la negociación<sup>1240</sup>. Sin embargo, una de las críticas al sistema de la justicia negociada es la dificultad en ejercer el control de las actividades de negociación de la Fiscalía, tanto por parte del Poder Judicial como por parte de la sociedad y del público en general<sup>1241</sup>. Esta ausencia de control ocurre, en parte, por la propia naturaleza de los acuerdos, que muchas veces contienen demasiadas obligaciones y un alto grado de complejidad, que dificulta la evaluación de los jueces, y otras veces porque los acuerdos ni están sometidos a registro en órgano del Poder Judicial (como ocurre con los acuerdos que no son *plea bargaining*). Por otro lado, los fiscales tienen discrecionalidad para evaluar varios factores y desestimar el caso, proponer imputación criminal o negociar un acuerdo, de manera que la competencia del Poder Judicial, para efectivamente evaluar los acuerdos sometidos a su homologación, es muy restricta<sup>1242</sup>.

Los casos penales, en su mayoría, son concluidos con acuerdos aprobados por la autoridad judicial, es decir, sujetos al control del juez competente<sup>1243</sup>. Este es el caso de los *plea bargaining*, que tienen como parte de su rito la homologación judicial permitiendo la evaluación de los términos de los acuerdos, el interés público, los intereses de reparación de las víctimas (si es adecuado al tipo de delito), y generando una condena criminal<sup>1244</sup>. De todos modos, aunque los jueces no están obligados a aprobar un acuerdo entre las partes y la Fiscalía<sup>1245</sup>, el grado de deferencia

---

<sup>1239</sup> La profesora Jennifer Arlen, hablando para el *Working Group on Bribery* de la OECD, analizó la efectividad de un programa de cumplimiento considerando el potencial de generar verdadero efecto de disuasión en ejecutivos, directivos y empleados. *Vid.* ARLEN (2016a).

<sup>1240</sup> GARRETT (2017: 1486).

<sup>1241</sup> GARRETT (2017: 1485) hablando de las críticas a la ausencia de control y la falta de transparencia.

<sup>1242</sup> En realidad, la Suprema Corte decidió que la decisión de los fiscales por hacer imputación criminal solamente puede ser cuestionadas constitucionalmente con la aplicación de un estándar elevado de hechos que demuestre enjuiciamiento selectivo insidioso. *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456, 463 64 (1996). *Vid.* también PAULSEN (2007: 1434) hablando del excesivo poder de la Fiscalía en la negociación de acuerdos.

<sup>1243</sup> GARRETT (2017: 1493).

<sup>1244</sup> GARRETT (2017: 1493). No obstante, conforme se ha mencionado, la Suprema Corte tiene un estándar para revisión de los *plea bargaining*.

<sup>1245</sup> *Santobello v. New York*. 404 U.S. 257, 262 (1971).

dado a la propuesta de acuerdo, generalmente, es muy elevado<sup>1246</sup>. Las reglas del proceso federal permiten al juez, evaluar el acuerdo y sus requisitos, desestimarlos, aprobarlos o incluso diferirlos<sup>1247</sup>. Sin embargo, este rol es limitado por la decisión del gobierno de cómo implementar la ley y ejecutar las políticas criminales<sup>1248</sup>.

El rol del juez en el caso de la aprobación de acuerdos con individuos es distinto del rol en la aprobación de acuerdos con personas jurídicas<sup>1249</sup>. Los acuerdos con las personas jurídicas involucran cuestiones muchas veces ajenas a los acuerdos con individuos, por ejemplo, las prioridades para el uso de recursos de la Fiscalía y del gobierno en la investigación y enjuiciamiento de los casos y los efectos a terceros como inversores y al mercado. Más allá de esto, los acuerdos con las personas jurídicas también pueden contener condicionantes importantes relativas a los órganos reguladores de la actividad empresarial de la persona jurídica<sup>1250</sup>. Así, la evaluación de los acuerdos se vuelve compleja y en el momento de la decisión de aceptación del acuerdo, a estos factores se añaden la evaluación de la remediación de los daños causados a las víctimas, la evaluación de efectividad —o inefectividad— de los programas de cumplimiento y el potencial del acuerdo y de la colaboración para generar responsabilidad criminal de individuos<sup>1251</sup>. Esto demuestra que es importante considerar, por un lado, el debido respeto a las decisiones discrecionales del gobierno y, por otro lado, la propia naturaleza de las consecuencias del acuerdo en las víctimas y en el mercado —que muchas veces no son inmediatas y no pueden ser medidas a través de un recorte que permita al juez anticipar las consecuencias futuras del acuerdo—.

En el caso de los *deferred prosecution agreements* y de los *non-prosecution agreement*, el rol del Poder Judicial es más limitado. Los DPA, cuando firmados, son registrados en el juzgado, y permanecen “abiertos” hasta la ejecución de las condiciones del acuerdo. Cuando el plazo para el cumplimiento de las condiciones termina ocurre el cierre del caso<sup>1252</sup>. La diferencia en tiempo procesal entre los DPA y los NPA es que, en el caso de los primeros, el enjuiciamiento ya ha empezado. Los NPA no son registrados en el juzgado porque son hechos en situaciones en las cuales no hay imputación por delitos<sup>1253</sup>. Diferente de los *plea agreements*, que generan una decisión de condena basada en la confesión y la renuncia al derecho del proceso, los DPA y NPA no generan una condena criminal<sup>1254</sup>. De tal forma

---

<sup>1246</sup> GARRETT (2017: 1494).

<sup>1247</sup> GARRETT (2017: 1494).

<sup>1248</sup> GARRETT (2017: 1496).

<sup>1249</sup> GARRETT (2017: 1494).

<sup>1250</sup> GARRETT (2017: 1497).

<sup>1251</sup> GARRETT (2017: 1497).

<sup>1252</sup> GARRETT (2017: 1499).

<sup>1253</sup> GARRETT (2017: 1499).

<sup>1254</sup> GARRETT (2017: 1499).

que, el uso de los DPA y NPA para casos de responsabilidad criminal aumentó con el pasar de los años<sup>1255</sup>. Aunque el Congreso originalmente tuvo la intención de aprobar esas herramientas para casos de delitos de menor potencial ofensivo, la efectiva utilización de ellos también ocurre en grandes casos, incluso en los casos más grandes de la historia de responsabilidad criminal de personas jurídicas en los Estados Unidos<sup>1256</sup>. La primera vez que se utilizó el DPA como acuerdo con una persona jurídica fue en el año 1994<sup>1257</sup>.

El DPA y el NPA, así como el *plea bargaining*, son considerados herramientas alternativas para la solución de conflictos, en el cual hay la oportunidad de resolver la situación sin juicio<sup>1258</sup>. En estas situaciones, el gobierno es criticado por actuar como acusador, juez y jurados<sup>1259</sup>. Solamente en los casos de *plea bargaining* a el juez es dado a aprobar o desestimar el acuerdo. En el caso de los DPA, la corte no puede desestimar el acuerdo evaluando que los términos son demasiado indulgentes o que no están de conformidad con el interés público<sup>1260</sup>. De esta manera, la evaluación del DPA por los jueces es superficial; lo que es permitido a los jueces es evaluar si el DPA garantiza que la empresa demuestre el cumplimiento de la ley, sin que evada las reglas del *Speedy Trial Act*<sup>1261</sup>. En estos términos, el juez es dado a evaluar si le fue permitido al acusado demostrar su buena conducta, además de evaluar si la renuncia a los derechos del juicio rápido —*speedy trial*— es una manera impropia de obtener renuncia de los derechos de los acusados<sup>1262</sup>. De este modo, se observa que el estándar de evaluación judicial de los DPA no es claro ni suficiente para garantizar un profundo análisis<sup>1263</sup>. Por otro lado, el control del juez también está limitado a la discrecionalidad de las decisiones del gobierno de como ejecutar la política criminal. Y la complejidad de las cláusulas del acuerdo, añadida a las consecuencias regulatorias, la implementación de sistemas de cumplimiento y los efectos de la responsabilidad en el mercado, en general, demuestran la dificultad pragmática del juez de evaluar las medidas propuestas y su verdadero impacto. Es decir, el instrumento utilizado para incrementar la

---

<sup>1255</sup> GARRETT (2017: 1499).

<sup>1256</sup> GARRETT (2017: 1499). *Vid.* también GARRETT (2014: 45-80).

<sup>1257</sup> REILLY (2019: 1116) hablando del histórico de utilización de los DPAs inicialmente como herramienta alternativa de solución de conflictos para delitos de menor gravedad cometidos por juveniles, pasando a la utilización para la responsabilidad de personas jurídicas.

<sup>1258</sup> REILLY (2019: 1116).

<sup>1259</sup> REILLY (2019: 1116).

<sup>1260</sup> REILLY (2019: 1117).

<sup>1261</sup> REILLY (2019: 1121) hablando del caso *Fokker* y del caso *HSBC*.

<sup>1262</sup> REILLY (2019:1122).

<sup>1263</sup> GARRETT (2017: 1499-1501) hablando de diversos casos en los cuales cortes y jueces evaluaron cuestiones múltiples con el intuito de garantizar efectividad a los DPAs propuestos.



colaboración de las personas jurídicas con la Fiscalía, el DPA, ofrece al Poder Judicial una reducida posibilidad de control.

El uso de los NPA significa la total huida del control judicial<sup>1264</sup>. En su origen, estos acuerdos son una alternativa para los casos en los cuales no existe, todavía, el enjuiciamiento criminal. A través de su empleo, el gobierno puede proponer medidas a ser implementadas por la persona jurídica sin tener que desestimar el caso, ni mantener abierta una investigación que, en realidad, no actúa, simplemente espera el cumplimiento de las condiciones acordadas<sup>1265</sup>. La idea es que, mediante el uso de esta herramienta, aunque no haya el enjuiciamiento, el caso no estará solución<sup>1266</sup>. El NPA sería importante para incentivar el auto reporte de conductas delictivas, por ejemplo, en un caso en el que la persona jurídica descubre la práctica de hechos considerados delitos por sus directivos o empleados, posibilita hacer el reporte voluntario a las autoridades competentes. Estas autoridades, por su parte, delante del delito, tendrán el interés de imponer responsabilidad para solucionar la cuestión, imponiendo condiciones para que los hechos no continúen siendo practicados —generalmente a través de sistemas de cumplimiento y monitoreo, además de multas y reparación de víctimas—. En el caso de estos acuerdos, como no hay inicio de persecución criminal, no hay registro en el juzgado ni control judicial<sup>1267</sup>.

#### **4.4. Ausencia de control y violación de derechos**

Los retos para el control de la justicia negociada con personas jurídicas involucran la discrecionalidad de la Fiscalía en la ejecución de la política criminal, así como la discrecionalidad en adoptar herramientas que requieren o no el registro en el juzgado de los términos del acuerdo. Añadido a esto está la naturaleza dada a los acuerdos que, conforme a la Suprema Corte, deben ser interpretados a partir de los principios de los contratos comerciales<sup>1268</sup>. Todos estos factores fundamentan las consideraciones de que la Fiscalía tiene amplio margen para vulnerar los derechos de los acusados, insertando cláusulas abusivas y obligaciones ajenas a su competencia institucional. La ley, por un lado, ofrece los acuerdos como una oportunidad para que las personas jurídicas no sufran con las consecuencias directas e indirectas de la imputación penal. Estas consecuencias, en una época pos-Arthur Andersen, pueden ser consideradas mayores que los costes de los abogados para la defensa y las tasas judiciales: las

---

<sup>1264</sup> GARRETT (2017: 1510).

<sup>1265</sup> GARRETT (2017: 1510).

<sup>1266</sup> GARRETT (2017: 1510).

<sup>1267</sup> Las personas jurídicas pueden ingresar en juicio para intentar obtener la ejecución de las cláusulas, conforme se ha mencionado, debido a la interpretación de la Suprema Corte de que los acuerdos están sujetos a los principios de los contratos comerciales. GARRETT (2017: 1510).

<sup>1268</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

consecuencias colaterales de la imputación criminal a la persona jurídica pueden significar el cierre de los negocios. En este escenario, el gobierno tiene un enorme poder de influencia sobre la decisión de las personas jurídicas para colaborar con la Administración. Este poder desproporcional resulta en el abuso de la discrecionalidad de la Fiscalía y la imposición de cláusulas injustas y que vulneran los derechos de las personas jurídicas y de otros involucrados en las investigaciones<sup>1269</sup>.

Los fiscales federales en Estados Unidos trabajan en el ámbito del *Department of Justice* (DOJ), que incluso regula los factores que deben ser utilizados por la Fiscalía en las decisiones relacionadas a la implementación de la ley criminal. Para ello el DOJ emite innumerables guías, manuales y reglamentaciones. El cambio en estas reglas, con el pasar del tiempo, en especial en lo que se refiere con los acuerdos con las personas jurídicas, sirve para demostrar los problemas relacionados con la imposición de cláusulas abusivas en la utilización de la justicia negociada.

En junio de 1999, el DOJ hizo el primer intento para regular la política de enjuiciamiento de personas jurídicas a través de la publicación de un memorando intitulado *Federal Prosecution of Corporations*, que se quedó conocido como *Holder Memo*<sup>1270</sup>. De acuerdo con esta instrucción, nueve factores no vinculantes deberían ser considerados para imputar la responsabilidad a las empresas, de manera que se intentaba hacer previsible para el mercado las reglas sobre la decisión de los fiscales<sup>1271</sup>. Deberían ser evaluados, entre otros factores, la gravedad de la conducta, el tiempo del auto reporte y el interés de colaborar con las investigaciones, la existencia de programas de cumplimiento y las consecuencias colaterales. Sin embargo, este memorando no tuvo efecto práctico relevante hasta principios de los años 2000.

A partir de los casos Enron y otros grandes escándalos corporativos, en 2003 el DOJ publicó otro memorando, intitulado *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, que se quedó conocido como el *Thompson Memo*<sup>1272</sup>. Con ello se produjeron algunos cambios en el documento anterior, de 1999, y añadiéndose como décimo factor a ser considerado la evaluación de la cooperación de la persona jurídica y el reporte voluntario de información y del hecho indebido<sup>1273</sup>. Este nuevo factor debería ser evaluado considerando si la persona jurídica, mientras declaraba su interés de cooperar, había adoptado alguna conducta que obstaculizara de alguna manera las investigaciones, no importando si la conducta configurara o no delito de obstrucción<sup>1274</sup>. Además, el memo

---

<sup>1269</sup> SENKO (2009: 164).

<sup>1270</sup> SENKO (2009: 165).

<sup>1271</sup> SENKO (2009: 165).

<sup>1272</sup> SENKO (2009: 166).

<sup>1273</sup> SENKO (2009: 166).

<sup>1274</sup> SENKO (2009: 166).

indicaba la posibilidad de evaluar el interés de la persona jurídica en colaborar basado en la efectiva renuncia del secreto de la relación cliente-abogado, además de la renuncia del secreto de los *work product*<sup>1275</sup>. En otras palabras, a partir del *Thompson Memo*, el interés de la persona jurídica en colaborar podría ser mensurado a partir de la renuncia del secreto de las relaciones cliente-abogado y de la renuncia al secreto de las pesquisas y documentos preparados por el abogado para orientar a su cliente y adoptar las medidas necesarias —los *work product privileges*—.

Este memorando, a diferencia del anterior, era vinculante a los fiscales y fue muy criticado por las corporaciones en especial por tener como punto focal la búsqueda de la renuncia de los derechos de protección de la relación cliente-abogado<sup>1276</sup>. Como respuesta a estas críticas, el DOJ publicó en 2006 otro memorando, con el mismo título, el *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, que se quedó conocido como *McNulty Memo*<sup>1277</sup>. En este memorando, el DOJ restringió la habilidad de la Fiscalía para requerir la renuncia de los derechos de secreto entre abogado y cliente. Además, el memo intentó limitar la práctica de los fiscales para considerar el pago adelantado de los honorarios de abogados por la entidad a sus empleados como elemento en la consideración del nivel de cooperación<sup>1278</sup>. Esta práctica de evaluar el pago adelantado de honorarios de abogado para los empleados hacía que las empresas fueran obligadas a incumplir compromisos de pago de los costes judiciales de defensa de los que actuaban en su nombre, dado que, si la empresa pagara, los fiscales podrían considerar que su interés en colaborar no estaba presente. Sin embargo, el memo mantenía el énfasis en la evaluación del interés de la persona jurídica en colaborar con la investigación de la conducta individual de sus empleados y directivos como base para que el fiscal decidiera imputar o no responsabilidad criminal a la persona jurídica<sup>1279</sup>.

A partir de estas reglas del DOJ, la persona jurídica que quisiera cooperar tendría que ser evaluada no simplemente su acción en la investigación interna de los hechos y la entrega de documentación que comprobara la conducta, sino también desde sus acciones relacionadas a intentar suministrar medios legales de defensa a sus empleados y directivos. Por ello, en 2008, la Corte Federal de Apelación del Segundo Circuito decidió, en el caso *United States v. Stein*, que la exigencia del DOJ violaba el derecho constitucional de defensa por abogado, por presionar a la persona jurídica a suspender los pagos de los costes de defensa de sus

---

<sup>1275</sup> SENKO (2009: 166) hablando de que esa evaluación también ocurría bajo el memo anterior, pero sin los criterios específicos.

<sup>1276</sup> SENKO (2009: 166).

<sup>1277</sup> SENKO (2009: 166).

<sup>1278</sup> SENKO (2009: 167).

<sup>1279</sup> SENKO (2009: 167).

empleados y directivos<sup>1280</sup>. El caso involucraba a la empresa KPMG, y la corte decidió que la decisión de no adelantar los honorarios de abogado en la defensa de su empleado fue basada en la influencia abrumadora de la Fiscalía, de manera que la violación tenía como presupuesto una acción del gobierno. La corte concluyó que la interferencia del gobierno en la relación de los acusados con sus defensores fue injustificable y resultó en la indebida denegación de defensa a los acusados y en la violación de las reglas constitucionales<sup>1281</sup>.

En resumen, durante la etapa de negociación con la Fiscalía y para hacer cumplir los requisitos de la colaboración la empresa decidió que no haría el pago con costes de defensa de cualquier empleado o directivo que no concordara en hablar con la Fiscalía o que invocara el derecho constitucional a la no autoincriminación<sup>1282</sup>. El argumento de los acusados en la apelación era de que, para que no hubiera la imputación de la KPMG, la empresa les había coaccionado a hacer declaraciones solicitadas por la Fiscalía, en violación a sus derechos constitucionales<sup>1283</sup>. Además, los acusados argumentaban que la práctica anterior de la KPMG era hacer el pago de la defensa de sus empleados imputados por conductas desarrolladas en el ámbito de sus actividades en la empresa<sup>1284</sup>. La corte concluyó por desestimar la declaración coaccionada de los empleados, puesto que basada en la imposición de la Fiscalía sobre la persona jurídica para que esta obtuviera la renuncia a los derechos constitucionales —esta renuncia que la propia Fiscalía no había logrado obtener—. En este sentido, la decisión fue que el uso de la estrategia de negociación por parte del gobierno extrapolaba los límites de la debida conducta de la autoridad gubernamental<sup>1285</sup>.

El DOJ, el mismo día de la publicación de la decisión en el caso *Stein*, cambió su política de evaluación de colaboración de personas jurídicas en el curso de investigaciones penales<sup>1286</sup>. A partir de este cambio se prohibía expresamente que los fiscales exigieran la renuncia al secreto de la relación cliente-abogado y a los documentos e información de instrucción del abogado al cliente. También se prohibía que el pago de costes de defensa de empleados fuera considerado en la evaluación de la colaboración de las empresas con las investigaciones<sup>1287</sup>. Anteriormente, estos factores eran considerados por los fiscales en la decisión de aceptar un acuerdo o hacer la imputación criminal de la persona jurídica<sup>1288</sup>. Además, el hecho de que la

---

<sup>1280</sup> *United States v. Stein*, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008).

<sup>1281</sup> BOHRER & TRENCHER (2007: 1502).

<sup>1282</sup> BOHRER & TRENCHER (2007: 1492).

<sup>1283</sup> BOHRER & TRENCHER (2007: 1492).

<sup>1284</sup> BOHRER & TRENCHER (2007: 1492).

<sup>1285</sup> BOHRER & TRENCHER (2007: 1492).

<sup>1286</sup> SENKO (2009: 167).

<sup>1287</sup> SENKO (2009: 167).

<sup>1288</sup> SENKO (2009: 167).

empresa al haber acordado realizar la defensa conjunta de sus empleados y el hecho de haber o no sancionado o de haber realizado el despido de los involucrados, no podría ser considerada negativamente por la Fiscalía<sup>1289</sup>. Un factor interesante es que, a partir de estas alteraciones, la política del DOJ expresamente disponía que las consecuencias colaterales para terceros inocentes deberían ser consideradas en la decisión de proponer un DPA<sup>1290</sup>. Esta alteración en las directrices de actuación de los fiscales federales en Estados Unidos es considerada parte de un intento por impedir la aprobación de la legislación limitante de la discrecionalidad de la Fiscalía por el Congreso. Conforme a la propuesta en trámite antes de la alteración, la nueva legislación prohibiría todas las exigencias de renuncia a derechos de secreto cliente-abogado en todas las investigaciones federales<sup>1291</sup>.

#### **4.5. Imposición de condiciones excesivas**

Los cambios mencionados en las reglas del DOJ sobre la colaboración de las personas jurídicas en caso de responsabilidad por hechos ilícitos tenían como finalidad incrementar el potencial represivo y preventivo del derecho criminal, con la reducción de las consecuencias colaterales a terceros no culpables. Para ello, la colaboración de las personas jurídicas estaba relacionada con dos ejes, el primero, la colaboración que fuera útil para la investigación de individuos responsables por las conductas ilícitas. El segundo, la colaboración que generara cambio en la cultura corporativa e implementación de herramientas preventivas —sistemas de cumplimiento adecuados y debidamente monitoreados—. Conforme se analizó en el apartado anterior, el exceso de discrecionalidad de la Fiscalía en la imposición de condicionantes para garantizar la colaboración que auxiliara en la investigación de individuos involucrados genera la violación de derechos constitucionales de defensa. Además, al añadir en la colaboración la implementación de medidas de cumplimiento, en diversas ocasiones la Fiscalía ha implementado exigencias a las personas jurídicas que, en términos abstractos, están por de fuera de su competencia institucional y de su potencial de monitoreo. En este sentido, el DOJ, a través de sus prácticas y políticas, efectivamente permite a los fiscales crear obligaciones a las personas jurídicas, interpretarlas y exigir su cumplimiento, sin que existan adecuadas restricciones a estos poderes de la Fiscalía, ni tampoco monitoreo interno o externo de la conducta de los fiscales<sup>1292</sup>. Esta cuestión es especialmente preocupante por el hecho de que el cambio en las estructuras de gobernanza de las personas jurídicas empieza a ser formado de acuerdo con las exigencias de los fiscales<sup>1293</sup>.

---

<sup>1289</sup> SENKO (2009: 167).

<sup>1290</sup> SENKO (2009: 167-168).

<sup>1291</sup> SENKO (2009: 167-168).

<sup>1292</sup> ARLEN (2016b: 231).

<sup>1293</sup> *Vid.* GARRETT (2007: 936).

Para explicar esta cuestión, hace falta una evaluación abstracta de la responsabilidad tradicional de personas jurídicas y la responsabilidad implementada a través de herramientas de justicia negociada. De manera simplista, la idea de responsabilidad corporativa basada en deberes que la empresa tradicionalmente incluye como, el de adoptar un efectivo programa de cumplimiento, hacer el reporte voluntario de las conductas, además de cooperar con las investigaciones y las autoridades en lo que fuera necesario<sup>1294</sup>. En el modelo de responsabilidad basada en las obligaciones de las personas jurídicas, éstas son impuestas a todas las empresas incluso antes de que ocurran las conductas delictivas. La aplicación de la ley criminal y la sanción de las personas jurídicas ocurren cuando hay violación de estos deberes, materializada como efectiva violación de las leyes criminales<sup>1295</sup>. En este sentido, las personas jurídicas son responsables por la no actuación para impedir —o reducir y auxiliar en la descubierta y responsabilidad— la práctica de delitos.

La justicia negociada realizada a través de acuerdos impone dos retos a este modelo. En primer lugar, a través de los acuerdos son impuestas las obligaciones de cumplimiento solamente después de la práctica del hecho delictivo —y no de manera anticipada, verdaderamente preventiva<sup>1296</sup>—. Así, las personas jurídicas no necesariamente saben cuáles son los deberes especiales de cumplimiento y colaboración que deberán adoptar antes de la práctica y descubierta del hecho delictivo. En segundo lugar, como la obligación de cumplir surge después de la práctica del delito, la violación de las obligaciones de cumplimiento se vuelve como la “nueva irregularidad”, dispensando la práctica de verdadero ilícito<sup>1297</sup>.

La política del DOJ evalúa en el caso concreto la disposición de la empresa para colaborar, lo que incluye auxiliar en las investigaciones e implementar programas y obligaciones de cumplimiento. Así, la justicia negociada entrega a los fiscales un rol de cuasi-reguladores de las empresas que cometieron ilícitos<sup>1298</sup>. A cambio de no recibir una imputación criminal, los fiscales reciben competencia (en el acuerdo) para imponer obligaciones y deberes específicos a las empresas presuntamente involucradas en hechos considerados delitos. En el monitoreo de estas obligaciones el simple incumplimiento —indiferentemente de si de naturaleza penal o no— puede ser sancionado en diversas intensidades, incluso con la consideración de la desestimación de los beneficios del acuerdo<sup>1299</sup>.

Las guías y políticas del DOJ, además de la práctica de los fiscales federales, gestiona la imposición de acuerdos en el ámbito de justicia

---

<sup>1294</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>1295</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>1296</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>1297</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>1298</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 327).

<sup>1299</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 327).

negociada para las empresas involucradas en hechos ilícitos y que en el tiempo de la irregularidad no disponían de programa de cumplimiento efectivo<sup>1300</sup>. Sin embargo, estas guías y políticas no contienen verdaderos estándares previos sobre lo que debe ser impuesto como condiciones para los acuerdos<sup>1301</sup>. Una alternativa posible sería reconocer la necesidad de imponer sanciones financieras relevantes a las personas jurídicas que incumplieran deberes de supervisión *ex ante* las conductas delictivas<sup>1302</sup>. De esta manera, las obligaciones claras y previas darían impulso al cambio en la cultura corporativa relacionada con la prevención de delitos. Las imposiciones de condiciones pos-delito, a su tiempo, tienen relevancia en los casos que la práctica de los hechos indebidos esté relacionada con una coyuntura institucional, una falla que permita a los directivos y empleados obtener beneficios para sí mismos a partir de los hechos indebidos<sup>1303</sup>. En este aspecto, el fiscal no estaría en la posición de imponer una verdadera regulación de estructura de las empresas en los casos concretos. Además, la previsibilidad de la exigencia de un programa efectivo, con obligaciones de prevenir y mitigar delitos tendría el potencial de ampliar la prevención de delitos.

Otro cambio en la política del DOJ ejemplifica la dificultad de incrementar el efecto preventivo y represivo del Derecho Penal a partir de las herramientas de colaboración con las personas jurídicas. Conforme se ha mencionado, la política esta basada en reducir los riesgos de efectos colaterales a terceros y promover la adecuada responsabilidad individual de los responsables por los delitos, entre otros factores. Para concretar estas finalidades, el 9 de septiembre de 2015 fue publicado lo que es conocido como el *Yates memo*, una nueva guía sobre la responsabilidad individual para casos de delitos corporativos<sup>1304</sup>. Este memorándum fue considerado una crítica implícita a la política anterior del DOJ, que no generaba la responsabilidad individual de ejecutivos en los casos de delitos practicados por personas jurídicas<sup>1305</sup>. En esencia, el memorando Yates decía que los fiscales deberían utilizar los recursos a su disposición para la búsqueda de responsabilidad de los individuos responsables por los hechos<sup>1306</sup>.

El elemento principal para evaluar la colaboración de las personas jurídicas y con ellas firmar acuerdos de mitigación de responsabilidad sería la identificación nominal de los responsables por las conductas ilícitas. Sin

---

<sup>1300</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 327).

<sup>1301</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 327).

<sup>1302</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 328).

<sup>1303</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 328).

<sup>1304</sup> Sally Quillian Yates, *Memorandum: Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* \*1-2 (DOJ, Office of the Deputy Attorney General, Sept 9, 2015), en línea: <http://perma.cc/PBC2-TZPX> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1305</sup> *Vid.* EISINGER (2017: 319).

<sup>1306</sup> EISINGER (2017: 319).

ello no habría posibilidad de considerar la colaboración como efectiva<sup>1307</sup>. La duda estaba sobre cuál de los tipos de individuos, las personas jurídicas deberían nombrar, dado que, en casos anteriores las autoridades se contentaban con la identificación de empleados sin nivel de gestión —como chivos expiatorios<sup>1308</sup>—. Es decir, la cuestión era si en realidad el memorando traería cambios efectivos en la ejecución de la política criminal. Al mismo tiempo que publicaba el memorándum, el DOJ implementó otra modificación: la creación de una oficina de cumplimiento para evaluar la colaboración de las personas jurídicas<sup>1309</sup>. Su rol era el de evaluar si las empresas efectivamente colaboraron y si recibían el adecuado crédito por ello. En la práctica este cambio hacía todavía más difícil la implementación de responsabilidad de personas jurídicas y de individuos porque imponía más burocracia en la evaluación de la colaboración con las investigaciones<sup>1310</sup>.

Dos casos ocurridos después del memorando demuestran que la política del DOJ, en efectivo, no ha cambiado: el de Goldman Sachs y el de Volkswagen. En el primero, ocurrido en 2016, no fue hecha ninguna imputación a individuos<sup>1311</sup>. En el segundo, hubo imputación de ejecutivos de Volkswagen por la falsedad en los reportes de emisión de contaminantes, pero el DOJ no pareció interesado en imputar responsabilidad a ningún alto ejecutivo de la empresa alemana<sup>1312</sup>. Además, el memorando y la falla para implementar la responsabilidad individual por los hechos no implicaron en ninguna acción por el DOJ para evaluar las herramientas disponibles para la lucha contra los delitos económicos y para obtener efectivamente la prevención y la represión de los delitos practicados a partir de la omisión de personas jurídicas<sup>1313</sup>. Sin embargo, permanecieron las multas y la imposición de obligaciones de cumplimiento pos-actos —como verdadera actividad regulatoria de las personas jurídicas<sup>1314</sup>—.

#### **4.6. Discrecionalidad y sanción de empresas extranjeras**

En el pasado, la responsabilidad de personas jurídicas extranjeras no era tan común, de manera que esto no era una preocupación de investigación y pesquisa<sup>1315</sup>. Con el pasar del tiempo, en especial por la

---

<sup>1307</sup> EISINGER (2017: 319).

<sup>1308</sup> EISINGER (2017: 320) hablando de casos en los cuales se aceptó la indicación de empleados que no tenían nivel de gestión o de ejecutivos de las personas jurídicas.

<sup>1309</sup> EISINGER (2017: 320).

<sup>1310</sup> EISINGER (2017: 320).

<sup>1311</sup> EISINGER (2017: 320) hablando del proceso civil ingresado por el gobierno para implementar la responsabilidad por los hechos indebidos relacionados a hipoteca.

<sup>1312</sup> EISINGER (2017: 320).

<sup>1313</sup> EISINGER (2017: 321).

<sup>1314</sup> *Vid.* ARLEN & KAHAN (2017) hablando en general de las condiciones impuestas a las personas jurídicas como obligaciones de cumplimiento.

<sup>1315</sup> *Vid.* GARRETT (2011a: 1776).



implementación de leyes con potencial de aplicación extraterritorial —como el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)— la política criminal federal de Estados Unidos pasó también a tener importancia para empresas extranjeras. Incluso los fiscales federales tienen como objetivo declarado investigar y responsabilizar empresas extranjeras<sup>1316</sup>: el DOJ busca, erradicar la corrupción global, y garantizar la estabilidad y seguridad de los mercados doméstico e internacional<sup>1317</sup>. Para obtener estos resultados, a lo largo de los años se expandió el número de empresas extranjeras y sus empleados condenados por crímenes como violaciones a las leyes antitrust, crímenes contra el medioambiente, soborno transnacional, fraude en pago de impuestos y tasas, fraude bancario y *wire fraud*<sup>1318</sup>. Entre las condenas tres casos notables son el de Siemens AG, el del banco suizo UBS AG y el del antiguo programa de las Naciones Unidas *Oil for Food* en Iraq<sup>1319</sup>.

En este escenario, una de las críticas al uso de las herramientas de colaboración para personas jurídicas es que ello resulta en que las empresas extranjeras reciban un número mayor de condenas y pagan multas más altas que las empresas de Estados Unidos<sup>1320</sup>. En primer lugar, es importante que se observe que el temor de sufrir consecuencias catastróficas de una condena criminal en los Estados Unidos es considerado el principal factor que hace que las personas jurídicas extranjeras acepten colaborar con las autoridades estadounidenses y acepten la imposición de responsabilidad a través de acuerdos<sup>1321</sup>. Tradicionalmente otros países no imponían responsabilidad criminal a las personas jurídicas, o al menos no lo hacían con tanta dureza como en Estados Unidos, en especial considerando que países europeos y en el resto del mundo todavía están cambiando sus sistemas jurídicos relacionados con la responsabilidad criminal empresarial —o lo hicieron en la última década<sup>1322</sup>—. Algunos países tuvieron más facilidad de aplicar la responsabilidad civil a las empresas y la

---

<sup>1316</sup> GARRETT (2011a: 1776).

<sup>1317</sup> GARRETT (2011a: 1776-1777) hablando de presentación de representante del DOJ delante de la *American Bar Review National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act*, en el año 2006 y de informes del DOJ publicados en 2011 con las prioridades de la sección criminal del departamento.

<sup>1318</sup> GARRETT (2011a: 1776-1777). *Wire fraud* es un tipo de delito en el cual, básicamente, se realiza una estafa en con la utilización de sistemas de comunicación estadounidenses, lo que genera la competencia federal para un número grande de casos (por la simple utilización de sistema de interés nacional en la comisión del delito). El estatuto de *wire fraud* es muy utilizado para obtener condena en los casos de delitos económicos. *Vid.* ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 198-203).

<sup>1319</sup> GARRETT (2011a: 1777).

<sup>1320</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1321</sup> GARRETT (2011a: 1777).

<sup>1322</sup> GARRETT (2011a: 1778) hablando de la generalizada ausencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas y del intento de algunos países de implementar legislación para ello.

responsabilidad criminal a los individuos, de manera que las empresas no sean imputadas criminalmente<sup>1323</sup>.

Las personas jurídicas extranjeras muchas veces se ven obligadas a cooperar con los fiscales estadounidenses para evitar las consecuencias de la imputación y la condena penal. Los factores determinantes de esta necesidad de colaborar están relacionados con la amplitud de la ley criminal de Estados Unidos, con descripciones de delitos más amplios y comprensivos, además de penas más graves y reglas más punitivas que en muchos otros países<sup>1324</sup>. Otro factor es la posibilidad de responsabilidad de las personas jurídicas más amplia basada en los conceptos de *respondeat superior*, que permiten aplicación de responsabilidad criminal incluso en casos de conductas de empleados<sup>1325</sup>. A partir de estos factores, hay una noción de que los fiscales estadounidenses tienen una mayor latitud para hacer imputaciones y en proponer responsabilidad. Además, diversas leyes y reglamentos permiten la imposición de consecuencias colaterales relevantes como; condenas a las personas jurídicas, sanciones de exclusión del mercado aplicadas por agencias reguladoras, exclusión de los contratos gubernamentales e imposición de altas multas de naturaleza civil<sup>1326</sup>. Como resultado, hay un gran incentivo para que las personas jurídicas extranjeras acepten realizar acuerdos con la Fiscalía de Estados Unidos cuando hay algún caso de irregularidad descubierto a través de reporte voluntario o reporte/denuncia de otras empresas o, incluso, que los empleados de la propia empresa extranjera denuncien<sup>1327</sup>.

Conforme se ha mencionado, el cambio de la política del DOJ hizo que los fiscales utilizaran más herramientas de colaboración, que la imputación criminal de las personas jurídicas. Lo mismo ocurrió con las empresas extranjeras. Sin embargo, datos demuestran que las personas jurídicas extranjeras generalmente no reciben propuesta para firmar *deferred prosecution agreements*, diferente de lo que ocurre con las personas jurídicas estadounidenses<sup>1328</sup>. Las personas jurídicas extranjeras generalmente son instigadas a confesar a través de *guilty pleas*<sup>1329</sup>. Aunque las dos herramientas —DPA y *guilty pleas*— sean de uso común por los fiscales, el cambio en la política del DOJ favorece los acuerdos en los cuales no existe condena —como el DPA y el NPA, analizados en el apartado anterior—. El hecho de que con las empresas jurídicas extranjeras sea más común realizar acuerdos a través del *guilty plea* hace que estos casos

---

<sup>1323</sup> GARRETT (2011a: 1778).

<sup>1324</sup> GARRETT (2011a: 1778).

<sup>1325</sup> GARRETT (2011a: 1778).

<sup>1326</sup> GARRETT (2011a: 1778).

<sup>1327</sup> GARRETT (2011a: 1778) hablando de los factores de incentivo para aceptar colaborar con las autoridades estadounidenses.

<sup>1328</sup> GARRETT (2011a: 1779).

<sup>1329</sup> GARRETT (2011a: 1779).

terminen en una condena judicial —aunque negociada con la Fiscalía, es una condena por delito a partir de la confesión y la renuncia al juicio—.

Sobre esta realidad, un estudio evaluó más de mil casos de personas jurídicas y *guilty pleas*, concluyendo que las penas financieras en los casos han sufrido incrementos desde 1993<sup>1330</sup>. El estudio también observó que las empresas extranjeras generalmente recibieron una pena medianamente mayor que la pena recibida por las empresas estadounidenses de las mismas proporciones<sup>1331</sup>. En promedio, las personas jurídicas extranjeras recibieron penas veintidós veces más grandes que las personas jurídicas estadounidenses<sup>1332</sup>. Sin embargo, esto no permite concluir que los fiscales del DOJ tratan a las personas jurídicas extranjeras de manera diferente de las personas jurídicas de Estados Unidos<sup>1333</sup>. Algunos factores pueden explicar la diferencia entre las penas. El primero, hay una expectativa de que los fiscales del DOJ ejerzan sus competencias solo en investigación de casos de responsabilidad de personas jurídicas extranjeras si las conductas fueren más relevantes y graves, dado que las investigaciones internacionales presentan particulares dificultades para la obtención de pruebas y la colaboración con otros países<sup>1334</sup>. El segundo, en los casos evaluados las personas jurídicas extranjeras condenadas son personas jurídicas de capital abierto y grandes corporaciones, comparadas con las personas jurídicas nacionales condenadas<sup>1335</sup>. En tercer lugar, hay evidencias de que la proporción de las personas jurídicas extranjeras condenadas por delitos más graves es más grande que la proporción de personas jurídicas nacionales<sup>1336</sup>. Más allá de estos factores, una cuestión que puede explicar las distinciones es que las personas jurídicas extranjeras pueden estar más inclinadas a hacer reporte voluntario y aceptar condena, haciendo los casos más simples para los fiscales, reduciendo la necesidad de investigación y el uso de recursos del gobierno<sup>1337</sup>.

A partir del estudio también se observa que las personas jurídicas son generalmente condenadas por delitos específicos, como violación a la ley de antitrust, delitos ambientales y soborno transnacional previsto en la FCPA<sup>1338</sup>. En estas áreas hay evidencias de que obtener condenas de las personas jurídicas extranjeras es una prioridad de los fiscales federales, habiendo un incremento en la persecución de empresas extranjeras en los

---

<sup>1330</sup> GARRETT (2011b) hablando de los más de 1000 casos evaluados.

<sup>1331</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1332</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1333</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1334</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1335</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1336</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1337</sup> GARRETT (2011a: 1780).

<sup>1338</sup> GARRETT (2011a: 1781).

últimos años analizados<sup>1339</sup>. Además, en la práctica, las empresas extranjeras investigadas son más grandes que las empresas domésticas investigadas por los mismos hechos, y las penas aplicadas también son más grandes<sup>1340</sup>. Otra cuestión observada es que la mayor parte de la persecución y acuerdos con las personas jurídicas extranjeras es hecha en las oficinas del DOJ en Washington, de manera centralizada, y generalmente con participación del Departamento de Estado, con la adopción de guías formales y orientaciones informales<sup>1341</sup>. Además, se observa en los casos la colaboración de los fiscales estadounidenses con los fiscales de otros países en la búsqueda de responsabilidad por delitos transnacionales<sup>1342</sup>.

Las razones del DOJ para utilizar estas estrategias de imposición de responsabilidad criminal a empresas extranjeras está relacionada con el flujo de capital, de bienes y de servicios a través de las fronteras internacionales, lo que también hace que la criminalidad desarrolle características de internacionalidad<sup>1343</sup>. Hay indicios de que el DOJ tiene especial interés en los casos de soborno transnacional puesto que es una práctica que implica la reducción de competitividad de las empresas estadounidenses en contrataciones en otros países. Con ello, hay una expectativa de impedir la práctica criminal en todo el mundo a través de la imposición de responsabilidad criminal de personas jurídicas extranjeras. Otra justificación para penas más gravosas a las empresas extranjeras es que los hechos son más difíciles de descubrir y sancionar, comparados con delitos de empresas domésticas realizadas en Estados Unidos<sup>1344</sup>. De esta manera, el incremento en las penas tendría la posibilidad de incrementar el efecto preventivo del Derecho Penal.

El último factor que puede ser relevante para las disparidades entre las penas aplicadas a los casos de delitos de empresas extranjeras comparadas con delitos de empresas domésticas puede estar relacionado con la menor preocupación de algunas empresas extranjeras en las repercusiones negativas de la condena en Estados Unidos<sup>1345</sup>. En este sentido, algunas de las empresas pueden aceptar más fácilmente el *plead of guilty* en lugar de luchar por un acuerdo que no signifique condena criminal —como el DPA o el NPA— porque habrán reducido los potenciales daños colaterales o daños a la imagen de la empresa en Estados Unidos o en su propio país. Por la naturaleza de algunos negocios o bienes, algunas empresas extranjeras

---

<sup>1339</sup> GARRETT (2011a: 1781) hablando de la última década considerada a partir del año 2011, lo que en 2019 se traduce a casi dos décadas.

<sup>1340</sup> GARRETT (2011a: 1781).

<sup>1341</sup> GARRETT (2011a: 1781).

<sup>1342</sup> GARRETT (2011a: 1781).

<sup>1343</sup> GARRETT (2011a: 1782).

<sup>1344</sup> GARRETT (2011a: 1782).

<sup>1345</sup> GARRETT (2011a: 1782).

pueden no estar preocupadas en perder clientes estadounidenses como repercusión de sus conductas penales en el extranjero —en los casos de responsabilidad criminal en Estados Unidos basada en las reglas de extraterritorialidad—. Además, la responsabilidad por conductas realizadas en Estados Unidos o en un tercer país también puede no generar daños a la imagen de la persona jurídica en su país de origen, esto dependerá de su propia relación con el mercado, el tipo de productos o servicios y la legislación doméstica<sup>1346</sup>.

Estos factores, conforme a los datos de la investigación, pueden explicar las distinciones del tratamiento recibido por personas jurídicas estadounidenses y extranjeras en la resolución de cuestiones penales a través de acuerdos. Sin embargo, los datos disponibles al público no son suficientes para responder a todos los cuestionamientos, en especial debido a la complejidad del aparato de la Fiscalía en lo que se refiere a la discrecionalidad para imponer la política criminal<sup>1347</sup>. Así, el propio autor del estudio menciona la necesidad de que sean reevaluadas las acciones del DOJ en la implementación de la política criminal en los casos de empresas extranjeras<sup>1348</sup>. En especial porque la actuación de la Fiscalía genera un cambio en las decisiones empresariales, que incluye desalentar inversiones en países en desarrollo —por el incremento en los riesgos de responsabilidad criminal extraterritorial en Estados Unidos—, así como alteración en las estructuras de gobernanza de empresas multinacionales en los estándares de los fiscales estadounidenses<sup>1349</sup>. Además, algunos de los casos indican que los fiscales actuaron de manera muy cautelosa con multinacionales, imponiendo sanciones solamente a la subsidiaria nacional, sin repercusión de responsabilidad individual de la empresa matriz y su cuerpo directivo<sup>1350</sup>.

Otro punto relevante de este tema es que, en el periodo de 2009 a 2016, fueron realizados los nueve acuerdos más grandes de colaboración con responsabilidad hasta entonces<sup>1351</sup>. Todas las empresas —excepto tres de ellas— eran empresas extranjeras. Esto conllevó a sospechas de que el DOJ adoptaba una mayor rigidez en los casos de empresas extranjeras o, al menos, adoptaba una conducta más flexible en el caso de empresas de Estados Unidos<sup>1352</sup>. Este período corresponde con la crisis y recesión económica de Estados Unidos, y en 2009 un nuevo jefe de la división criminal del DOJ demostró preocupación con la ausencia de casos

---

<sup>1346</sup> GARRETT (2011a: 1782).

<sup>1347</sup> GARRETT (2011a: 1784).

<sup>1348</sup> GARRETT (2011a: 1783).

<sup>1349</sup> GARRETT (2011a: 1783).

<sup>1350</sup> GARRETT (2011a: 1784).

<sup>1351</sup> EISINGER (2017: 195).

<sup>1352</sup> EISINGER (2017: 195).

relacionados a los problemas con el sistema financiero<sup>1353</sup>. Por ello, estos casos transnacionales fueron criticados como una distracción a la ausencia de adecuadas medidas para investigar los hechos relacionados a la crisis financiera<sup>1354</sup>. De esta manera, se puede observar la desproporcionalidad en el tratamiento que los fiscales estadounidenses ofrecen a empresas extranjeras, comparado con los acuerdos con las empresas domésticas. Sin embargo, no es claro si esto es generado por factores simples —como el hecho de que la empresa sea extranjera— o se una gama de factores, incluso políticos, que generan las diferencias en el *enforcement* de los casos. Sin embargo, es claro que la utilización de la discrecionalidad de los fiscales permite que este efecto se genere, y la ausencia de control y de reglas claras y de aplicación uniforme hace más difícil la identificación de las principales causas de estas disparidades.

## 5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA

El análisis de la colaboración en Estados Unidos permite coleccionar consideraciones sobre las leyes, el funcionamiento de las instituciones, los posibles impactos e incentivos que el mercado y la actuación política tienen en las herramientas de justicia negociada, además de proveer casos concretos y la posibilidad de investigación y recogida de elementos que permitan establecer críticas y las necesidades de mejora y adecuaciones. Es posible observar que la colaboración penal —el *plea bargaining* y el *guilty plea*— no son elementos tan antiguos en sistemas de *common law* ni tampoco en el sistema estadounidense. En realidad, hasta 1970 la Suprema Corte consideraba que la confesión bajo promesas o amenazas era inconstitucional, siguiendo las tradiciones inglesas del *common law*. Además, es importante observar también que la responsabilidad de las personas jurídicas y la utilización de herramientas de justicia negociada como el *plea bargaining* son dos temas diferentes pero que tuvieron su desarrollo correlacionado. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, que se desarrolla desde antes del siglo XX<sup>1355</sup>, puso a las empresas bajo el estatus de investigadas en el proceso criminal, incluso antes de que la Suprema Corte decidiera por la constitucionalidad de la confesión basada en promesas de ventajas o en amenazas. Con el cambio en el precedente de la Suprema Corte, el hecho de ser *parte* en la acción penal hace que a la persona jurídica también le sean ofrecidos incentivos para colaborar con las autoridades y evitar los altos costes y perjuicios relacionados a la imputación y a la marcha procesal. De esta manera, es importante observar que el *plea bargaining* y el *guilty plea* de las personas físicas y de las

---

<sup>1353</sup> EISINGER (2017: 194) hablando del discurso del jefe del departamento criminal del DOJ de priorizar los casos de delitos transnacionales.

<sup>1354</sup> EISINGER (2017: 195).

<sup>1355</sup> *Vid.* PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23) y el caso *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

personas jurídicas no tienen desarrollo independiente: los acuerdos de colaboración con personas jurídicas son parte del sistema de justicia negociada de Estados Unidos.

Además, el propio funcionamiento de la justicia negociada y su importancia en el sistema criminal estadounidense hizo que las instituciones —como la Policía, la Fiscalía y el Poder Judicial— desarrollaran lo que puede ser considerado una “dependencia” en la colaboración de los investigados para actuar<sup>1356</sup>. Este uso de la colaboración, por cierto, no está aislada en el sistema criminal: incluso en la responsabilidad de naturaleza administrativa o civil hay diversas posibilidades de colaboración y confesión<sup>1357</sup>. De hecho, toda esta estructura desarrollada a lo largo de los años permitió la realización de estudios e investigaciones que apuntan críticas y retos para el adecuado funcionamiento del sistema criminal estadounidense, en especial cuando son evaluados bajo valores de justicia, igualdad, derechos y garantías procesales. La confesión —falsa— de inocentes y el *peaje* por decidir defenderse en el proceso demuestran estas distorsiones en el sistema.

Los casos también permiten identificar críticas específicas relacionadas a la colaboración de personas jurídicas. Por un lado, las personas jurídicas están, en lo general, involucradas en delincuencia más específica, como delitos económicos. Por otro lado, muchas veces los incentivos para la colaboración de las personas jurídicas con las autoridades son diferentes de los incentivos de las personas físicas, y los perjuicios que las personas jurídicas sufren también pueden ocurrir de manera distinta. Por ello la colaboración de personas jurídicas ocurre, muchas de las veces, con herramientas diversas del *plea agreement* tradicional<sup>1358</sup>. Además, la responsabilidad y la colaboración de personas jurídicas es direccionada hacia la consecución de una política criminal distinta, por ejemplo, como herramienta para incrementar la responsabilidad de los individuos involucrados en pagos de soborno y prácticas corruptas en relaciones comerciales transnacionales.

Las críticas y desafíos relacionados con la colaboración de personas jurídicas apuntan a consecuencias económicas desproporcionadas por la imputación criminal. También señalan una tendencia en el uso de los acuerdos con personas jurídicas como forma de solucionar un caso sin profundizar en investigaciones y sin promover diversas acciones judiciales

---

<sup>1356</sup> Hay estimación que más de 90% de los casos delincuentes son resueltos con acuerdos. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

<sup>1357</sup> Lo que es natural, dado que el estándar de disponibilidad de los derechos relacionados a la responsabilidad civil es más laxo do que el estándar de responsabilidad criminal. Por ejemplo, la SEC puede hacer acuerdos relacionados a la responsabilidad civil por incumplimientos de reglas de contabilidad por las personas jurídicas y personas físicas. ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 34) y DOJ Guide for FCPA.

<sup>1358</sup> Como la grande utilización de los DPA y NPA mencionados, además de los acuerdos de *plea bargain*.

que serían necesarias para traer la sanción a las personas físicas y a la persona jurídica. De hecho, la asimetría de poder de la Fiscalía y la ausencia de control de los acuerdos genera sospechas de imposición de condiciones excesivas en los acuerdos y la utilización de la persona jurídica como un *chivo expiatorio*. En resumen, los elementos del sistema estadounidense parecen presentar un riesgo latente de que la colaboración de las personas jurídicas —y de las personas físicas también— ocurra en un ambiente de transgresión de derechos y garantías.

Basados en estas preocupaciones y críticas, diversos países han adoptado herramientas más limitadas de justicia negociada para la colaboración de las personas jurídicas, en un intento de modular los efectos indeseables señalados en el sistema estadounidense<sup>1359</sup>. El eje central de las críticas, tanto en lo que se refiere a la colaboración en general como en la colaboración de las personas jurídicas, parece estar basado en la posición de la *defensa* del investigado ante de la autoridad y del Poder Judicial. En este sentido, el poder de la Fiscalía, la discrecionalidad de la autoridad y la ausencia de control y fiscalización de los acuerdos son los factores que merecen ser evaluados con la finalidad de identificar cómo es garantizado a las personas ejercer sus derechos y garantías procesales incluso bajo el escenario de la justicia negociada. Además, las críticas parecen apuntar también la necesidad de evaluar si las diversas herramientas de justicia negociada están alineadas a los valores del sistema criminal, para obtener decisiones justas como estrategia para defender a la sociedad de conductas inadecuadas. En este sentido, parece ser de principal importancia identificar cómo y sí la implementación de una institución de justicia negociada, con la finalidad de añadir eficacia y rapidez a los casos y por ende al sistema, permite tomar decisiones —judiciales o no— basadas en elementos fácticos necesarios para asegurar el mínimo de la verdad procesal necesaria y la preservación de derechos y garantías de los investigados.

---

<sup>1359</sup> *Vid.* capítulo anterior.



**PARTE C. DEFENSA Y LÍMITES DE LA COLABORACIÓN**



## CAPÍTULO IV. DEFENSA Y COLABORACIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN

La implementación de herramientas de justicia negociada no es una realidad aislada de algunos países. En la actualidad, además de los cambios en el Derecho Internacional, diversos países de *common law* y de *civil law* tienen normativas que prevén mecanismos para posibilitar la colaboración de los supuestos involucrados en hechos delictivos. Además, conforme el país o al modelo de sistema jurídico, las posibilidades de colaboración varían. Por ejemplo, algunos países permiten colaboración en cualquier tipo de delito mientras otros restringen la colaboración para los delitos que generalmente son practicados a partir de una organización criminal<sup>1360</sup>. También varía el grado de discrecionalidad de la autoridad responsable que decide hacer o no acuerdos de colaboración, de manera que algunos sistemas permiten un amplio margen de decisión, mientras otros restringen condiciones y elementos de necesaria evaluación en el caso concreto para decidir si es necesario utilizar las herramientas de negociación<sup>1361</sup>. Son divergentes incluso las autoridades que participan en el proceso de negociación, tanto de la tratativa y definición de las condiciones de la colaboración —entre la Fiscalía u otra autoridad— como de los responsables por el control y la supervisión del acuerdo<sup>1362</sup>. En realidad, se pueden observar variaciones de estos temas dentro de los mismos sistemas. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, los *plea agreements* con personas jurídicas son negociados con la Fiscalía y aprobados por la autoridad judicial, mientras los *non-prosecution agreement* son entablados por la Fiscalía, pero están dispensados de tener que recibir aprobación del juez<sup>1363</sup>. En Brasil, acuerdos con personas físicas son realizados con la Fiscalía y

---

<sup>1360</sup> En el primer modelo está Estados Unidos, en que la colaboración es parte del sistema criminal para cualquier tipo de delito. En el segundo se puede mencionar Brasil, en el cual hay delitos específicos sobre los cuales puede ocurrir colaboración.

<sup>1361</sup> A ese respecto, *vid.* Estados Unidos y Australia y Reino Unido, en el capítulo anterior.

<sup>1362</sup> *Vid.* notas anteriores.

<sup>1363</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 38-39). Además, existe la posibilidad de acuerdos relacionados a incumplimientos civiles realizados con agencias reguladoras, como los acuerdos con la SEC en el caso de incumplimiento de provisiones de la FCPA. *Vid.* DOJ Guide for FCPA.

acuerdos con personas jurídicas, conforme a la Ley de la Empresa Limpia, con autoridades administrativas<sup>1364</sup>.

Algunos retos para la adecuada implementación de la colaboración serán más relevantes en unos sistemas que en otros, a partir de cada diseño institucional. Sin embargo, la variedad en la configuración de las herramientas no significa decir que los diversos sistemas no comparten algunos retos en común y esto es todavía más marcado cuando son comparados los retos para la implementación de sistemas de colaboración de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción doméstica o transnacional. Desde esta óptica algunos temas son centrales, como el hecho de que la justicia negociada y la celebración del acuerdo significa muchas veces no solamente la confesión —o aceptación de una narrativa de hechos indebidos—, puesto que involucra la renuncia al propio juicio y a la proposición y práctica de prueba.

Esta posibilidad de renuncia al juicio está basada en el deseo de concretar una solución rápida y más eficaz de los casos. No obstante, genera retos específicos en las diversas jurisdicciones. Con ello, hace falta identificar el momento en que ocurre la renuncia a derechos procesales de defensa no solamente en su extensión, sino también en su momento o fase del procedimiento. Así surgen diversas cuestiones, por ejemplo, si hay derecho a la contradicción mientras se negocia un acuerdo, o derecho a la no incriminación si la negociación no conlleva al resultado pretendido por las partes en colaboración. Estos límites a la renuncia de derechos procesales pueden ser relevantes para el éxito o el fracaso del sistema de negociación para promover los fines tradicionales del Derecho Penal de prevención y represión de delitos. Por ejemplo, un sistema que no garantiza la preservación de la información, que el futuro colaborador habrá entregado en las etapas iniciales de la negociación para demostrar que tiene potencial para entregar pruebas y documentos relevantes, generará pocos incentivos para el reporte voluntario<sup>1365</sup>. Por otro lado, un sistema que no permite a los colaboradores identificar lo que les será cobrado como condiciones para colaborar, además de generar inseguridad jurídica, no permite el control de los actos de la autoridad con el propósito de obtener igualdad de tratamiento en situaciones similares.

La relevancia mayor o menor de la preservación de los derechos de defensa en lugar de la colaboración también se relacionan con el mayor o menor grado de importancia a la veracidad y al soporte fáctico mínimo necesario

---

<sup>1364</sup> Existe una discusión sobre los acuerdos realizados entre las personas jurídicas y la Fiscalía en casos de corrupción de Brasil. Para el tema, *vid.* capítulo siguiente. *Vid.* también SIMÃO & VIANNA (2017: 55-57).

<sup>1365</sup> Conforme a lo que se presentará en los próximos capítulos, a ejemplo del sistema de Brasil, un potencial colaborador tiene que demostrar previamente a conclusión de un acuerdo que tiene capacidad para presentar documentos e información sobre los supuestos ilícitos y sobre las personas en ellos involucradas.

para la aceptación de la colaboración. Basta con que el acusado marque algunas “x” en un formulario<sup>1366</sup> para decir que confiesa, renuncia a sus derechos, y además reconoce que existe soporte probatorio de los hechos indebidos, poco se garantiza a la sociedad que la condena objeto del acuerdo esté basada en la realidad de los actos —aunque basada en una confesión—. Esto también genera un potencial efecto en la distribución de la carga de la prueba y a eventuales incentivos sistémicos, que pueden ser relevantes para determinar la incidencia mayor o menor de la confesión falsa de inocentes a cambio de simplificar el proceso y la decisión de condena<sup>1367</sup>.

En este aspecto, uno de los retos de la justicia negociada es garantizar la confiabilidad de las decisiones y la proporcionalidad en la resolución de los casos. Los derechos procesales desarrollados en el debido proceso son parte de la versión tradicional de la construcción de una verdad procesal, de modo que sobresale la cuestión de cuales de los estándares de garantías procesales son posibles y necesarios en los procesos de justicia negociada.

Además, la propia estrategia de utilizar la justicia negociada está relacionada con la idea de un sistema que permita beneficios para la administración de la justicia y para el supuesto delincuente. Por un lado, la autoridad tiene el interés de una colaboración que genere alguna ventaja para el interés público, que puede ser desde simplemente permitir una decisión más rápida del caso hasta la efectiva colaboración que incrementa la amplitud de las investigaciones generando un mayor potencial de prevención y represión. Por otro lado, el supuesto delincuente tiene el interés de una reducción —o exención— de responsabilidad. Este *quid pro quo* generado por la negociación guarda simetría con las negociaciones contractuales para disponer de intereses privados. Sin embargo, la justicia negociada intenta, en gran parte, disponer del interés público: el interés en sancionar, en prevenir, en generar la represión de los delitos. En efecto, una dinámica marcada generalmente por la lógica patrimonialista presente en las negociaciones comerciales es trasladada para el ámbito de derechos tradicionalmente indisponibles: la libertad, los ideales de justicia, la seguridad pública y la prevención de delitos. Con ello, el reto de los sistemas jurídicos —y de los operadores de los sistemas— también es identificar las fronteras y los límites de los derechos indisponibles, tanto del supuesto

---

<sup>1366</sup> Como referencia, la confesión y renuncia al juicio en Estados Unidos puede ser hecha a través de formularios. Para ejemplos de formularios con las menciones a las renunciaciones de derechos y demás cuestiones, *vid.* Court Forms: guilty pleas, Washington Courts, <https://www.courts.wa.gov/forms/?fa=forms.contribute&formID=21> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1367</sup> En Estados Unidos, hay estudios sobre la confesión falsa de inocentes a partir de los incentivos del sistema de *plea bargaining*. *Vid.* crítica al modelo de Estados Unidos. *Vid.* también DERVAN & EDKINS (2013), CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141), DERVAN (2012), GARRETT (2015a: 454).

delincuente, como de la sociedad, y su relación con la negociación<sup>1368</sup>. En concreto, surgen diversos cuestionamientos, por ejemplo, sobre si el resarcimiento voluntario de daño es suficiente para no sancionar a una persona jurídica con la prohibición de contratar o si la mitigación de pena de cárcel debe ser garantizada a los que economizan los recursos de la justicia con el proceso criminal.

La comprensión de estos límites es esencial para el diseño y evaluación de los incentivos en el sistema de justicia negociada. Los incentivos para colaborar con la Administración serán los factores determinantes para que las personas decidan renunciar a sus derechos de defensa<sup>1369</sup>. Estos incentivos a los individuos —en caso de la colaboración— implicarán muchas veces la renuncia al derecho a la libertad frente a una sentencia con condena. Es decir, no se habla simplemente de un condenado que, a través de colaboración con las autoridades, redujo su condena, se habla verdaderamente de supuestos acusados y supuestos delincuentes renunciando a su derecho a la libertad a cambio de una reducción de la pena. Se habla de presuntos inocentes que aceptan pena de prisión —y otras penas y consecuencias accesorias de la condena— a cambio de alguna reducción o de alguna ventaja. Por ello, entre las críticas a los sistemas de colaboración mucho se habla de los daños causados por la asimetría de poder entre la Fiscalía y los acusados. Las personas jurídicas, en su caso, aunque no pasibles de prisión, también reaccionan a los incentivos, en especial por las consideraciones en las consecuencias directas y colaterales de la condena. Es decir, aunque no se hable de libertad propiamente, se habla de consecuencias que pueden significar la propia extinción de la persona ficticia. Por otro lado, también importa al interés de la justicia en la proporcionalidad de la reducción de la pena. Es importante que los incentivos no sean tan beneficiosos a los delincuentes que les genere la seguridad de la colaboración sin el miedo de las consecuencias si ocurre la imputación —personas físicas y personas jurídicas—.

Los retos para la implementación de las herramientas de la justicia negociada se vuelven todavía más complejos cuando se traslada la solución al Derecho Administrativo o al Derecho Civil. A parte, de las restricciones de la libertad, los ordenamientos jurídicos son, por diversas veces, enmendados para promover responsabilidad en otros ámbitos y no simplemente el del Derecho Penal. Herramientas como el decomiso de

---

<sup>1368</sup> Esta búsqueda de fronteras y límites sería fundamentada en la necesidad de aportar más efectividad y rapidez al sistema de justicia penal. En este sentido, la aprobación del *plea bargain* por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1970 fue direccionada por una necesidad práctica de permitir la resolución de los casos a través del acuerdo, conforme a lo presentado en el capítulo anterior. Como si fuera mejor una justicia penal hecha do que una justicia perfecta —que fuera atrasada o nunca realizada—.

<sup>1369</sup> La Suprema Corte de Estados Unidos reconoció factores determinantes para la confesión y renuncia a derechos que no la culpabilidad. *Vid. Lee v. United States*, 137 S.Ct. 1958, 1962 (2017).

bienes, conceptos de responsabilidad civil por enriquecimiento ilícito y diversas otras cuestiones empiezan a ser *solucionadas*, en diversos países, a través de los procesos menos garantistas —administrativos o de contencioso civil—. Pero los hechos que generan la responsabilidad no son en sí mismos y tradicionalmente no-penales: soborno y otros delitos que generen el enriquecimiento ilícito, productos de delitos para el decomiso. Incluso algunos sistemas, debido a las dificultades de sancionar a las personas jurídicas de manera criminal, fundamentaron la responsabilidad por la comisión de delitos de corrupción por parte de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador —como es el caso de Brasil—.

Todos estos rasgos para la implementación de modelos de justicia negociada encuentran posibles respuestas en la evaluación de los derechos procesales y los intereses de la justicia. No existe otra solución para la implementación de herramientas de justicia negociada sin que se considere mínimamente las garantías necesarias a los individuos y a la sociedad en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho sancionador. El riesgo de no hacerlo, conforme plantean los críticos del sistema de Estados Unidos, es convertir la justicia criminal en un sistema que entrega a la sociedad soluciones que pueden ser consideradas pragmáticas, pero no necesariamente reflejan ideales de justicia<sup>1370</sup>.

En el desarrollo de la defensa y la colaboración se analiza en la sección 2 de este capítulo la relación del Derecho Penal y la defensa criminal con especial enfoque en el objetivo de los principios relacionados a la materia. En la sección 3, el tema se expande también para un análisis del Derecho sancionador como posibilidad de matriz de la responsabilidad de las personas jurídicas, con la presentación de consideraciones y criterios para identificar la especialidad de un Derecho que, aunque no-criminal, tenga como finalidad la prevención y represión de delitos. En la sección 4 son abordados estándares internacionales de derechos de defensa de personas jurídicas, en especial considerando organismos y jurisdicciones relacionadas a las normas de Derecho Internacional que requieren los países para la adopción de responsabilidad —y algunas veces de colaboración— de personas jurídicas por hechos de corrupción. En la sección 5 son presentadas algunas conclusiones relacionadas a los derechos de defensa de las personas jurídicas.

## **2. EL DERECHO PENAL Y LA DEFENSA CRIMINAL**

Sin que se pretenda profundizar en los diversos desafíos relacionadas al Derecho Penal<sup>1371</sup> y a la defensa, algunos conceptos como responsabilidad,

---

<sup>1370</sup> Sobre críticas al sistema de *plea bargaining* de Estados Unidos, *vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141-143). *Vid.* también apartado sobre las críticas al sistema de Estados Unidos en el capítulo anterior.

<sup>1371</sup> No se intenta, en este trabajo, evaluar las distinciones de nomenclatura entre Derecho Penal y Derecho criminal, o proceso penal y proceso criminal. Se asume como sinónimo la

pena y bienes jurídicos son relevantes para el adecuado desarrollo de los temas relacionados a la colaboración, en el ámbito de la justicia negociada. En primer lugar, es importante tener en consideración la relevancia del Derecho Penal y su función específica para la sociedad. Tradicionalmente se puede aceptar que es de la propia naturaleza del Derecho Penal, actuar en favor de la protección de los bienes jurídicos más importantes y necesarios para la propia continuidad de la sociedad<sup>1372</sup>. El Derecho Penal debe ser utilizado para las situaciones en las cuales hay una relevancia de protección de estos bienes. Si no fuera el caso —si fuera necesario la protección de otros bienes jurídicos, o si hubiera el cambio en la gravedad de la afectación de los bienes— el Derecho Penal debe dar espacio para la protección garantizada por las otras ramas del Derecho y otras especies de norma. En una visión garantista del derecho, en la cual el Estado de Derecho es el factor necesario para garantizar que sean protegidos todos los derechos de todos los que somos parte de la sociedad y no en la naturaleza salvaje, el modelo garantista penal tendrá sus bases en los diez axiomas de FERRAJOLI<sup>1373</sup>. En estos términos, y para efectos del funcionamiento del sistema penal, existen las garantías sistémicas relacionadas a la pena, las garantías sistémicas relacionadas al delito y las garantías sistémicas relacionadas al proceso<sup>1374</sup>. Las garantías relacionadas a la pena involucran la necesidad de crimen para que exista pena, la necesidad de ley para que exista crimen y la presencia de una necesidad para que exista la ley —penal—<sup>1375</sup>. Las garantías relacionadas al delito son aquellas en las que no hay necesidad si no hay injuria, no hay injuria si no hay acción y no hay acción si no hay culpabilidad<sup>1376</sup>. Cómo recurrencia de estos axiomas, los axiomas relacionados al proceso son aquellos en los que no hay culpabilidad sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin pruebas y no hay pruebas sin defensa<sup>1377</sup>.

La relación de estos axiomas del Derecho Penal como un sistema de garantías demuestra que la defensa no es un valor o un ideal que está desconectado de los valores del ordenamiento jurídico o del fin del Derecho Penal. La defensa hace parte de una cadencia lógica de valores que garantizan la protección de los bienes jurídicos más relevantes a la sociedad

---

utilización de Derecho Penal y Derecho criminal. Para una síntesis sobre la diferencia entre las nomenclaturas, *vid.* GRECO (2017: 33-34).

<sup>1372</sup> *Vid.* GRECO (2017: 34). El autor también menciona la teoría de JAKOBS y la finalidad del Derecho Penal de proteger las normas. GRECO (2017: 35-36).

<sup>1373</sup> GRECO (2017: 40-44).

<sup>1374</sup> FERRAJOLI (2002: 76).

<sup>1375</sup> FERRAJOLI (2002: 75-76) hablando, en latín, *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege* y *nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

<sup>1376</sup> FERRAJOLI (2002: 75-76) registrando *nulla necessitas sine injuria, nulla injuria sine actione* y *nulla action sine culpa*.

<sup>1377</sup> FERRAJOLI (2002: 75-76) hablando de *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusation sine probatione* y *nulla probation sine defensione*.



y está conectada con las garantías procesales del Derecho Penal. Es interesante observar que, en este sentido, el Derecho Penal como garantía de la sociedad implica no solo que las penas y los delitos sean definidos en la ley, sino también que la aplicación de la ley esté basada en hechos comprobados procesalmente, en un sistema con juez y acusación, en el cual se confecciona una verdad procesal dependiente de la existencia concomitante de la defensa<sup>1378</sup>. El proceso criminal está planteado como una opción distinta a la de realizar justicia por las propias manos de las víctimas<sup>1379</sup> y como una manera de minimizar la violencia, y de reducir el arbitrio<sup>1380</sup>. El proceso criminal tiene como objetivo proporcionar que los culpados sean castigados, pero también que los inocentes sean protegidos<sup>1381</sup>. De esta garantía de protección a los inocentes es que recurren todas las garantías procesales. En este sentido, las garantías procesales condicionan la actividad del Estado de condenar a los culpables<sup>1382</sup>. Esta dicotomía debe estar presente tanto en el método inquisitorio como en el método acusatorio<sup>1383</sup>.

Estas tradiciones del Derecho Penal y del proceso penal como garantías deben ser contrastadas con todas las modalidades de resolución penal. Es decir, aunque se imagine que la sociedad cambia y el Derecho debe cambiar con la sociedad, la evolución del Derecho Penal debe considerar la historia y finalidad del propio Derecho Penal. Si no fuera así, si el desarrollo histórico no fuera relevante, habría el riesgo de que la sociedad de nuevo adopte la solución de preservación de conflictos de manera salvaje y bárbara<sup>1384</sup>—o desproporcional e injusta—. Como consecuencia, si la adopción de modelos de justicia negociada, con confesión y renuncia a derechos procesales, es considerada una necesidad de los sistemas penales contemporáneos, estas herramientas no pueden simplemente desestimar las garantías procesales de defensa. En otras palabras, la justicia consensuada relacionada con la responsabilidad penal no puede apagar el propio desarrollo histórico del Derecho Penal, sus finalidades y objetivos. Esto debe ser así porque la necesidad de garantizar un grado de efectividad y rapidez requerido por la sociedad no debe generar una herramienta de injusticia. En sentido contrario, si la construcción del sistema de justicia negociada está basada en la violación de derechos procesales —o si genera colateralmente la violación de estos derechos—, el resultado de la justicia criminal parece retroceder en el tiempo en el cual la imposición de la pena

---

<sup>1378</sup> GUZMÁN (2018: 127 y ss.).

<sup>1379</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1380</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1381</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1382</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1383</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1384</sup> Ferrajoli, mencionando Francesco Pagano, habla que las naciones bárbaras son aquellas que desconocían completamente el proceso. En su caso, la decisión de las causas era realizada, muchas veces, con base en arbitrio y excesos. FERRAJOLI (2002: 483).

no consideraba la necesidad de imponer responsabilidad a los culpables y proteger a los inocentes. En este sentido, el sistema criminal se vuelve un sistema impositor de responsabilidad, sin preocuparse de los ideales de justicia y de los derechos de los inocentes.

A partir de una rápida mirada en las diversas maneras en que los países implementaron mecanismos de negociación de acuerdos de colaboración se puede observar, que en algunos casos los riesgos de violación a derechos son más grandes que en otros<sup>1385</sup>. En términos abstractos, si el sistema garantiza que la confesión sea una opción, si el coste de oportunidad de defenderse en el proceso criminal no es desproporcionalmente elevado, si los acuerdos son controlados para que no sean desproporcionales a las conductas y basados en un soporte probatorio deseable, es posible imaginar un sistema criminal que respete el balance entre responsabilizar a los culpables y mantener los inocentes bajo su tutela. En este aspecto, el Derecho Penal y las garantías procesales son el verdadero punto central de los arreglos e intentos de obtener medios de justicia negociada más equilibrados y proporcionales. La presunción de inocencia y la búsqueda de la verdad procesal son los factores que instruyen la necesidad de un soporte fáctico para la aceptación de la confesión. La garantía de la no-culpabilidad o de la no autoincriminación son los que marcan la necesidad de control del eventual desequilibrio entre el poder de negociación de la autoridad —la mayoría de las veces, la Fiscalía— y el acusado. El principio de la igualdad se materializa en la necesidad de que las decisiones a negociar no sean regladas por factores preestablecidos y uniformes. Además, solamente la garantía del debido proceso y el respeto al principio de legalidad pueden asegurar que, en última instancia, colaborar no sea la mejor opción en todos los casos: incluso para los inocentes<sup>1386</sup>.

## **2.1. Los principios de la justicia penal como límites para evaluar a los sistemas**

Desde una perspectiva comparada, depender de las tradiciones del ordenamiento jurídico altera el sentido de las normas y, muchas veces, también el contenido de las mismas. Sin embargo, por más singular que sea un ordenamiento, si es reflejo de un Estado Democrático de Derecho —o si

---

<sup>1385</sup> Si comparados, por ejemplo, Estados Unidos y Reino Unido, dos países de *common law*, se observa una diferencia entre la discrecionalidad de los fiscales para realizar acuerdos con personas jurídicas en la modalidad de *deferred prosecution agreements*. En Estados Unidos, la Fiscalía tiene amplia discrecionalidad. Además, aunque existan factores reglamentares para basar su decisión, el Poder Judicial tiene poco espacio para evaluar las decisiones de la Fiscalía. En Reino Unido, además de haber la aprobación de la autoridad judicial de los DPAs, esta debe evaluar en más de una oportunidad si el acuerdo está en conformidad con los intereses de la justicia, además de ser justo, proporcional y razonable. Para un comparativo de países, *vid. REILLY (2019)*. *Vid.* también apartado en capítulo anterior.

<sup>1386</sup> Sobre la colaboración que genera confesión falsa de inocentes, *vid.* apartados específicos de críticas al sistema de Estados Unidos.

busca formalizarlo— tendrá en alguna medida un núcleo central de derechos y garantías que serán asegurados de manera asemejada a los otros ordenamientos jurídicos. También, hace falta hablar de las distinciones necesarias para una comprensión mínima de la temática de la justicia negociada. En este sentido, se habla de principios de defensa o derechos de defensa aplicados al proceso penal. Si el proceso penal está situado en la dicotomía entre promover la responsabilidad del culpado a través de la condena y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de los inocentes<sup>1387</sup>, está estructurado a partir de valores necesarios para alcanzar esos fines. Para efectos de nuestro estudio, es irrelevante que se denominen derechos o principios de defensa, o que estén registrados constitucionalmente de manera expresa o de manera implícita<sup>1388</sup>.

En el modelo garantista del Derecho Penal<sup>1389</sup> hace falta la construcción de una verdad procesal relacionada con alguno de los presupuestos de pena previstos en la ley<sup>1390</sup>. Es decir, la responsabilidad penal es concebida como un conjunto de condiciones definidas en la norma para que un individuo sea sometido a una sanción penal<sup>1391</sup>. A partir de este modelo, la identificación de los principios del Derecho Penal en un sistema serán el ejercicio determinante para clasificar el sistema como autoritario o no autoritario<sup>1392</sup>. Por ello, la concepción de estos principios y su análisis en el paradigma de la justicia negociada posibilita identificar en qué medida los acuerdos convierten a un determinado sistema jurídico en autoritarios o no, y conforme a la indisponibilidad de los principios o su vulneración a partir de la estructura de confección de decisiones de condena del sistema criminal.

No obstante, la enumeración de todos los principios y sus distinciones a través de las más diversas escuelas del Derecho no son necesarias para los objetivos de la evaluación de las herramientas de justicia negociada. Lo esencial es que se evalúe el estándar tradicional de la justicia criminal, con la dicotomía mencionada entre el interés de sancionar a los culpables y proteger a los inocentes, y el funcionamiento de las garantías procesales en los ámbitos de imposición de responsabilidad, ahí incluidas las herramientas de justicia negociada. Estos principios relevantes para la imposición de la pena no son necesariamente normas del texto legal ni del

---

<sup>1387</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1388</sup> Como ejemplo de las distinciones del sistema jurídico, la Constitución brasileña prevé expresamente el derecho a la defensa y al contradictorio en todo proceso judicial o administrativo. La Constitución inglesa, clásico ejemplo de norma máxima no escrita, no tiene el registro expreso del poder constituyente garantizando el derecho a defensa en el proceso penal, pero sí la construcción tradicional de los derechos de defensa. *Vid.* MENDES & BRANCO (2012: 68 y 473).

<sup>1389</sup> Adoptando el modelo de FERRAJOLI.

<sup>1390</sup> FERRAJOLI (2002: 73).

<sup>1391</sup> FERRAJOLI (2002: 73). *Vid.* también GUZMÁN (2018).

<sup>1392</sup> FERRAJOLI (2002: 73).

texto constitucional, conforme se ha mencionado. Son directrices implícitas o explícitas que condicionan la aplicación y la interpretación de las normas. Son principios —o axiomas garantistas, conforme el modelo garantista del Derecho Penal— que no describen lo que ocurre, pero sí describen lo que debe ocurrir<sup>1393</sup>. Por eso son directrices de aplicación, interpretación e incluso de construcción de las normas —leyes— del proceso penal. De hecho, los principios del Derecho Penal deben limitar la conducta del Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, en sus actividades relacionadas a la aplicación de la pena. En la aplicabilidad de la justicia negociada, para que se evalúe adecuadamente la ocurrencia de los ideales del Derecho Penal, hace falta observar como ocurre la preservación —o si ocurre vulneración— de estos derechos en los diversos momentos del sistema de acuerdos y colaboración, desde el diseño legal, hasta la aplicación por parte de la autoridad que negocia, y la evaluación que es garantizada por el Poder Judicial para identificar la protección o la vulneración a los derechos y garantías. A través, de este ejercicio se puede contrastar las finalidades tradicionales del Derecho Penal —relacionadas a la prevención y represión— y las herramientas que buscan generar rapidez y eficiencia en la adjudicación de las decisiones penales.

Para ilustrar esta parte, una de las críticas del *plea bargaining* de Estados Unidos es que los incentivos al *plea* inducen la confesión falsa de inocentes<sup>1394</sup>. Sin embargo, la Suprema Corte estadounidense tiene decisiones que determinan la obligatoriedad de defensa efectiva por abogado en las negociaciones de *guilty plea*<sup>1395</sup> y las reglas federales del proceso penal indican la necesidad de que el juez evalúe si la descripción de los hechos está analizada bajo el soporte probatorio presentado por las partes<sup>1396</sup>. Así, existen reglas que preservan valores del modelo de garantía del Derecho Penal: están presentes las garantías de defensa, a través de la representación efectiva por abogado, y las garantías de un soporte material probatorio que demuestre la ocurrencia de los hechos. Por ello es importante un efectivo ejercicio de evaluación para determinar si las garantías procesales están presentes en el proceso de negociación y en qué grado son ofertadas a los participantes de los acuerdos. Solamente así es posible realizar una verdadera evaluación de los problemas del sistema de *plea bargaining*, y no simplemente apuntar sus defectos y rechazarlo en absoluto. A partir de esta evaluación puede ser posible que se encuentre arreglos necesarios —y quizás suficientes— para garantizar que la herramienta de justicia negociada preserve las finalidades tradicionales del Derecho Procesal en el modelo garantista. En el ejemplo, y simplemente

---

<sup>1393</sup> FERRAJOLI (2002: 74).

<sup>1394</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141-42). *Vid.* también GARRETT (2015a).

<sup>1395</sup> *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012) y *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012).

<sup>1396</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(b)(3). *Vid.* también CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 171) y HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

como un ejercicio de argumentación, una posibilidad sería incrementar la actuación de la supervisión judicial de *guilty plea* de los individuos, en especial la evaluación de relevancia del soporte probatorio del caso y la culpabilidad. En este caso, el juez —imparcial en el sistema acusatorio— sería responsable por direccionar con más énfasis la veracidad de la confesión y evaluar, en su caso, el riesgo de que sea falsa.

Aunque este ejercicio argumentativo parezca simple y objetivo, en la práctica, diversos factores e incentivos existen en un sistema de justicia negociada, de manera que la implementación de soluciones para los desvíos es más compleja y difícil de lo que parece. Para añadir al ejemplo, hay estudios en Estados Unidos de que los acusados que deciden ir al juicio reciben una sentencia mayor cuando comparada con los que aceptan confesar y renunciar a sus derechos procesales<sup>1397</sup>. En estos términos, parece que solamente recomendar que el juez tenga más cautela en la evaluación del soporte de pruebas del acuerdo no conllevará a la solución de todos los problemas del sistema.

Además, en otros sistemas jurídicos habrá otros incentivos determinantes para que las mismas soluciones de justicia negociada de Estados Unidos no funcionen. Por ejemplo, en Brasil, la condena criminal a través de regular el juicio puede retrasar muchos años, hay casos en que la prescripción ocurre sin que haya condena<sup>1398</sup>. En estos términos, si el acusado está en libertad mientras se presenta su defensa en el proceso y tiene la expectativa de que, a través de la interposición de recursos y apelaciones, el caso llegará a la prescripción, existirá un alto incentivo a la no colaboración con la justicia y la no confesión.

En suma, la preservación de los derechos y garantías procesales es esencial para que se garantice la adecuación de las herramientas de justicia negociada a los fines del proceso penal. Sin embargo, esa preservación tiene que ser evaluada en los casos concretos, a partir no solamente de manutención de los derechos por parte del Poder Legislativo, sino también contrastados con los incentivos del sistema y los resultados que ese sistema produce, en especial considerando la actuación fáctica de los Poderes Judicial y Ejecutivo.

---

<sup>1397</sup> Vid. GIVELBER (2000: 1163) hablando del “*peaje a pagar*” —incremento en condena— de los acusados que deciden ir al juicio en Estados Unidos. Vid. también apartado específico en el capítulo anterior.

<sup>1398</sup> Como ejemplo, vid. Cleide Carvalho, *Pivô de decisão do STF em 2009 contra prisão em 2.ª instância ficou impune*, O Globo (3 de abril de 2018), <https://oglobo.globo.com/brasil/pivo-de-decisao-do-stf-em-2009-contraprisao-em-2-instancia-ficou-impune-22549632> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

### 3. EL PROCESO PENAL Y EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: RELACIONES Y TENSIONES

Generalmente se habla del proceso penal y de las garantías penales, en especial en lo que se refiere a la construcción de la verdad en un debido proceso penal con amplia defensa. No obstante, en la actualidad, la prevención y represión de determinadas conductas, muchas veces, ha sido objeto de la utilización de herramientas no penales. Por ejemplo, se puede mencionar el decomiso civil de bienes considerados enriquecimiento sin causa<sup>1399</sup>, la responsabilidad administrativa por hechos relacionados al blanqueo de capitales<sup>1400</sup>, además de la aplicación del Derecho Administrativo para prevenir conductas que anteriormente eran prevenidas a través del Derecho Penal<sup>1401</sup>. En todos los casos, son herramientas no penales utilizadas en prevención de conductas e implementadas con base en los más diversos fundamentos jurídicos.

Un ejemplo son las leyes de prohibición del enriquecimiento ilícito presentes como obligación en convenciones internacionales<sup>1402</sup>. Muchos de los países que intentan sancionar con base en el enriquecimiento ilícito encuentran en la probable inversión de la carga de la prueba un obstáculo para imponer sanción penal<sup>1403</sup>. Por ello adoptan estándares de responsabilidad civil o administrativa para imponer decomiso, bloqueo de bienes u otras sanciones. Estas técnicas legislativas no son, en principio, ni ilícitas ni violadoras de derechos. No obstante, son implementadas para estimular o no, determinados comportamientos.

Un ejemplo que puede ser mencionado es el de la norma española, que prevé obligación de los abogados de registrar y proveer información sobre las conductas de sus clientes<sup>1404</sup>. La norma fue desarrollada como uno de los

---

<sup>1399</sup> Vid. BLANCO CORDERO (2008) hablando, en general, de los tipos de decomiso.

<sup>1400</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2003).

<sup>1401</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: 139).

<sup>1402</sup> Por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Vid. art. IX, Convención Interamericana contra la Corrupción y art. 20, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>1403</sup> A ejemplo de la Ley de *Improbidad* de Brasil, que posibilita la sanción civil-administrativa en casos de enriquecimiento ilícito de servidores públicos. Vid. art. 9 de la Ley 8.429/1992. Una cuestión interesante de la ley de Brasil es que una de las conductas consideradas irregulares es la adquisición, para sí o para tercero, de bienes de valor incompatible con la evolución patrimonial o con los sueldos y remuneraciones del servidor público (art. 9, VII). En ese aspecto, la acusación contra el servidor público es de que la adquisición de bienes es incompatible con su situación patrimonial, de manera que la acusación tiene que demostrar (1) la adquisición de bienes y (2) la evolución patrimonial, para de eso poner de manifiesto (3) la incompatibilidad. En esos términos, no es una completa inversión de la carga de la prueba, visto que la administración tiene que probar y demostrar esos tres elementos. Sin embargo, como es una conducta de sanción civil-administrativa, no hace falta demostrar el intento criminal, de manera que la aplicación de sanción es —al menos en teoría—simplificada.

<sup>1404</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2003: 8). Vid. también Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, disponible en

esfuerzos para prevenir el blanqueo de capitales considerado como delito. Para ello, el legislador implementó obligación a personas que, debido a sus actividades profesionales, pueden conocer situaciones que estén relacionadas a la actividad de blanqueo. Estas medidas son aplicables no a los dueños del dinero o a los blanqueadores principales, sino a contadores, abogados, entidades de crédito y otros agentes. Dichas medidas implican que ellos deben reportar a las autoridades determinadas operaciones de sus clientes que puedan estar relacionadas con la comisión de los delitos de blanqueo. Considerando los casos en los cuales no exista dolo o participación de los sujetos obligados, la sanción penal en caso de incumplimiento de la obligación parecería excesiva. Así, el modelo adoptado es de imposición de una responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento de la obligación que tiene la finalidad de dificultar el delito de blanqueo. Con ello, el Derecho Penal es utilizado para castigar la conducta efectivamente criminal —el blanqueo— mientras el Derecho Administrativo sancionador es usado para estimular el cumplimiento de la obligación accesoria. Con este planteamiento, el sistema jurídico incentiva la conducta con base en una imposición de responsabilidad, pero deja que solamente la conducta más grave se torne objeto del Derecho Penal<sup>1405</sup>.

En una situación como la de España no hace falta discutir garantías del Derecho Procesal penal en la actividad de imposición de sanción administrativa por parte del gobierno. De hecho, la obligación impuesta a los sujetos —abogados, contadores, entre otros— no está relacionada con la práctica de la conducta nuclear del delito de blanqueo, más si con la capacidad que estos agentes tienen de auxiliar en el monitoreo de conductas sospechosa. Sin embargo, habrá otras situaciones en las cuales el Derecho Administrativo sancionador está planteado para imponer responsabilidad en los hechos que son considerados en el sistema jurídico como la propia conducta penal. Un ejemplo que puede ser mencionado es la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por presupuestos de corrupción. Las propias convenciones internacionales posibilitan que la responsabilidad de personas jurídicas en esos casos tenga naturaleza civil o administrativa, a depender de las tradiciones jurídicas de los países<sup>1406</sup>. En este aspecto, la decisión política de implementar legislación de naturaleza no penal para sancionar a personas jurídicas puede y debe ser hecha por los diversos países parte de las convenciones<sup>1407</sup>.

El caso de la responsabilidad administrativa por supuestos de corrupción es muy distinto de las situaciones descritas en el ejemplo anterior, de la Ley 10/2010 de España y las obligaciones relacionadas al blanqueo de capitales.

---

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-4742> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1405</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2003: 8).

<sup>1406</sup> *Vid.* art. 2 de la Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>1407</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

En este caso, la responsabilidad administrativa está planteada para estimular que determinados agentes cumplan determinadas obligaciones accesorias, cuyo incumplimiento no es descrito como delito. La relación de estas conductas con el Derecho Penal es que estas obligaciones tienen origen como parte de una estructura jurídica para prevenir y reprimir delitos. Sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones accesorias no constituye delitos en sí<sup>1408</sup> —a no ser que los sujetos obligados al cumplimiento sean, en realidad, consientes y coautores del blanqueo o de otros delitos—. Salvo esta actuación como coautor, el agente sujeto a la sanción administrativa será responsabilizado por no auxiliar en la política pública de prevención y represión del delito de blanqueo, y no por haber practicado de manera consiente y voluntaria el delito de blanqueo.

Sin embargo, el Derecho Internacional relacionado con la responsabilidad de personas jurídicas por supuestos de corrupción pretende que, si es necesario, el Derecho Administrativo o el Derecho Civil sancione el agente —o a uno de los agentes— principales en la conducta descrita como delito, a saber, la empresa involucrada en el pago de soborno o en otra actividad criminal. Esta necesidad de implementación de responsabilidad a las personas jurídicas está basada en la concepción de que la persona jurídica es, muchas veces, la destinataria de las ganancias del delito. Es decir, no simplemente es agente que se relaciona con alguna parte de la ejecución de la conducta considerada delito (pela norma penal), también es el agente que se beneficia financieramente del delito, de manera que se perfecciona la respuesta del sistema jurídico con el incremento de igualdad de tratamiento entre los sujetos involucrados en las actividades consideradas delitos y que generan daños a bienes jurídicos<sup>1409</sup>.

A partir de estos ejemplos se puede observar que hace falta esclarecer no solamente la aplicación de *las garantías procesales del Derecho Penal* a las herramientas de justicia negociada, sino también para identificar los casos en los cuales la responsabilidad por verdaderos delitos sea interpuesta a través de otras ramas del Derecho, como el Derecho Administrativo sancionador o mismo el Derecho Civil<sup>1410</sup>. Además, hace falta identificar si

---

<sup>1408</sup> Considerando que la opción legislativa, en el caso, fue de imponer responsabilidad administrativa y no criminal. En la práctica, un país puede adoptar, como estrategia, la responsabilidad criminal también para los casos del incumplimiento de las obligaciones de informar sobre las operaciones sospechosas.

<sup>1409</sup> SCHÜNEMANN (2004: 22) y GÓMEZ COLOMER (2019: 31-32). GÓMEZ TOMILLO (2016: 10) explica que la decisión de adoptar la naturaleza del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador no afecta a la idéntica naturaleza de los sectores del ordenamiento jurídico y caracteriza la distinción como más importante en términos competenciales que materiales.

<sup>1410</sup> En este aspecto, se menciona el Derecho Civil con referencia a la posibilidad de imposición de una responsabilidad que no sea la tradicional responsabilidad civil de resarcir e indemnizar daños. Aquí se menciona el Derecho Civil como naturaleza de una multa por conductas consideradas delitos.



la responsabilidad se relaciona con la conducta principal, o al menos con la conducta de un agente que tiene participación relevante, como el caso de la persona jurídica *responsable* por el pago de soborno en una transacción internacional. Este análisis es necesario porque el hecho de que la responsabilidad sea trasladada a otra rama del Derecho, que no sea la penal, no puede significar, en la práctica, la automática reducción de la utilización de garantías de defensa y del proceso<sup>1411</sup>. Si fuera así, una vez más la actividad de imponer responsabilidad —y como consecuencia, el diseño institucional relacionado a la justicia negociada— se quedará alejado de los propósitos tradicionales del Derecho Penal.

### **3.1. El Derecho Administrativo sancionador y el criterio del análisis económico**

La clasificación de los tipos de norma realizada por el análisis económico del derecho demuestra la relevancia de que se posicione la sanción —en ese caso administrativa o civil— en su real situación, en relación con el sistema jurídico y a los investigados e imputados. En teoría, el ordenamiento jurídico contiene normas para proteger a los derechos y bienes jurídicos de tres naturalezas, las normas de propiedad, las normas de responsabilidad y las normas de inalienabilidad<sup>1412</sup>. Las normas de propiedad protegen a los bienes jurídicos simplemente atribuyendo legalmente el derecho a sujetos<sup>1413</sup>. Como ejemplo, las normas que dicen que la propiedad vehicular es registrada por un título emitido por un órgano público, o las normas que atribuyen la propiedad de bienes muebles a quienes lícitamente los poseen. Son normas que preservan los bienes jurídicos simplemente por enunciar quienes son los titulares de los derechos.

Las normas de responsabilidad protegen a los bienes jurídicos atribuyendo una obligación de reparación en caso de daño o de indemnización por perjuicios<sup>1414</sup>. Por ejemplo, el Derecho Civil usualmente reglamenta la necesidad de reparar daños causados a propiedad de terceros. Así, en un caso de accidente vehicular que simplemente genere daño a propiedad, el responsable tendrá que resarcir a los perjudicados. Este tipo de norma no tiene la finalidad de incentivar que no se realice la conducta de manera alguna. Es decir, en el caso de violación de un derecho, la norma de responsabilidad permite que el valor correspondiente de la propiedad o del daño sea resarcido. Así, en abstracto, a los individuos no les es vedado realizar la conducta que genere daño, pero les es impuesta una obligación de reparar al derecho de un tercero. Otro ejemplo es la obligación de

---

<sup>1411</sup> PÉREZ GIL (2017: 37).

<sup>1412</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1413</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1414</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

indemnizar por el incumplimiento anticipado de una obligación contractual, en estos casos, no es vedado por el ordenamiento jurídico. Pero el rompimiento genera una obligación de que una parte indemnice a la otra. Ese tipo de regla simplemente preserva el valor económico de un bien jurídico tutelado. De esta manera, se puede decir que el incumplimiento de la norma no es vedado, pero genera una obligación de reparación.

Las normas de inalienabilidad actúan de manera completamente distinta. Una norma de este tipo tiene la finalidad de evitar, de todos los modos, que ocurra la lesión a un bien jurídico<sup>1415</sup>. En este sentido, esas normas buscan impedir que los individuos obtengan algún tipo de ventaja en el incumplimiento de la ley. Mientras la norma de responsabilidad simplemente preserva un bien jurídico en su aspecto económico, generando el derecho de indemnizar, una norma de inalienabilidad tiene la finalidad de evitar que una conducta sea realizada. En este aspecto, la obligación por el incumplimiento de una norma de responsabilidad está relacionada con el tamaño mensurable del daño causado<sup>1416</sup>. A su vez, el incumplimiento de una norma de inalienabilidad genera obligaciones que no están relacionadas con el valor financiero mensurable del daño, pero sí deben ser relacionadas con los beneficios obtenidos. Al mismo tiempo, cuando considerados factores como la probabilidad de sanción y otros, el incumplimiento de la norma de inalienabilidad debe generar una repercusión mayor que la obligación de indemnizar y mayor que la ganancia o ventaja obtenida a partir del incumplimiento de la norma. Es decir, la consecuencia del incumplimiento de una norma de inalienabilidad será eficaz cuanto más sea capaz de quitar las ganancias y todas las ventajas vislumbradas con la conducta incluso considerando la probabilidad de la sanción versus la impunidad. El Derecho Penal es el derecho tradicional de normas de inalienabilidad<sup>1417</sup>. Bajo el análisis económico del derecho, el Derecho Penal tendrá la concreta posibilidad de desestimular determinadas conductas ilícitas si la sanción a ser aplicada fuera mayor que las ventajas. En otras palabras, si la repercusión de la sanción —dejando de fuera del análisis de la evaluación individual de la repercusión de la sanción— fuera más relevante al agente que la ventaja por el incumplimiento de la norma<sup>1418</sup>.

En principio, las normas de Derecho Administrativo sancionador o del Derecho Civil también pueden ser evaluadas bajo la misma óptica. Si están relacionadas simplemente con una pérdida financiera, o con una sanción pecuniaria relacionada con la reparación, tienen contenido asemejado al de las normas de propiedad. Sin embargo, si las sanciones previstas por las

---

<sup>1415</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1416</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1417</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1418</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

normas de Derecho Administrativo sancionador son implementadas para evitar, al máximo, que determinadas conductas sean realizadas, el sistema jurídico se aproxima a las reglas de inalienabilidad, tradicionales del Derecho Penal. Es decir, la desproporcionalidad entre la sanción y el daño meramente financiero que genera la conducta es justificable por el motivo de que la norma fue planteada para estimular su total cumplimiento. Esta evaluación es más fácil situar a las normas de Derecho Administrativo sancionador —o al menos algunas de ellas— como de inalienabilidad (y no como normas más “tradicionales” del Derecho Administrativo).

En el caso de la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción, es importante observar que las convenciones internacionales prevén que las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasorias<sup>1419</sup>. En este aspecto, la obligación de los Estados parte de las convenciones es plantear un sistema de responsabilidad que permita la aplicación de sanciones disuasorias y eficaces. Aunque exista la mención de *proporcional* en algunos casos, la estructura de la obligación no parece ser norma de propiedad, pero sí de inalienabilidad<sup>1420</sup>. Esto puede ser clarificado a partir de tres observaciones. La primera, el Derecho Internacional impone la obligación de responsabilizar a las personas jurídicas. La segunda, el Derecho Internacional impone la obligación de evaluar la posibilidad de que esta responsabilidad sea penal. Si eso no fuera posible en virtud de las tradiciones del sistema jurídico, el Derecho impone la obligatoriedad de responsabilizar civil o administrativamente. La tercera, en todos los casos, las sanciones tienen que ser eficaces y disuasorias. En este aspecto, la opción de responsabilidad no penal de las personas jurídicas no implica el cambio en las características de la sanción —eficaces y disuasorias—, pero sí el cambio de la rama del Derecho y de la consecuente naturaleza del proceso a través del cual las sanciones serán aplicadas<sup>1421</sup>.

Este análisis es esencial para que se comprenda la adecuación sistémica de las herramientas de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción, los respectivos mecanismos de justicia negociada relacionados a esa responsabilidad y, en consecuencia, la adecuada aplicación de derechos y garantías procesales para preservar la finalidad del sistema de prevención y represión de delitos. Sin embargo, de la distinción en abstracto entre norma de responsabilidad y norma de inalienabilidad no parece haber una conclusión obvia sobre la manera precisa de clasificar los

---

<sup>1419</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 26 (4). *Vid.* también Convención Anticorrupción de OCDE, art. 3.

<sup>1420</sup> Conforme se ha mencionado, las normas de propiedad tienen su diseño generalmente relacionados principalmente a la proporción de los daños causados.

<sup>1421</sup> Aunque se pueda imaginar que un sistema jurídico prevé la responsabilidad de naturaleza administrativa aplicable a través de un proceso penal. Ese diseño procesal puede ser justificado en la necesidad de procesar personas físicas y jurídicas por los mismos hechos, en los casos en los cuales no se pueda considerar la persona jurídica criminalmente responsable.

múltiples derechos sancionadores —o los diversos “Derechos administrativos sancionadores”—. Considerando los ejemplos mencionados, tanto el reporte del sujeto obligado en la operación accesoria del posible blanqueo de capitales como la responsabilidad de personas jurídicas por supuesto de corrupción, pueden tener sanciones que no son simplemente la “reparación de daño o la obligación de indemnización”— como suele ser lo común en las normas de propiedad—. En este sentido, también es importante profundizar las diferencias entre los modelos de Derecho sancionador y su relación con el Derecho Penal, con la finalidad de identificar con más precisión las necesarias correlaciones entre garantías procesales y derechos de defensa tradicionales del proceso penal y sus consecuencias específicas para el Derecho Administrativo que sanciona por delitos.

### **3.2. La prohibición de la doble incriminación en EE.UU. —¿un criterio posible?**

En Estados Unidos, así como en otros países, existe una prohibición de que se imponga responsabilidad penal por los mismos hechos más de una vez<sup>1422</sup>. La Suprema Corte estadounidense decidió que está prohibidas las persecuciones criminales por el mismo hecho sobre el cual hubo absolución, persecución criminal por el mismo hecho sobre el cual hubo condena o múltiples imposiciones de pena por los mismos hechos<sup>1423</sup>. Esta norma constitucional es conocida como *double jeopardy clause*<sup>1424</sup>, y para que incida sobre un caso concreto, hace falta la identificación de cuatro factores. El primero, la prohibición se aplica solamente en casos penales<sup>1425</sup>, la segunda, hace falta identificar *the same offense*<sup>1426</sup> —o el mismo hecho considerado crimen—. El tercero, la prohibición se aplica a la imposición de sanción a ser impuesta por el mismo ente estatal<sup>1427</sup>. El cuarto factor, la cláusula es aplicable cuando el acusado fuera puesto en juicio, o solamente

---

<sup>1422</sup> Esa garantía está prevista dentro de las garantías de la quinta emenda a la Constitución de Estados Unidos: *nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*. U.S. Const. (Constitución) amend. V. (EE.UU.).

<sup>1423</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 399) hablando del caso *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969).

<sup>1424</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 399).

<sup>1425</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 400-403).

<sup>1426</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 403-405) hablando del *Blockburger* test, en el cual se identifica si los hechos considerados crímenes son descritos por la ley con los mismos elementos, lo que incluye la prohibición de responsabilidad por un delito que incluya todos los elementos de otro delito.

<sup>1427</sup> En Estados Unidos puede ocurrir condena en el ámbito de entes federados distintos, lo que incluye estados, territorios, gobiernos tribales y en la instancia federal. Esta posibilidad es muy criticada por la doctrina. *Id.* 405-07. Sin embargo, fue recientemente mantenida por la Suprema Corte en el caso *Gamble v. United States*, 587 U. S. \_\_\_\_ (2019).

en los casos que el juicio ha empezado<sup>1428</sup>. La prohibición de la doble incriminación para el sistema de Estados Unidos tiene la finalidad de impedir que el gobierno utilice su poder de persecución criminal y sanción para manipular y oprimir a los individuos<sup>1429</sup>: es una cláusula que limita la arbitrariedad del gobierno.

El primer factor mencionado —el hecho de que los casos sean penales— permite, por ejemplo, sanciones de diversa naturaleza, por los mismos hechos. Así, un acusado —persona física o jurídica<sup>1430</sup>— puede ser sancionado a través de un proceso criminal y también a través de un proceso administrativo o civil<sup>1431</sup>. Sin embargo, dado la multiplicidad de sanciones civiles y administrativas posibles, en algunas situaciones los acusados por delitos intentaron demostrar que la sanción de la naturaleza no-penal no debería ser impuesta por violación de la *double jeopardy clause*. Para solucionar esta cuestión, la Suprema Corte de Estados Unidos, en el caso *Hudson v. United States*<sup>1432</sup>, explicó los criterios a ser utilizados para análisis de las sanciones con la finalidad de identificar la aplicación o no de la prohibición de la doble incriminación. En otras palabras, la Suprema Corte enunció los factores que deben ser considerados para identificar si la imposición de una responsabilidad originalmente no-penal viola la prohibición de la doble incriminación —*double jeopardy clause*—.

En primer lugar, la Corte consideró que la cláusula no prohíbe la imposición de sanción adicional, aunque esa sanción pueda ser considerada castigo —*punishment*<sup>1433</sup>—. La prohibición está relacionada con la múltiple imposición de castigo *penal* y consideró también que la diferencia entre una sanción o castigo penal o civil está basada —al menos inicialmente— en una decisión legislativa<sup>1434</sup>. De esta manera, en la evaluación inicial de la sanción, la autoridad judicial debe analizar cual decisión del Poder Legislativo: debe utilizar la etiqueta de penal o civil<sup>1435</sup>. No obstante, la corte reconoció que en algunas de las veces el Poder Legislativo puede no expresar con claridad si una norma tiene naturaleza civil o naturaleza criminal.

Así, en casos excepcionales, aunque una responsabilidad no sea expresamente definida como criminal, la corte decidió que hace falta evaluar si la sanción fue desarrollada por la ley de manera tan punitiva —tanto en finalidad o en efecto— que puede llegar a transformar algo que era

---

<sup>1428</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 407-08).

<sup>1429</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 400).

<sup>1430</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 400) hablando de la extensión de la aplicación del *double jeopardy clause* también a las personas jurídicas.

<sup>1431</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501) hablando de algunos casos, incluso el de O.J. Simpson, en el cual hubo la condena civil mismo después de la absolución en el proceso criminal.

<sup>1432</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997).

<sup>1433</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501).

<sup>1434</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501).

<sup>1435</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501).

un remedio civil en una pena (de naturaleza criminal)<sup>1436</sup>. En este sentido, la corte prescribió una prueba en dos etapas. La primera, la evaluación de si la norma fue aprobada con una etiqueta de criminal. La segunda, aunque la etiqueta no sea penal, a través de la identificación de puntos de la norma se puede evaluar si la etiqueta está de desconformidad con el resultado de la ley. En otros términos, si existe un exceso punitivo de la sanción civil o administrativa. Para ello, la Corte fijó siete factores. En primer lugar, hace falta evaluar si la sanción representa una verdadera restricción o discapacidad<sup>1437</sup>. En segundo lugar, si la sanción es considerada históricamente un tipo de sanción<sup>1438</sup>. Además, hace falta evaluar si la conducta es sancionada en los casos que hay intención culpable<sup>1439</sup> —el tercer factor— y si su imposición se relaciona con la noción tradicional de *punishment* —retribución y prevención<sup>1440</sup>— como el cuarto factor. El quinto factor es el hecho de que la conducta sancionada también sea descrita como delito<sup>1441</sup>. También hace falta identificar si hay otra alternativa razonable para obtener la finalidad de la norma que no sea la punición prevista —como el sexto factor— y, por último, evaluar si la sanción es excesiva comparada con la alternativa disponible de responsabilidad<sup>1442</sup>.

Es importante que se observe que la evaluación de la ley en el caso concreto, conforme a la Suprema Corte, requiere que se reconozca evidencia clara de que el precepto tiene un efecto tan punitivo —tanto por su finalidad cuanto por el efecto concreto de la norma— que el remedio civil fue diseñado como una verdadera sanción criminal<sup>1443</sup>. En el caso mencionado, de *Hudson*<sup>1444</sup>, la Corte consideró que la una sanción civil de prohibición para contratar —*debarment*— aplicada después de un proceso criminal que resultó en condena, no era prohibida por la *double jeopardy clause*<sup>1445</sup>. En otro ejemplo, una corte federal consideró que un individuo condenado criminalmente por violación a la ley de drogas no podría recibir otra sanción civil con designación de *drug tax*, porque esta cobranza de tasa sería, en verdad, otra punición por el mismo hecho<sup>1446</sup>.

---

<sup>1436</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99 (1997).

<sup>1437</sup> *Id.* en 99, mencionando el caso *Kennedy v. Mendonza Martinez*, 372 U.S. 144 (1963); en el original “whether the sanction involves an affirmative disability or restraint”.

<sup>1438</sup> *Id.*

<sup>1439</sup> *Id.* *Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 401) (explicando que el original “whether it comes into play only on a finding of sicerter” se relaciona con la evaluación de *culpable intent*).

<sup>1440</sup> *Hudson, id.*

<sup>1441</sup> *Id.*

<sup>1442</sup> *Id.* en 99-100.

<sup>1443</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 402).

<sup>1444</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99 (1997).

<sup>1445</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 402).

<sup>1446</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 402) hablando del caso *Dye v. Frank*, 355 F.3d 1102 (7th Cir. 2004).

Otra cuestión interesante es que la prueba para evaluar la etiqueta de la ley y, posteriormente y de manera excepcional, su naturaleza de castigo criminal no tiene aplicación obligatoria para todos los casos. En algunos casos especiales, aunque algunas leyes no tengan naturaleza criminal, no hace falta utilizar la prueba para aplicar la prohibición de la dupla incriminatoria. El ejemplo clásico son los procedimientos para adolescentes involucrados en delitos<sup>1447</sup>. La Suprema Corte consideró que esos procedimientos —aunque puedan ser considerados civiles— tienen naturaleza penal. El principal fundamento para ello es que son procedimientos que pueden resultar en la restricción de la libertad de los adolescentes<sup>1448</sup>.

A partir de estos casos se observan dos caminos en la jurisprudencia de la Suprema Corte aplicables a la prohibición de la doble incriminación. En el primer camino, aunque una ley no sea claramente criminal, la imposición de una sanción puede ser evaluada para identificar si el resultado del diseño legislativo se vuelve en un resultado semejante al de la sanción criminal. Algunos factores para esa evaluación son el hecho de que la sanción significa una verdadera restricción históricamente utilizada como punición, el hecho de que las mismas conductas son descritas como delito, la existencia de culpabilidad y si la norma cumple las finalidades de prevención y represión. En contraste con la responsabilidad por personas jurídicas prevista en las convenciones internacionales citadas<sup>1449</sup>, se puede observar la presencia de estos factores: (i) el Derecho Internacional prevé la naturaleza no penal de la responsabilidad sea caso necesario a partir de las tradiciones jurídicas del país, es decir, la propia convención prevé que es una cuestión penal que puede ser sancionada, si necesario, de otra manera —civil o administrativa—; y (ii) porque las propias convenciones determinan que las sanciones tienen que ser eficaces y disuasorias<sup>1450</sup>. Esa provisión está asociada —conforme a las normas de las convenciones— al hecho de que la persona jurídica esté involucrada en supuestos de corrupción. De esta manera, las conductas son descritas como delito para individuos y la responsabilidad es implementada a partir de teorías de culpabilidad<sup>1451</sup>.

La conclusión es la misma en el otro camino interpretativo: de que decisión del legislador en adoptar una etiqueta u otra a una ley no es la respuesta definitiva para la incidencia o no de las garantías relacionadas al Derecho Penal. La decisión de la Suprema Corte para los casos de

---

<sup>1447</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 403).

<sup>1448</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 403) hablando del caso *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975).

<sup>1449</sup> *Vid.* apartado anterior.

<sup>1450</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 26 (4). *Vid.* también la Convención Anticorrupción de OCDE, art. 3.

<sup>1451</sup> Sobre la responsabilidad de personas jurídicas por actos de sus empleados o directivos en general, *vid.* SCHÜNEMANN (2004: 19-25).

adolescentes es una regla aplicable a casos excepcionales<sup>1452</sup>. Sin embargo, demuestra que por una decisión legislativa basada en un interés de política pública no retira de la sanción —o de la norma que prevé responsabilidad— su naturaleza criminal. Así pasa con los “delitos” practicados por adolescentes, en los cuales el tratamiento diferenciado, que es garantizado, tiene relación con una política pública: de que no necesariamente tengan antecedentes penales, que su desarrollo mental y emocional sea evaluado en caso de actuación delictiva y, además, que tengan oportunidades especiales para recuperación y reintegración a la sociedad.

En las dos situaciones la Suprema Corte evaluó la manera de estructurar la responsabilidad, en especial evaluando la naturaleza de la sanción y su proximidad con la sanción —o la responsabilidad— penal. Así como, el análisis de las distinciones entre normas de propiedad y normas de inalienabilidad<sup>1453</sup>, estos criterios de evaluación también pueden ser utilizados para analizar la responsabilidad no-penal de personas jurídicas por la práctica de supuestos de corrupción.

En todos los casos, la importancia del análisis no es negar la naturaleza del Derecho Administrativo sancionador —o del Derecho Civil—. Tal vez el punto central sea identificar si hace falta atribuir garantías que tradicionalmente son garantías del proceso penal en los procesos de Derecho Administrativo sancionador. Si la respuesta es sí, hace falta la utilización de factores para evaluar a cuáles modalidades de responsabilidad administrativas deben ser extensibles las garantías. La importancia de dichos factores es que, si no hay una distinción, se transforman automáticamente todas las sanciones del Derecho Administrativo en verdaderas sanciones penales, por lo menos en términos de derechos y garantías procesales. En su caso, estos conceptos evaluados por la Suprema Corte parecen tener aplicabilidad a la responsabilidad de personas jurídicas por participación en el cohecho. Si esta es la conclusión, la percepción de que los derechos y garantías procesales deben generar una correspondencia de derechos y garantías en el ámbito de la justicia penal negociada consecuentemente, generará la necesidad de asignar derechos y garantías procesales correspondientes también en algunos casos de justicia negociada en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador.

### **3.3. La defensa en el proceso administrativo sancionador**

Conforme se ha mencionado, para una adecuada evaluación de una herramienta de justicia negociada en el ámbito de la justicia penal hace falta considerar la propia finalidad del proceso penal tradicional y el fin del paradigma de justicia negociada. No obstante, estos no son los únicos factores que deben considerarse. Por ejemplo, el sujeto de la colaboración,

---

<sup>1452</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 402).

<sup>1453</sup> *Vid.* apartado anterior.



si es persona jurídica o persona física, además del tipo de delito, estos también son importantes datos. En el ámbito específico que se desarrollan estos apartados, otro factor esencial es que la responsabilidad —de personas jurídicas— ocurra en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Por todo ello, es necesario observar la naturaleza de la sanción administrativa, o a lo mejor, compararla con la sanción penal.

Es importante considerar que la responsabilidad por hechos relacionados a corrupción está relacionada con la prevención y represión de delitos: que es tradicionalmente el rol de la responsabilidad penal. Sin embargo, esto no significa decir que la defensa en el Derecho Administrativo —o en el proceso administrativo sancionador— no asigna naturalmente las garantías que cada ordenamiento jurídico ofrece a sus individuos sujetos de derechos<sup>1454</sup>. En este sentido, no se trata de negar los principios aplicables como regla al Derecho Administrativo sancionador de cada ordenamiento jurídico, más si tener como punto central la evaluación de si el ejercicio de la imposición de sanción administrativa refleja la finalidad de existencia de la norma específica —en el caso de responsabilidad de persona jurídica por hechos de corrupción— prevención y represión de actividad relacionada con soborno, tráfico de influencia, además de todo el rol en conductas relacionadas a corrupción. Si esto ocurre, otra indagación posible es identificar en que extensión sería relevante garantizar los derechos procesales utilizados en la defensa penal. Este ejercicio analítico solamente tiene sentido si el país del caso implementa responsabilidad administrativa —o civil— conforme posibilitan las obligaciones internacionales<sup>1455</sup>. Si la responsabilidad de personas jurídicas es criminal (por lo menos para las conductas conceptuadas típicamente como delitos), la herramienta de justicia negociada estará alojada en el sistema del Derecho Penal, de manera que las garantías procesales asignadas serán parte del sistema de derechos y garantías procesales penales<sup>1456</sup>.

Un ejemplo puede ilustrar el confronto de una garantía en Derecho Administrativo sancionador con una garantía del Derecho Procesal penal. Es común que las personas jurídicas —y las personas físicas, conforme su caso— tengan la obligatoriedad de mantener registros de sus cuentas empresariales y fornecer estos registros a la autoridad cuando lo solicite, en especial para los efectos de cobranza de impuestos. El no fornecimiento

---

<sup>1454</sup> De hecho, en el caso de Brasil, en que la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción doméstica y transnacional fue establecida como administrativa, la ley prevé derechos de defensa en proceso administrativo. *Vid.* RIBEIRO (2017: 68) hablando de los principios aplicables en el proceso administrativo sancionador de personas jurídicas de la Ley de la Empresa Limpia.

<sup>1455</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 26 (4). *Vid.* también Convención Anticorrupción de OCDE, art. 3. *Vid.* también apartados anteriores.

<sup>1456</sup> Aunque se pueda considerar que la responsabilidad criminal de personas jurídicas requiere una modulación de las garantías procesales penales debido a la propia naturaleza de dichas personas. LOZANO-HIGUERO PINTO (2017).

probablemente generará una sanción administrativa, en cambio llevarlo a cabo, probablemente generará la imposición de impuestos. En este caso, hay dos normas, una principal —el deber de pagar impuestos— con una obligación accesoria —el deber de informar las cuentas<sup>1457</sup>—. El individuo tiene derechos y garantías que limitan la actuación de la Administración que le intenta imponer impuestos. Sin embargo, las dos obligaciones son lícitas, aunque una obligación signifique un incentivo a la confesión que debe ser tasada<sup>1458</sup>. En el Derecho Penal, en otro sentido, no se impone una responsabilidad a un acusado por no confesar (o al menos no se lo hace en el modelo del estado democrático de derechos). Es decir, la ley —como regla general— no proveerá una obligación de presentar pruebas contra sí mismo en el proceso penal, y la coacción o coerción a la confesión generará su nulidad. Del ejemplo se observa que la garantía penal —contra la confesión bajo coacción— tiene una valoración más intensa que la misma garantía en otros procesos —como la obligación accesoria mencionada, de hacer pruebas contra sí mismo en el caso de cobranza de tasas e impuestos—. Esta distinción de efectos concretos en el ámbito de la defensa, cuando comparados los diversos procesos, demuestra la importancia de identificar lo que se puede considerar como el núcleo del *tipo*<sup>1459</sup> de la figura de Derecho Administrativo sancionador. En otras palabras, la estrategia utilizada por el legislador de adoptar responsabilidad administrativa, incluso para casos de delitos, requiere que se identifique si la descripción de la conducta irregular administrativa no es, en realidad, la descripción de

---

<sup>1457</sup> Para efectos del ejemplo, no hace falta identificar si el sistema jurídico adopta naturaleza civil o administrativa para las obligaciones de derecho tributario.

<sup>1458</sup> Un caso concreto de legislación con obligaciones semejantes a ese ejemplo es el del *Foreign Corrupt Practices Act* de Estados Unidos y sus reglas direccionadas a los registros contables. La Ley prevé la responsabilidad civil y responsabilidad penal para algunas personas jurídicas por el hecho de no mantener registros de contabilidad y otras medidas de control. Cuando se pone de manifiesto una violación intencional de las provisiones, puede ocurrir responsabilidad criminal. Si solamente se pone de manifiesto una violación, la responsabilidad será civil. Esas obligaciones de control interno pueden generar responsabilidad, aunque no se demuestre la ocurrencia del soborno transnacional—el tema principal de la FCPA—. En ese caso, la autoridad tiene la oportunidad de sancionar civilmente por incumplimiento, sancionar penalmente por incumplimiento con intento culpable—o intento criminal—, o sancionar penalmente también si demuestra que el incumplimiento está relacionado con el pago de ventaja indebida en los términos de las reglas anti-cohecho de la ley. En su caso la obligación accesoria—de mantener registros contables—tiene un contenido de prevención al soborno. Eso por que se estima que un pago de soborno no será registrado en las cuentas como tal, pero sí con una referencia falsa. Si ocurre, también es un delito. Ver, en general, ROBINSON QC, DEMING & BUTLER (2013: 25-34).

<sup>1459</sup> En este sentido, *tipo* es utilizado como la descripción que presenta una conducta considerada tradicionalmente delito, y no la tradicional descripción de la irregularidad administrativa. Sobre la distinción de irregularidad administrativa y tipo penal, *vid.* NIETO GARCÍA (2018: 128-130).

una conducta considerada por la ley penal como delito y, en este sentido, una verdadera huida del proceso penal para imponer sanción<sup>1460</sup>.

La temática generará mucha más divergencia cuanto más amplia sea la aplicación del Derecho Administrativo sancionador en el sistema jurídico — y con qué finalidad—. En algún sistema, como el brasileño, la ampliación del uso del Derecho Administrativo sancionador ocurrió, históricamente, de manera no lineal<sup>1461</sup>. En especial en los últimos años, la frustración con el sistema penal tradicional y su falta de eficacia resultó en la aprobación de la legislación del Derecho Administrativo sancionador para lidiar con situaciones que tradicionalmente están relacionadas a la prevención de delitos y, en consecuencia, al Derecho Penal<sup>1462</sup>. Se puede mencionar por ejemplo la Ley de Improbidad, que impone responsabilidad administrativa a la práctica de conductas que generen enriquecimiento ilícito, daños a los fondos públicos además de violación a los principios administrativos<sup>1463</sup>. Otro ejemplo es la responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados con soborno doméstico o transnacional, de la Ley de la Empresa Limpia, de Brasil, con sanciones de naturaleza administrativa impuestas a través de un proceso administrativo de responsabilidad<sup>1464</sup>.

Esta expansión en el sistema jurídico brasileño es reconocida por haber provocado una necesidad de evaluar la aplicación de los derechos y garantías procesales y su extensión al Derecho Administrativo sancionador<sup>1465</sup>. En el caso de Brasil, el propio sistema jurídico determina el respeto a los derechos de defensa en los procesos administrativos<sup>1466</sup>. Aun así, parece que la expansión del Derecho Administrativo sancionador, al menos en Brasil, genera la posibilidad de que sean hechas diversas interpretaciones sobre el sistema jurídico y las garantías procesales. Una de las posibles opciones de interpretación es considerar que el proceso administrativo sancionador debe tener sus garantías conforme a lo previsto

---

<sup>1460</sup> Se menciona una verdadera huida, en este caso, porque no se estará delante de una decisión de mera política legislativa, por ejemplo, como las adoptadas para tornar conductas que eran consideradas delitos de menor potencial ofensivo en infracciones administrativas, más si trasponer para el ámbito del Derecho Administrativo una conducta que permanece delito en el ámbito del Derecho Penal y que generará, al final, sanciones muchas de las veces de la misma naturaleza de las sanciones penales aplicables (como multa, prohibición de contratar con la Administración Pública, cierre de actividades). Para más información, *vid.* el capítulo sobre el sistema de Brasil.

<sup>1461</sup> VORONOFF (2019: 31-32).

<sup>1462</sup> VORONOFF (2019: 31).

<sup>1463</sup> Ley 8.429/1992.

<sup>1464</sup> Ley 12.846/2013. En su caso, la aprobación de esa ley fue hecha con el intento de calmar el clamor público por medidas de combate a corrupción en Brasil. SIMÃO & VIANNA (2017: 27-28).

<sup>1465</sup> VORONOFF (2019: 26).

<sup>1466</sup> Como ejemplo, la Constitución brasileña menciona el respecto al contradictorio y a amplia defensa también en los procesos administrativos. Constituição Federal (CFB) art. 5, LV (Brasil). La ley 12.846/2013 también prevé derechos de defensa en su rito procesal. Ley 12.846/2013, art. 8.

en los regímenes de Derecho Administrativo y a partir de la orden constitucional, dado que la propia Constitución menciona las garantías del proceso administrativo<sup>1467</sup>. De esta manera, los contornos de la actividad de imposición de responsabilidad deberían ser dados por las propias leyes que imponen la responsabilidad, a partir de la norma emanada por la Constitución. Considerando esta concepción del Derecho Administrativo sancionador, habiendo la necesidad de interpretar derechos y garantías procesales, dicha actividad debería basarse en presupuestos del Derecho Administrativo y garantías del Derecho Administrativo Procesal. El principal fundamento de esta interpretación es la concepción de que los objetivos del Derecho Administrativo son diferentes de los objetivos del Derecho Penal. Lo que incluye la observación de que las sanciones administrativas no se equiparan a las sanciones penales<sup>1468</sup>. De hecho, esto justificaría la distinción entre las disciplinas y entre las garantías procesales correspondientes.

No obstante, habrá casos en que esta interpretación no será la más adecuada. Primero porque la Administración Pública ejerce sus actividades a partir de diversas prerrogativas y diversos regímenes jurídicos. Por ejemplo, la Administración tiene poderes para imponer obligaciones de manera unilateral, en especial basado en las prerrogativas y en el ejercicio de potestades de la Administración. Si la actuación de la autoridad está basada en el principio de la supremacía del interés público sobre el interés particular, además de la indisponibilidad del interés público<sup>1469</sup>, la Administración actuará, en diversas ocasiones, en una relación desequilibrada con los individuos. Esta supremacía como regla general —o el desequilibrio— en las relaciones entre Administración y administrado está fundada en la confección del interés público. Al mismo tiempo, está contraria a el binomio en el cual el Derecho Penal tiene que actuar: contrastando el interés de punir a los culpables y de proteger a los inocentes<sup>1470</sup>.

Esto significa que a la Administración le es dada, en variadas ocasiones, una situación privilegiada de poderes y derechos —o de potestades—. Dicha situación, si trasplantada al Derecho Administrativo sancionador, puede, en concreto, sacar garantías y derechos de los administrados, estas garantías que estarían presentes si la responsabilidad fuera implementada a través del Derecho Penal. En otras palabras, trazar una línea firme entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, sin mantener ninguna zona gris correspondiente a la actividad sancionadora, permite que el Estado adopte

---

<sup>1467</sup> Constituição Federal (CFB), art. 5, LV (Brasil).

<sup>1468</sup> VORONOFF (2019: 27).

<sup>1469</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 56).

<sup>1470</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

un modelo autoritario de represión de conductas<sup>1471</sup>. Por ello es necesario considerar más de una interpretación de los procesos administrativos y de los derechos procesales administrativos, es decir, es necesario modular el Derecho Administrativo conforme el tipo de actividad desarrollada por la Administración. Es necesario considerar que la sanción debe ser al menos parte de la *ultima ratio*, aunque la pena, en concreto, sea considerada tradicionalmente la última de la *ultima ratio*<sup>1472</sup>.

En este panorama, es necesario identificar los criterios para distinguir los múltiples Derechos administrativos sancionadores, o las diversas actividades sancionadoras en las cuales la Administración Pública puede estar involucrada, lo que podrá incluir, en su caso, sanciones consideradas civiles<sup>1473</sup>. Retomando los criterios mencionados en los apartados anteriores, se puede considerar que la sanción del Derecho Administrativo sancionador no tendrá finalidad distinta de la de la pena —o de la sanción penal— si la norma de Derecho Administrativo sancionador tiene el contenido de norma de inalienabilidad<sup>1474</sup>, si el tipo de sanción a ser aplicado es considerado tradicionalmente una punición, si la responsabilidad es impuesta a partir de la evaluación del intento y culpabilidad, si la sanción sirve para la finalidad de prevenir y reprimir delitos y si la conducta también es descripta como delito<sup>1475</sup>. Es importante observar que estos criterios tienen que ser evaluados en los casos concretos para que se identifique los derechos procesales garantizados a los acusados. Conforme se ha mencionado, esto parece ser el caso de los sistemas jurídicos que permitan sanción administrativa —o civil— eficaz, disuasoria y proporcional, a las personas jurídicas que supuestamente estén involucradas en actos de corrupción, conforme a las normas de Derecho Internacional<sup>1476</sup>. La elección por sanciones no penales para las personas jurídicas no puede significar la violación a los derechos de defensa o la imposibilidad de ejercer las garantías procesales<sup>1477</sup>. De igual modo, en estos casos de Derecho sancionador no penal mencionados, la evaluación de las herramientas de justicia negociada debe ser hecha considerando el

---

<sup>1471</sup> De hecho, en el caso de España, esto parece haber ocurrido con el franquismo. NIETO GARCÍA (2018: 217).

<sup>1472</sup> NIETO GARCÍA (2018: 33) hablando que, aunque tradicionalmente sea dado a la pena el carácter de *ultima ratio*, las medidas no penales también deben ser utilizadas en último lugar.

<sup>1473</sup> Como en el caso de Brasil, en el cual existen sanciones aplicables con base en la Ley de *Improbidad* Administrativa y la Ley de la Empresa Limpia a través de proceso contencioso de naturaleza civil. *Vid.* capítulo propio sobre el sistema brasileño.

<sup>1474</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004). *Vid.* también apartado anterior.

<sup>1475</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 502) y HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 401) (hablando de los criterios para identificar prohibición a la doble incriminación incluso en los casos en los cuales la segunda ley no tiene el rótulo de ley criminal).

<sup>1476</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 26 (4). *Vid.* también Convención Anticorrupción de OCDE, art. 3.

<sup>1477</sup> PÉREZ GIL (2017: 37).

ejercicio más amplio de garantías procesales posibles, y no simplemente un eventual mínimo del Derecho Administrativo o civil.

Hacer el análisis de la adecuación de los acuerdos de colaboración — aunque en el ámbito administrativo o civil— sin considerar las diversas características de los múltiples “derechos administrativos” generará la distorsión de la distorsión. Esto porque, además de la actividad de imponer responsabilidad, la confesión y la renuncia de derechos de defensa también estarán carentes en la segunda parte del binomio de la justicia penal tradicional —la preservación de los inocentes—<sup>1478</sup>. Además, se limitaría todavía más las garantías relacionadas con la obtención de la verdad procesal necesaria para la confección de una decisión que atienda a ideales de justicia e igualdad<sup>1479</sup>.

### **3.4. La sanción y el castigo**

Además de las consideraciones relacionadas a la naturaleza del Derecho Administrativo sancionador para la responsabilidad de las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción, uno de los factores señalados en la doctrina del *double jeopardy* tiene especial interés para la evaluación de los derechos procesales que deben ser garantizados a las personas jurídicas en esos casos: si el tipo de sanción impuesta es usualmente considerada *punishment* —o castigo<sup>1480</sup>—. Las sanciones generalmente impuestas a las personas jurídicas involucran la aplicación de multa-penalidad, además de restricciones y limitaciones al ejercicio de actividad económica o empresarial. De hecho, en el planteamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, una de las tareas a ser desarrollada por el legislador o por el responsable del diseño de la política pública es decidir el peso que el aspecto financiero de la responsabilidad tendrá en el sistema. La responsabilidad financiera puede variar desde simples obligaciones para resarcir e indemnizar por los daños causados hasta sanciones con un efecto multiplicador de los daños o ventajitas recibidas<sup>1481</sup>. Desde el punto de vista de la represión y prevención de las conductas, el mayor grado de efectividad de la sanción probablemente ocurrirá añadiendo la responsabilidad por los daños, la pérdida de los beneficios pretendidos con algún incremento del valor para compensar por la probabilidad de que la conducta no sea

---

<sup>1478</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1479</sup> Sobre las garantías procesales su función en la negociación, *vid.* capítulo específico.

<sup>1480</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501).

<sup>1481</sup> Conforme se ha mencionado en el apartado anterior, a partir del análisis económico del Derecho, el esquema que debe ser observado para la prevención máxima de determinadas conductas está en el desarrollo de la norma de inalienabilidad. De esa manera, si simplemente se hace la recomposición de los daños causados, el desarrollo de la norma fue hecho a partir del estándar de norma de propiedad, de manera que no tendrá los más profundos incentivos para la no realización de la conducta que se intenta evitar. *Vid.* apartado específico. *Vid.* también RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

descubierta<sup>1482</sup>. En este aspecto, es importante observar que si la responsabilidad extrapola la simple indemnización por los daños (o resarcimiento), la sanción parece asumir una naturaleza de punición<sup>1483</sup>. En concreto, esta es la solución que diversos países tienen implementado con relación a las personas jurídicas<sup>1484</sup>. En este caso, está caracterizada el trazo también presente en la responsabilidad criminal —la punición— aunque la responsabilidad sea nominalmente administrativa o civil. Una vez caracterizada la naturaleza de punición de la sanción financiera, sería importante que los sistemas aseguraran a las personas jurídicas derechos y garantías más amplias, o las garantías aplicables del proceso penal<sup>1485</sup>.

Las otras sanciones posibles, conforme se ha mencionado, pueden ser definidas como incapacitantes. Este tipo de sanción es implementado para prevenir la continuidad de la conducta por parte de la persona involucrada. Tradicionalmente, para fines de Derecho Penal, las sanciones incapacitantes son prisión y pena de muerte<sup>1486</sup>. Debido a la propia naturaleza de las personas jurídicas, estas dos posibilidades no les son aplicables. Sin embargo, es posible aplicarles otros tipos de sanciones incapacitantes, en especial en la limitación del ejercicio de actividades empresariales o comerciales. Por ejemplo, pueden ser impuestas a las personas jurídicas la descalificación para realizar determinada actividad e incluso la disolución de la personalidad jurídica<sup>1487</sup>. Aunque en estos casos lo que se vulnera de las personas jurídicas son expectativas de derechos<sup>1488</sup> —la continuidad integral o parcial de los negocios en el futuro— ocurre también una afectación a los derechos de propiedad. Conforme se ha mencionado, la persona jurídica puede sufrir daños financieros por el simple hecho de ser parte de una investigación criminal<sup>1489</sup>. Estos daños serán mayores conforme a diversos factores, por ejemplo, el tipo de actividad empresarial, el tipo de la empresa y su estructura. También es cierto que algunas de las sanciones incapacitantes tienen una aplicación

---

<sup>1482</sup> Más una vez, esa forma de desarrollar la responsabilidad está basada en el análisis económico del derecho. *Vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004). La OCDE y el Banco Mundial también tienen una guía y manual a respecto de la importancia de las sanciones de naturaleza financiera y la retirada de las ganancias del delito, en especial aplicable en casos de corrupción de los cuales participe persona jurídica. *Vid. Stolen Asset Recovery Initiative, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery, supra* nota 622.

<sup>1483</sup> En este sentido, incluso, hay la posibilidad de defender que el simple resarcimiento de los daños no sería una sanción. No obstante, aquí se utiliza el término considerando, por ejemplo, que la Ley de *Improbidad* de Brasil añade a las “penas” el cobro de los valores relacionados a los daños causados.

<sup>1484</sup> BRODOWSKI (2014: 218-219).

<sup>1485</sup> BRODOWSKI (2014: 219) hablando de la jurisprudencia del TEDH y del sistema constitucional alemán.

<sup>1486</sup> BRODOWSKI (2014: 215).

<sup>1487</sup> BRODOWSKI (2014: 215).

<sup>1488</sup> BRODOWSKI (2014: 215).

<sup>1489</sup> HELLER (2014/2015).

amplia, a ejemplo el Código Penal Español, que permite la intervención judicial, la clausura de locales de funcionamiento, la suspensión de actividades empresariales y la total disolución de la sociedad<sup>1490</sup>. Estas sanciones, a pesar de ser tradicionalmente incapacitantes, son penas extremas que pueden generar la verdadera muerte de la persona jurídica<sup>1491</sup>.

Es cierto que no se habla de vida —en el caso, no se habla de muerte— como se hablaría de la vida de personas naturales. Sin embargo, es importante considerar que las sanciones incapacitantes claramente pueden alcanzar los derechos de propiedad, que también son derechos fundamentales objeto de protección jurídica inclusive del Derecho Internacional<sup>1492</sup>. Por ello, más que identificar simplemente si la sanción es incapacitante, su registro como punición tiene que ser determinante para generar garantías procesales de defensa. No obstante, estas garantías procesales pueden ser reducidas o moduladas, conforme al tipo de incapacidad, porque un sistema jurídico puede prever una sanción incapacitante a una persona jurídica que no tenga una gravedad tan relevante o que sea relacionada sólo a la propia ocurrencia de la actividad ilícita, de manera que el propio contenido de la sanción (o de la consecuencia jurídica de la actividad) sea reducido. Por ejemplo, un sistema jurídico puede prever como consecuencia de una actividad ilícita el cierre de una persona jurídica pantalla<sup>1493</sup>. Sin embargo, si las sanciones significan verdaderas puniciones, también sería necesario garantizar a las personas jurídicas derechos y garantías procesales tradicionalmente aplicables en el proceso penal.

#### **4. LOS DERECHOS DE DEFENSA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

La posibilidad de imponer responsabilidad a las personas jurídicas por participar en delitos es una realidad en diversos sistemas jurídicos, aunque no en todos los casos dicha responsabilidad tiene una naturaleza penal. Esta realidad significa un doble reto para el desarrollo de los sistemas tanto por

---

<sup>1490</sup> Art. 33.7(b)(c)(d) y (g) del Código Penal Español (CPE) art. 33.7 (España).

<sup>1491</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: 143). *Vid.* también BITTENCOURT (2015: 168).

<sup>1492</sup> Brodowski considera que las sanciones incapacitantes aplicables a las personas jurídicas tienen impacto sólo en expectativas de derechos, no a los derechos de propiedad. De esa manera, no estarían bajo las garantías de derechos fundamentales del sistema europeo ni tampoco bajo las protecciones a derechos fundamentales de la constitución alemán. *Vid.* BRODOWSKI (2014: 215-216).

<sup>1493</sup> Como ejemplo, un sistema jurídico podrá prever la extinción de una persona jurídica que sea resultado de un acto ilícito y con la exclusiva finalidad de ocultar hechos ilícitos. En este caso no estará, en realidad, a extinguir una persona jurídica verdadera, con actividad empresarial y empleados, pero simplemente a remover una camada de protección jurídica utilizada de manera indebida por delincuentes. La Ley de la Empresa Limpia brasileña prevé la posibilidad de que el juez aplique tal sanción en sede de justicia civil. Ley 12.846/2013, art. 19, §1, II.



parte del legislador responsable del diseño, como por parte del aplicador de la ley. En primer lugar, es un reto identificar los derechos procesales de defensa que deben ser garantizados a las personas jurídicas, con qué fundamento intensidad o modulación. En segundo lugar, también es necesario identificar, conforme se ha mencionado, bajo que estándar serán garantizados estos derechos o, a lo mejor, relacionados a que rama del Derecho, si penal, administrativo o civil.

No obstante, con relación a este segundo desafío, si el modelo es la responsabilidad por hechos relacionados a corrupción, conforme se ha mencionado o si está relacionada con la prevención y represión de delitos. En este aspecto, la simple etiqueta de la responsabilidad —penal, administrativa o civil— no debe ser el factor determinante para la decisión de asignación de derechos y garantías procesales. En realidad, la finalidad de la responsabilidad —claramente vinculada a las finalidades del Derecho Penal— debe ser uno de los principales factores considerados para mitigar eventuales restricciones a las garantías procesales del proceso administrativo o civil<sup>1494</sup>. Lo que significa que las garantías procesales que deben ser asignadas a las personas jurídicas, de esta manera, deben estar basadas en garantías y derechos de defensa tradicionales del proceso penal, al menos para estos casos de responsabilidad por hechos de corrupción. Además, es importante distinguir entre dos paradigmas. El primero, el modelo sistémico que intenta implementar la lucha contra la corrupción con enfoque principalmente en la responsabilidad penal, dejando los efectos civiles o administrativos como elementos accesorios del combate al delito. El segundo, el que intenta utilizar las herramientas de manera mixta, a partir de sus tradiciones jurídicas. En este caso, la responsabilidad será mezclada entre sanciones penales y sanciones impuestas a través procesos no penales. Este segundo paradigma sería el de los sistemas jurídicos que imponen responsabilidad criminal a los individuos y responsabilidad administrativa —o civil— a las personas jurídicas, por los mismos hechos<sup>1495</sup>.

Ejemplos del primer paradigma son Estados Unidos y España. En estos dos países la responsabilidad por las conductas principales relacionadas a la corrupción es penal, tanto de personas físicas como de personas jurídicas. En Estados Unidos el desarrollo de la responsabilidad criminal de personas jurídicas permite la aplicación de pena por los mismos delitos a individuos y personas jurídicas<sup>1496</sup>. Empresas son reconocidas como personas para

---

<sup>1494</sup> *Vid.* apartados anteriores, sobre criterios posibles de utilización para evaluación de la real naturaleza de la sanción en los casos de responsabilidad administrativa o civil de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción.

<sup>1495</sup> Considerando, además, que tradicionalmente la responsabilidad penal (o administrativa) generará como consecuencia una responsabilidad civil de indemnizar o resarcir.

<sup>1496</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23) hablando del desarrollo de la responsabilidad criminal de personas jurídicas en Estados Unidos.

efectos de ley criminal federal, de manera que las leyes penales incluyen no solamente responsabilidad a individuos, sino también a las corporaciones<sup>1497</sup>. Además, la Suprema Corte, en la decisión del caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, consideró que a las empresas les deberían ser extendidos los derechos constitucionales garantizados a las personas físicas<sup>1498</sup>.

En España, a partir de la reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010, se dio reconocimiento de responsabilidad criminal de las personas jurídicas para algunos delitos específicos<sup>1499</sup>. Posteriormente, a través de la Ley Orgánica 1/2015, el Código Penal fue una vez más alterado, se mantuvo la responsabilidad criminal de personas jurídicas y se implementaron cambios en el sistema de responsabilidad<sup>1500</sup>. Previamente, en 2012, otro cambio en el CP Español permitió la inclusión de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos<sup>1501</sup>. Los dos sistemas, tanto el de Estados Unidos y el de España, permiten la responsabilidad a partir de la imposición de sanción penal en procesos penales. En estos casos, el paradigma del Derecho Penal tradicional es realizado a través del proceso penal.

No obstante, también en estos casos hace falta profundizar en el planteamiento de los derechos procesales de la persona jurídica, puesto que, por las propias naturalezas diversas entre individuos y personas morales, no se puede imaginar que el ejercicio de derechos por los dos tipos de sujetos será desarrollado de manera uniforme. Por ejemplo, a la persona física es usualmente asegurado el derecho de no auto-incriminarse. En este aspecto, a los acusados generalmente se les faculta para responder preguntas en interrogatorio en el proceso penal<sup>1502</sup>. La cuestión con relación a las personas jurídicas imputadas será identificar si es posible extender esa garantía procesal y, en su caso, en que amplitud. Las implicaciones prácticas de la amplitud de estos derechos serán múltiples, y representarán en caso concreto la posibilidad o imposibilidad de la persona jurídica impedir que un ejecutivo o dirigente sea testigo en el proceso. También podrá implicar

---

<sup>1497</sup> 1 U.S.C. § 1, explicitando, en el original: “the words ‘person’ and ‘whoever’ include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals”. *Vid.* también PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>1498</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010): concluyendo por la aplicabilidad de la garantía de la primera enmienda a la Constitución estadounidense a las empresas. Conforme las decisiones de la Suprema Corte, hay limitaciones a esta extensión de derechos debido a propia naturaleza de las personas jurídicas. *Vid.*, por ejemplo, los apartados sobre la presunción de inocencia y los derechos a no autoincriminación.

<sup>1499</sup> *Vid.* DEL MORAL GARCÍA (2017: 18%).

<sup>1500</sup> DEL MORAL GARCÍA (2017: 18%)

<sup>1501</sup> DEL MORAL GARCÍA (2017: 18%)

<sup>1502</sup> En el caso de Estados Unidos, la quinta enmienda de la Constitución garantiza el derecho, en el original “(...) nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)”. U.S. Const. amend. V. La Suprema Corte decidió que la garantía se aplica también a la investigación criminal, puesto que la constitución menciona “caso criminal” y no proceso criminal. *Vid. Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

en la admisión o no de documentos empresariales como prueba contraria a la persona jurídica. En todos los casos, hay una necesidad de un ejercicio de modulación de los derechos y garantías procesales a ser aplicados a las personas jurídicas en el seno del proceso<sup>1503</sup>.

Como ejemplo del segundo paradigma del sistema jurídico se puede mencionar los sistemas jurídicos de Alemania y de Brasil. En Alemania, el Código Penal —*Strafgesetzbuch (StGB)*— contiene los principales delitos y definiciones relacionadas con los supuestos de corrupción<sup>1504</sup>. Además, otras leyes incluyen las provisiones para hechos específicos como el delito de contribución ilícita en relaciones comerciales<sup>1505</sup>. Sin embargo, estas provisiones penales solamente son aplicables a personas naturales<sup>1506</sup>. Las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas por hechos descritos como delitos de corrupción con base en la Ley de Ofensas Regulatorias —*Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)*—<sup>1507</sup>. En suma, si los representantes de la empresa, en violación de las obligaciones de la empresa, practican un ilícito criminal o administrativo, la empresa puede ser responsabilizada<sup>1508</sup>. La empresa también puede sufrir sanción si una acción u omisión ilícita fue desarrollada para generarle beneficios o provechos<sup>1509</sup>. Esta imposición de responsabilidad puede recurrir a partir de diversos delitos, y puede ser impuesta a todas las empresas, corporaciones y asociaciones, independientemente de su naturaleza pública o privada y de su finalidad o no de obtener lucro<sup>1510</sup>.

En el caso de Brasil, el Código Penal y otras leyes tienen las principales conductas penales relacionadas al pago soborno y supuestos de corrupción<sup>1511</sup>. Solamente las personas naturales pueden ser responsabilizadas por delitos, a excepción de la provisión de delitos ambientales de la Constitución brasileña<sup>1512</sup>. La responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción fue implementada a través de la Ley de la Empresa Limpia en el año 2013<sup>1513</sup>. Esta responsabilidad tiene

---

<sup>1503</sup> PÉREZ GIL (2017: 40).

<sup>1504</sup> *Vid.* PELZ, KUTZNER & SCHORN (2019).

<sup>1505</sup> PELZ, KUTZNER & SCHORN (2019).

<sup>1506</sup> *Vid.* LOHNER & BEHR (2019).

<sup>1507</sup> LOHNER & BEHR (2019).

<sup>1508</sup> LOHNER & BEHR (2019).

<sup>1509</sup> LOHNER & BEHR (2019).

<sup>1510</sup> LOHNER & BEHR (2019) y KRAUSE (2019).

<sup>1511</sup> El Código Penal brasileño tiene los conceptos de corrupción pasiva y activa. *Vid.* Código Penal (CPB) arts. 317, 333. La ley de contrataciones públicas tiene, por ejemplo, delitos de fraude relacionados a contratos con la administración. *Vid.* Ley 8.666/1993.

<sup>1512</sup> *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 38-39) hablando de la excepción a la responsabilidad criminal de la constitución brasileña en los casos de delitos contra el medioambiente y contra el orden económico, y de la concepción de que la ley brasileña no autoriza la responsabilidad criminal de personas jurídicas en los demás casos. *Vid.* también MACHADO DE SOUZA (2019: 44 y ss.) hablando sobre el sistema jurídico criminal de Brasil.

<sup>1513</sup> *Vid.* Ley 12.850/2013.

naturaleza administrativa y civil, conforme autorizado por las obligaciones internacionales asumidas por Brasil, en especial la Convención de las Naciones Unidas y de la OCDE<sup>1514</sup>. La ley posibilita la imposición de sanción a las personas jurídicas por hechos de soborno doméstico y transnacional, entre otras conductas<sup>1515</sup>.

En el caso del primer paradigma de responsabilidad de personas jurídicas —del ejemplo de Estados Unidos y España— la uniformidad de tratamiento entre persona natural y persona moral permitirá una simplificación en la aplicación de los derechos procesales de las personas jurídicas. Todos los involucrados podrán ser juzgados ante la autoridad judicial, y el proceso podrá —salvo alguna distinción específica— ser el mismo. La decisión será determinar si las garantías procesales aplicables a las personas jurídicas requieren alguna restricción de aplicación por la simple naturaleza de las personas morales de ser entes ficticios —las garantías procesales son desarrolladas, generalmente, a partir de su asignación a personas naturales—. En el segundo paradigma, el caso de Brasil y de Alemania, la aplicación de sanción a partir del sistema mixto tendrá desafíos añadidos. Una, por la necesidad de identificar si la responsabilidad de todos los involucrados —personas morales o naturales— será investigada e impuesta en el mismo proceso o en proceso distinto. Además, otros factores serán relevantes en la distinción de procesos o ritos, como la autoridad responsable por la decisión en cada caso, la autoridad responsable por la imputación, los plazos de prescripción y la carga de la prueba.

No obstante, es esencial comprender la necesidad de garantizar derechos procesales en un nivel adecuado para ambos los paradigmas del sistema de la responsabilidad de personas jurídicas. El hecho del nacimiento de los derechos procesales estar relacionado con las personas físicas y el hecho de que la responsabilidad de las personas jurídicas no es penal no pueden ser fundamento para disminuir el mínimo necesario para la mantención del equilibrio entre el interés de implementar responsabilidad y de garantizar derecho a los inocentes. La atribución de derechos y garantías procesales —y fundamentales— a las personas jurídicas es necesaria incluso por la importancia que estos entes ficticios tienen para la sociedad moderna. En la actualidad, es la utilización de personas jurídicas la que permite una adecuada organización de individuos para la consecución de las más diversas finalidades<sup>1516</sup>. Sin la organización social a través de empresas, asociaciones y otras instituciones, las personas físicas no llegarían a los mismos fines.<sup>1517</sup> Aunque se considere que las

---

<sup>1514</sup> DEMATTÉ (2015: 108-110).

<sup>1515</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 31-32).

<sup>1516</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114) y AYDN (2014: 312).

<sup>1517</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

distinciones entre personas naturales y personas morales hace que las primeras tengan más derechos que las segundas, debido a su propia naturaleza, no ostentan, esto no debería pasar —como regla general— con los derechos de defensa y los derechos procesales. Estos derechos —concretados en el ámbito de los procesos— son pasibles de ser ejercidas también por las personas jurídicas, a través de sus empleados, su cuerpo directivo y sus representantes legales<sup>1518</sup>. De igual manera, si se pretende evaluar las herramientas disponibles<sup>1519</sup> de justicia negociada para ambos, no se puede olvidar la necesidad de que este análisis también considere los estándares de derechos y garantías procesales.

#### **4.1. Los derechos de las personas jurídicas y el Derecho Internacional**

Los derechos y garantías procesales asegurados a las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad por hechos de corrupción cambian conforme características y tradiciones del sistema jurídico. Lo es natural, puesto que también la asignación de derechos y garantías cambia en amplitud y forma de ejecución a las personas naturales, a variar con el sistema jurídico y el historial de implementación de los referidos derechos. Además, el hecho de que el Derecho Internacional permita a los países determinar cuál tipo de responsabilidad aplicar —sea penal, administrativa o civil— para las personas jurídicas por hecho de corrupción<sup>1520</sup> demuestra dos factores<sup>1521</sup>. El primero, de que no existe consenso internacional en lo que son sanciones penales<sup>1522</sup>. De ello, diversas conclusiones pueden ser extraídas. Por ejemplo, de que no existe consenso sobre la naturaleza de las sanciones aplicables a personas jurídicas, aunque las mismas obligaciones internacionales que prevén la necesidad de imponer responsabilidad a personas jurídicas definan que dichas sanciones deben ser financieras, disuasorias, proporcionales y eficaces. También parece que, a parte de la pena de prisión, no existe consenso sobre la naturaleza de las múltiples sanciones aplicables lo mismo a las personas físicas.

El segundo factor es la falta de homogeneidad en el Derecho Internacional de cómo debe funcionar el proceso penal<sup>1523</sup>. En este aspecto, no hay regla uniforme entre los países si se puede incluir personas jurídicas

---

<sup>1518</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 128).

<sup>1519</sup> Algunos sistemas jurídicos, como el de España, no tienen herramienta para colaboración de personas jurídicas en casos de responsabilidad criminal asemejado al *plea bargaining* o a los DPAs. Sin embargo, hay herramientas de justicia negociada, como la *conformidad*, que posibilita una adjudicación más rápida de la condena. Sobre el tema, *vid. en general* RODRÍGUEZ-GARCÍA (2015).

<sup>1520</sup> *Vid.* Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 26 (4). *Vid.* también Convención Anticorrupción de OCDE, art. 3.

<sup>1521</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

<sup>1522</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

<sup>1523</sup> PÉREZ GIL (2017: 27).

en los mismos procesos en los cuales se investiga la conducta de personas físicas. Tampoco parece existir consenso sobre la posibilidad de que la responsabilidad penal o administrativa/civil sea impuesta a partir de los mismos procedimientos, a través del mismo órgano judicial, o incluso como deben ocurrir los diversos procesos y con base en cuales garantías procesales, conforme se ha mencionado. Esta falta de homogeneidad entre las tradiciones jurídicas de los países resultó en el desarrollo de obligaciones internacionales que parecen imprecisas, pero que en realidad son obligaciones con el espacio de maleabilidad necesario para garantizar que los países adopten herramientas de responsabilidad de personas jurídicas aplicables dentro de sus propias tradiciones jurídicas<sup>1524</sup>. Esta maleabilidad de las obligaciones internacionales permite que los países adopten las herramientas necesarias considerando los factores intrínsecos relevantes para su eficacia y adecuado funcionamiento.

No obstante, el resultado de la implementación de dichas obligaciones —además de la heterogeneidad de forma— seguramente genera múltiples retos para los países, de manera que los resultados obtenidos en el combate a la corrupción también serán diferentes. Sin embargo, es importante considerar que el hecho de que un país implemente un modelo de responsabilidad criminal o administrativo no es el único factor que determinará el suceso en la imposición de responsabilidad a personas jurídicas en la lucha contra la corrupción. Un ejercicio comparativo simple puede evidenciarlo. Por ejemplo, Alemania, que tiene un sistema de imposición de responsabilidad mixto —criminal a las personas físicas y administrativo/civil a las personas jurídicas— obtuvo en 2014 en la evaluación de la Comisión Europea un reconocimiento de estar entre los países que más actuaron en la lucha contra la corrupción<sup>1525</sup>. Es verdad que el WGB/OECD recomendó a Alemania, en 2018, que presentó un incremento en la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas, puesto que solo en un 25 por ciento de los casos de soborno transnacional hubo imposición de responsabilidad a personas jurídicas<sup>1526</sup>. Por otro lado está el caso de Italia, que también adopta un modelo de responsabilidad mixto. En Italia, la responsabilidad administrativa es aplicada a las

---

<sup>1524</sup> PÉREZ GIL (2017: 27). En este sentido, la falta de uniformidad en el Derecho Internacional es un reflejo de la falta de consenso en estos temas entre los Estados. Ver también VERRYDT (2014: 285-286).

<sup>1525</sup> *Annex V—Germany—to the EU Anti-Corruption Report*, European Commission (3 de febrero de 2014), [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014\\_acr\\_germany\\_chapter\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_germany_chapter_en.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1526</sup> *Germany's strong anti-bribery enforcement against individuals needs to be matched by comparably strong enforcement against companies*, Org. for Econ. Cooperation & Dev. (21 de junio de 2018), <http://www.oecd.org/corruption/germany-s-strong-anti-bribery-enforcement-against-individuals-needs-to-be-matched-by-comparably-strong-enforcement-against-companies.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

personas jurídicas a partir del mismo proceso criminal en el cual se investiga la responsabilidad criminal<sup>1527</sup>. Sin embargo, aunque el WGB/OECD haya felicitado a Italia por las medidas implementadas relacionadas a capacitación y sensibilización de autoridades y del público con relación a soborno transnacional, el grupo de trabajo demostró preocupación con las relaciones del crimen organizado con la política y con el sector comercial<sup>1528</sup>. En general, el grupo de trabajo registró en 2014 que la mayor parte de las recomendaciones relacionadas a la lucha contra el soborno transnacional no habían sido implementadas, a ejemplo de la falta de datos estadísticos centralizados sobre investigaciones e imposición de sanciones<sup>1529</sup>.

Estos dos sistemas, aunque asemejados en la forma de implementar responsabilidad a personas jurídicas, generan resultados y necesidades de ajustes muy diversos. La heterogeneidad de resultados también puede ser contrastada con el sistema de España, en el cual, conforme se ha mencionado, hay la responsabilidad criminal de las personas jurídicas<sup>1530</sup>. Los variados esfuerzos de España en la implementación de herramientas de combate a la corrupción fueron reconocidos por la Comisión Europea<sup>1531</sup>. Sin embargo, los casos relevantes investigados por las autoridades están relacionados a soborno doméstico, y en especial los casos relacionados a corrupción urbanística<sup>1532</sup>. El informe del WGB/OCDE, de 2015, expresa esta realidad<sup>1533</sup>. En el tiempo del informe, no había ningún caso de imposición de responsabilidad penal a personas jurídicas por soborno transnacional, y el grupo de trabajo consideró que había una falta de priorización en el combate al soborno en las actividades comerciales internacionales por parte de las autoridades<sup>1534</sup>. En este caso también se observa que el hecho de que la responsabilidad asignada a las personas jurídicas sea penal no resultó en evaluación más favorable de las medidas implementadas por España. Lo que se observa es la importancia de los esfuerzos de priorización, de investigación y enjuiciamiento de los casos, que resultó en un mayor número de casos relacionados a corrupción

---

<sup>1527</sup> GIOVANNELLI & CURSANO (2019).

<sup>1528</sup> *Italy: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations*, 4-5, Org. For Econ. Cooperation & Dev. (mayo de 2014), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ItalyP3WrittenFollowUpReportEN.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1529</sup> *Id.*

<sup>1530</sup> DEL MORAL GARCÍA (2017: 18%).

<sup>1531</sup> *Annex V–Spain–to the EU Anti-Corruption Report*, European Commission (3 de febrero de 2014), [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014\\_acr\\_spain\\_chapter\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_en.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1532</sup> *Id.*

<sup>1533</sup> *Spain: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations*, Org. For Econ. Cooperation & Dev. (marzo de 2015), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spain-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-EN.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1534</sup> *Id.*

urbanística y ningún caso —hasta la conclusión del reporte de 2015— de sanción por soborno transnacional<sup>1535</sup>.

Estos tres ejemplos de países europeos demuestran que la definición mixta o exclusivamente criminal de la responsabilidad de las personas jurídicas puede no ser el factor determinante para el alto grado de efectividad de un sistema en la lucha contra la corrupción. Otros factores, como la prioridad que le es dada a las autoridades responsables por investigar, la estructura de los órganos judiciales, además de la adecuada capacitación y sensibilización de la sociedad, fueron señalados en los informes como elementos importantes. Lo mismo sucedió con factores aún más sistémicos, como en el caso de Italia, en el cual una de las preocupaciones es la relación entre la criminalidad organizada, la política y el mercado.

Estos apuntes ilustran que la organización del sistema criminal como un todo es más importante para la lucha contra la corrupción que la definición de la naturaleza de las sanciones impuestas a personas jurídicas. En este aspecto, todas las veces que se intenta evaluar el funcionamiento de una herramienta de justicia criminal es importante considerar no solamente el diseño jurídico de la herramienta, sino también su aplicación con base en los principios y garantías, los resultados obtenidos y los incentivos que el sistema de justicia crea en los delincuentes y en la sociedad. En el caso de la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción, el modelo del Derecho Internacional es posibilitar que los países adopten la solución que más se adecua a sus tradiciones jurídicas, conforme se ha mencionado<sup>1536</sup>. De hecho, tampoco existe uniformidad sobre cómo asignar derechos y garantías procesales a las personas jurídicas al momento de imponerles responsabilidad. Sin embargo, conforme se ha mencionado, estos derechos son parte del sistema de incentivos de cada país que posibilitará el mayor o menor grado de eficacia de los sistemas de prevención y represión de los delitos. De esta manera, es importante identificar rasgos comunes en el Derecho Internacional —y supranacional— en lo que se refiere a los derechos de las personas jurídicas para el adecuado análisis de las herramientas de justicia negociada.

#### **4.2. Los derechos de las personas jurídicas en las convenciones de Naciones Unidas**

En el ámbito de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prevé un sistema de protección a los derechos fundamentales y tiene aplicación global a la mayor parte de los países<sup>1537</sup>. Sin embargo, las personas jurídicas están expresamente excluidas de su

---

<sup>1535</sup> MACHADO DE SOUZA (2020).

<sup>1536</sup> *Vid.* PÉREZ GIL (2017: 27).

<sup>1537</sup> BRODOWSKI (2014: 212).



protección, no teniendo capacidad de postular con base en el PIDCP, además de estar excluidas del Protocolo Opcional para presentación de quejas sobre el incumplimiento de sus derechos<sup>1538</sup>. Conforme el Comité de Derechos Humanos, las personas jurídicas no son protegidas materialmente por el PIDCP, puesto que no tienen el derecho de interponer procedimiento de defensa<sup>1539</sup>.

Aunque las personas jurídicas no están bajo el ámbito de protección a los derechos y garantías fundamentales del sistema de las Naciones Unidas, las convenciones internacionales sobre la materia relacionada con la responsabilidad de personas jurídicas por corrupción mencionan la importancia de preservar los derechos de defensa. Esto es una cuestión interesante dado que dichas convenciones fueron desarrolladas para obligar a los países a implementar herramientas para responsabilizar y combatir crímenes, y no para preservar las garantías fundamentales de las personas jurídicas e individuos involucrados en delitos. Aun así, contienen reglas claras sobre el respeto a los derechos de defensa. El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción prevé la importancia del respeto al debido proceso en los procesos penales, civiles o administrativos que traten sobre los derechos a la propiedad<sup>1540</sup>. Además, la Convención dispone que los Estados deben respetar su derecho interno y tener en consideración medidas adecuadas para preservar los derechos a la defensa, cuando sean implementados los delitos tipificados a partir del texto de la Convención<sup>1541</sup>.

De esta manera, la obligación de los países parte no es simplemente tipificar de conformidad con su derecho interno, pero si hacerlo con respecto a los derechos de defensa. Conforme se ha mencionado, la propia convención también posibilita que los países adopten responsabilidad no-criminal para las personas jurídicas, dependiendo de sus tradiciones jurídicas<sup>1542</sup>, lo que hace creer que el precepto se aplica incluso cuando el estado adopta una herramienta no-penal. Bajo las obligaciones de la Convención, los países deben proteger a los testigos y víctimas de los delitos sin que esto genere perjuicio a los derechos de defensa y al debido proceso<sup>1543</sup>. Hay incluso una disposición específica para que los países adopten modos de participación de las víctimas en los procesos penales para no menoscabar los derechos de la defensa<sup>1544</sup>. Por último, el texto de la Convención contiene un resguardo de que la tipificación de los delitos, los medios de defensa y los principios aplicables son reservados a las

---

<sup>1538</sup> BRODOWSKI (2014: 212).

<sup>1539</sup> BRODOWSKI (2014: 212).

<sup>1540</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, p. 6.

<sup>1541</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 30(4).

<sup>1542</sup> Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, art. 26(2).

<sup>1543</sup> *Id.* art. 32(2).

<sup>1544</sup> *Id.* art. 32(5).

definiciones de derecho interno de las partes<sup>1545</sup>. De este modo, la referida convención menciona en diversas ocasiones la necesidad del respeto al debido proceso y a los derechos de defensa, incluso en los casos de procesos administrativos o civiles que tengan algún interés en derechos de propiedad. Sin embargo, la Convención restringe estos conceptos al determinado derecho interno de cada parte.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en 2000, tres años antes de la Convención contra la corrupción, contiene alguna mención a los derechos de defensa, aunque en menor cantidad. Además de prever la posibilidad de responsabilidad no-criminal para las personas jurídicas por delitos de participación en grupo de delincuencia organizado, en blanqueo de capitales, en supuestos de corrupción o en conductas de obstrucción de justicia, la Convención también prevé que esta tipificación deberá considerar el derecho interno del estado parte y los derechos de defensa<sup>1546</sup>. La Convención contiene provisiones sobre la necesidad de respetar los derechos de defensa en proceso penal cuando mencionan la obligatoriedad de los Estados de implementar herramientas para la participación de las víctimas<sup>1547</sup>. Por último, la Convención explícitamente contempla la necesidad de que las herramientas de protección a los testigos respeten los derechos del acusado<sup>1548</sup>. En este punto, el texto de la norma internacional menciona que están incluidos en esos derechos las garantías procesales.

Estas dos Convenciones de las Naciones Unidas contienen también normas de Derecho Internacional sobre la implementación de herramientas de justicia negociada que posibiliten la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción<sup>1549</sup>. En este aspecto, aunque los derechos de defensa procesales de las personas jurídicas no estén protegidos bajo los mecanismos de protección a los derechos humanos de las Naciones Unidas, no hay como considerar que las normas de Derecho Internacional de la misma organización permiten que se implemente la responsabilidad de personas jurídicas sin que se garantice sus derechos de defensa.

### **4.3. Los derechos de las personas jurídicas en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico**

---

<sup>1545</sup> *Id.* 30(9).

<sup>1546</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 11(1). En ese precepto, la Convención trata específicamente de las normas relacionadas a garantizar la libertad provisional de los acusados. En esos términos, se puede argumentar que ese derecho no sería extensible a las personas jurídicas puesto que no serían sujetas pasivas de restricción a libertad.

<sup>1547</sup> Convención de Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 25(3).

<sup>1548</sup> *Id.* art. 24(2).

<sup>1549</sup> *Vid.* apartado específico del capítulo anterior.

La Convención de la OCDE fue desarrollada para crear obligaciones internacionales para que los países implementaran reglas de responsabilidad para casos de soborno transnacional<sup>1550</sup>. Conforme se ha mencionado, la Convención prevé la obligación de tipificar delitos relacionados a corrupción con responsabilidad para personas físicas. Con relación a la responsabilidad de personas jurídicas, los países tienen la obligación de implementar responsabilidad, que podrá ser criminal o no-criminal, conforme a los principios específicos de los sistemas jurídicos<sup>1551</sup>. En el texto de la Convención no hay mención a la necesidad de preservación de garantías procesales o derecho de defensa, ni mención al respecto del debido proceso. Esto puede estar dispuesto de esta manera porque la finalidad de la Convención es crear obligaciones para que los países implementen regímenes de responsabilidad, de manera que la preocupación con la defensa de los involucrados en los delitos no parece haber sido un punto importante en la elaboración del texto. Tampoco hay mención a los derechos y garantías procesales en las Recomendaciones de 2009 y su Guía de Buenas Prácticas<sup>1552</sup>.

Además, la OCDE y su Grupo de Trabajo relacionado a la Convención (el *Working Group on Bribery* – WGB) actúan intensamente en la evaluación de la implementación de las obligaciones internacionales por los países parte<sup>1553</sup>. El grupo también desarrolla estudios y recomendaciones direccionados a las relaciones del sector público con las empresas y con relación a el desarrollo de cultura de ética y programas de cumplimiento por parte de las personas jurídicas<sup>1554</sup>. Esta actuación no se traduce en obligaciones de Derecho Internacional o jurisprudencia de casos internacionales. De esta manera, aunque en la práctica la OCDE demuestre

---

<sup>1550</sup> Convención Anticorrupción de OCDE.

<sup>1551</sup> Convención Anticorrupción de OCDE, arts. 1 y 2.

<sup>1552</sup> Convención Anticorrupción de OCDE, en p. 21-34.

<sup>1553</sup> Información sobre las evaluaciones de los países, además de eventos y estudios promovidos por el WGB pueden ser obtenidos en su sitio electrónico. *Vid.* OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, Org. for Econ. Cooperation & Dev, <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). *Vid.* también OECD Working Group on Bribery – Annual Report, Org. for Econ. Cooperation & Dev., <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdworkinggrouponbribery-annualreport.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1554</sup> Como ejemplo, el WGB/OECD hace consultas regulares a investigadores en el ámbito de sus encuentros anuales. Así, a partir de las consultas de 2016, diversas manifestaciones relacionadas al trabajo conjunto del sector público con el privado fueran hechas. La Profesora Jennifer Arlen, por ejemplo, explicó a los países cuestiones relativas al desarrollo de un sistema de responsabilidad que incentive la cultura de *compliance* a través de la creación de incentivos a las personas jurídicas para luchar efectivamente contra las prácticas de soborno. La Siemens Aktiengesellschaft, empresa alemana, también prestó información a los países, acerca del desarrollo de cultura de *compliance*. *Vid.* *Public consultation on liability of legal persons: Compilation of responses*, Org. For Econ. Cooperation & Dev (2016).

preocupación a través de su grupo de trabajo de involucrar a personas jurídicas, sistemas de cumplimiento y herramientas de justicia negociada en la lucha contra la corrupción, la Convención y sus protocolos no contienen normas específicas sobre los derechos de las personas jurídicas en caso de responsabilidad por delitos.

#### **4.4. Los derechos de las personas jurídicas según la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano judicial de la Organización de los Estados Interamericanos creado a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1555</sup>. Su principal finalidad está relacionada con la interpretación y aplicación de la Convención regional de derechos humanos, además de otros instrumentos internacionales sobre la materia<sup>1556</sup>. De acuerdo con su interpretación, las personas jurídicas no son titulares de los derechos humanos previstos en la Convención interamericana, de manera que no pueden alegar violación a derechos de defensa y procesal en el ámbito del tribunal regional<sup>1557</sup>.

Esta conclusión está registrada en la Opinión Consultiva OC-22/16, realizada a petición de la República de Panamá a la Corte<sup>1558</sup>. Panamá había solicitado información al respecto de la interpretación del término *persona* y su aplicabilidad con relación a diversos artículos de la Convención y del Protocolo de San Salvador<sup>1559</sup>. En la confección de la opinión, la Corte recibió información de diversos países, como Argentina, Colombia, Guatemala y Honduras. También recibió información de otros órganos de la OEA, como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de opiniones de investigadores, instituciones académicas y otras organizaciones de la sociedad civil<sup>1560</sup>.

En la opinión, la Corte consideró que las personas jurídicas no son titulares de derechos humanos previstos en la Convención ni tampoco pueden acceder al sistema de protección interamericano: no pueden ser considerados víctimas de violaciones de estos derechos<sup>1561</sup>. Sin embargo, la Corte consideró que esa ausencia de titularidad no es absoluta mencionando

---

<sup>1555</sup> *Historia de la Corte IDH*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1556</sup> *Id.*

<sup>1557</sup> Comunicado CorteIDH\_CP-19/16 Español, Corte Interamericana de Derechos Humanos, [http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_19\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_19_16.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1558</sup> Opinión Consultiva OC-22/16, Corte Interamericana de Derechos Humanos, (26 de febrero de 2016), [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1559</sup> Opinión Consultiva OC-22/16, *supra* nota 1558 en 1-4.

<sup>1560</sup> Opinión Consultiva OC-22/16, *supra* nota 1558 en 6.

<sup>1561</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, V. Y. (2017).

situaciones en las cuales las personas jurídicas pueden ser titulares o utilizadas para la defensa de derechos humanos. La primera, la Corte consideró la posibilidad de que comunidades indígenas y tribales, además de sindicatos, federaciones y confederaciones sean sujetas de derechos de la Convención y pasibles de protección del sistema interamericano<sup>1562</sup>. La segunda, la Corte reconoció también la posibilidad de que una persona jurídica sea utilizada para la protección de los derechos de un individuo o de un grupo de individuos. En este caso, la protección de los derechos fundamentales podría ser solicitada por dicha persona jurídica al sistema interamericano<sup>1563</sup>. Para esta segunda posibilidad, la Corte reconoció la dificultad de establecer una solución única para reglar todos los casos, de manera que consideró la necesidad de evaluación casuística a partir del ejercicio del contencioso en el sistema<sup>1564</sup>. Con ello, la Corte mantuvo la posibilidad de que organizaciones de la sociedad civil representen individuos en la defensa de derechos humanos<sup>1565</sup>. En la tercera situación, la Corte consideró que una persona jurídica puede ser utilizada para cumplir el requisito del agotamiento de recursos domésticos de una persona física víctima de una violación de los derechos humanos<sup>1566</sup>. En este caso, hace falta la comprobación de uso de los recursos disponibles, con independencia de si la presentación y resolución mencionaba la persona física o jurídica. También hace falta demostrar la coincidencia entre las pretensiones de la persona física con la violación de los derechos de la víctima<sup>1567</sup>.

En estos términos se puede observar que las personas jurídicas — empresas y organizaciones mercantiles— no son consideradas sujetos de derechos fundamentales y garantías de defensa y debido proceso en los términos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Además, diferente, de lo que ocurre con las convenciones de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana contra la Corrupción no menciona la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas ni como una obligación ni como recomendación a los países parte. Tampoco prevé expresamente derechos de defensa o derechos procesales aplicables a individuos o a personas jurídicas imputadas<sup>1568</sup>.

---

<sup>1562</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, V. Y. (2017).

<sup>1563</sup> *Vid.* Comunicado CorteIDH\_CP-19/16 Español, *supra* nota 1557.

<sup>1564</sup> *Id.*

<sup>1565</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, V. Y. (2017).

<sup>1566</sup> *Vid.* Comunicado CorteIDH\_CP-19/16 Español, *supra* nota 1557.

<sup>1567</sup> *Id.*

<sup>1568</sup> Conforme se ha mencionado en apartado específico sobre el MESISIC en el capítulo anterior, el mecanismo de implementación de la Convención Interamericana Anticorrupción no tiene en su sitio electrónico o como nota en las evaluaciones de los países mención a la necesidad de implementación de herramientas de justicia negociada. También no hay mención a los derechos de defensa o derechos procesales que deben ser garantizados a personas jurídicas en esa documentación del mecanismo.

#### 4.5. Los derechos de las personas jurídicas y Derecho supranacional europeo

Si partimos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su redacción tras una enmienda, reconoce de manera clara la titularidad de los derechos humanos a las personas jurídicas a través de la atribución de jurisdicción al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>1569</sup>, que en su artículo 34, prevé la posibilidad de que el Tribunal reconozca una demanda individual de *cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación (...) cometida en el ámbito de aplicación del protocolo*<sup>1570</sup>. De esta manera, está fijada su competencia debido a la norma de jurisdicción personal aplicable también a personas jurídicas<sup>1571</sup>. Además, el Convenio tampoco hace distinción entre personas jurídicas domésticas o extranjeras<sup>1572</sup>. Con relación a la jurisdicción material, el Convenio también incluye bajo su protección los derechos de las personas jurídicas. Como ejemplo, el Protocolo 1 habla expresamente de la protección garantizado a *toda persona física o jurídica* los derechos de protección a sus bienes y a su propiedad<sup>1573</sup>. La jurisprudencia del TEDH reconoce la aplicación de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, previsto en el artículo 6 del convenio<sup>1574</sup>.

No obstante, el TEDH reconoce que ese derecho fundamental es aplicable a las personas jurídicas con la adaptación necesaria<sup>1575</sup>. Por ejemplo, la jurisprudencia del tribunal demuestra que para evaluar las violaciones a las garantías del debido proceso es necesario identificar el riesgo de que el caso resulte en prisión<sup>1576</sup>. En estos términos, la garantía del artículo 6 —proceso justo— es incrementada con base en el derecho a la libertad y a la seguridad previsto en el artículo 5 del Convenio<sup>1577</sup>. Así, en un caso en que podía resultar solo en la aplicación de pena financiera —multa— a una persona natural, el tribunal decidió que los casos sin potencial de generar restricciones a los derechos a libertad son diferentes de los casos del núcleo del Derecho Penal<sup>1578</sup>. Como consecuencia, decidió que la

---

<sup>1569</sup> BRODOWSKI (2014: 213-214).

<sup>1570</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 34, Council of Europe, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1571</sup> BRODOWSKI (2014: 213).

<sup>1572</sup> BRODOWSKI (2014: 213) mencionando la decisión de ECtHR de 13/12/2007, aplicación 40998, §§ 81, 82.

<sup>1573</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo adicional, art. 1, Council of Europe, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1574</sup> BRODOWSKI (2014: 213).

<sup>1575</sup> BRODOWSKI (2014: 213-14).

<sup>1576</sup> BRODOWSKI (2014: 219).

<sup>1577</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, *supra* nota 1570, arts. 5-6.

<sup>1578</sup> BRODOWSKI (2014: 219).

aplicación de las garantías procesales no necesariamente seguiría con la completa fuerza y amplitud<sup>1579</sup>. Como las personas jurídicas no son sujetas a prisión<sup>1580</sup>, la misma conclusión de que el derecho al debido proceso no necesariamente tendrá su más grande amplitud es aplicable también a los casos en que sean imputadas<sup>1581</sup>.

Conforme el TEDH, los derechos y garantías procesales deben recibir los matices necesarios cuando son aplicables a las personas jurídicas, lo que significa que el tribunal reconoce que las personas jurídicas son sujetas al debido proceso y a la presunción de inocencia, pero no necesariamente de la manera más amplia posible, pero sí como sujetos a protección y garantía de aplicación de derechos mínimos<sup>1582</sup>. Esta conclusión está fundamentada en la concepción de que solamente el encarcelamiento —y la restricción de libertad— es relevante para la noción del núcleo del Derecho Penal<sup>1583</sup>. Además, en el caso de responsabilidad de persona jurídica, no habrá afectación a la dignidad de la persona humana, a menos que ocurra la disolución de la persona jurídica<sup>1584</sup>. Aun así, en estos casos, los derechos afectados serán de los propietarios y no de los dirigentes o empleados de la empresa. De esta manera, en la desconsideración de la personalidad jurídica, los propietarios serán objeto de garantías procesales, y no la empresa<sup>1585</sup>.

El Convenio también prevé la garantía de presunción de inocencia<sup>1586</sup> que implica, conforme a la jurisprudencia del TEDH, que la carga de la prueba en el proceso penal será de la acusación y que las dudas resultarán en beneficio del acusado<sup>1587</sup>. Sin embargo, el propio tribunal reconoce que este derecho —aplicable a personas jurídicas— no es absoluto, en especial en los casos en que las penas disponibles son financieras<sup>1588</sup>. De igual forma, la alteración de la carga de la prueba debe atender al criterio de razonabilidad<sup>1589</sup>. Con relación al derecho a no auto-inculparse, todavía no hay decisión clara sobre su aplicabilidad a las personas jurídicas<sup>1590</sup>. La jurisprudencia del TEDH considera este derecho aplicable de manera

---

<sup>1579</sup> BRODOWSKI (2014: 219).

<sup>1580</sup> BRODOWSKI (2014: 219) hablando de la naturaleza de las sanciones aplicables a personas jurídicas, generalmente restringidas a restricciones a libertad de actuación profesional y a la propiedad.

<sup>1581</sup> BRODOWSKI (2014: 219).

<sup>1582</sup> PÉREZ GIL (2017: 41).

<sup>1583</sup> BRODOWSKI (2014: 221).

<sup>1584</sup> BRODOWSKI (2014: 221).

<sup>1585</sup> BRODOWSKI (2014: 221).

<sup>1586</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, *supra* nota 1570, arts. 6(2).

<sup>1587</sup> BRODOWSKI (2014: 221) hablando de la decisión TEDH juzgado en 6.12.1988, aplicación 10590/83, § 77.

<sup>1588</sup> BRODOWSKI (2014: 221) hablando de la decisión TEDH de 11.07.2006, aplicación 54810/00, § 117.

<sup>1589</sup> BRODOWSKI (2014: 221).

<sup>1590</sup> BRODOWSKI (2014: 222).

mitigada. Para su evaluación, hace falta comparar la naturaleza y fuerza de la coacción utilizada para obtener la prueba, la relevancia de la investigación e imposición de responsabilidad para el interés público, la existencia de salvaguardas procesales y la utilización dada a la prueba<sup>1591</sup>. Además, como la jurisprudencia del TEDH considera que el núcleo del Derecho Penal está relacionado con la responsabilidad de personas físicas que resulten en restricción a libertad, es de suponerse que a las personas jurídicas tampoco les será garantizado el derecho a no auto incriminarse con la misma amplitud que la garantía de los individuos<sup>1592</sup>. No obstante, aunque no se hable de un auténtico derecho a no autoincriminación, las personas jurídicas tienen un derecho a no colaboración activa<sup>1593</sup>.

Con ello se concluye que el TEDH considera las personas jurídicas como sujetos de derechos y garantías procesales en toda la extensión que fuera importante para la defensa, con las debidas mitigaciones y adaptaciones necesarias relacionadas a la propia naturaleza de estas personas. Conforme se ha mencionado anteriormente, este es el estándar para evaluar la efectividad de la prestación jurisdiccional en casos penales, también lo debe ser para evaluar la adecuación de los modelos de justicia negociada.

## **5. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA**

La ausencia de un estándar internacional relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas incide directamente en que diversos países adopten sistemas de responsabilidad múltiples. Es probable que esa ausencia de una posición uniforme sea el resultado del hecho de que los países miembros que componen los organismos internacionales que legislaron sobre la responsabilidad de personas jurídicas, en particular, por hechos de corrupción y soborno, mantienen posiciones divergentes. Por ello, la solución que parece haber ayudado en la formación del consenso internacional y en la aprobación de los textos de las convenciones sobre la materia fue la de crear la obligatoriedad de promover la responsabilidad, criminal, civil o administrativa, respetando las tradiciones de los diversos sistemas jurídicos. No obstante, esa ausencia de un único patrón genera múltiples efectos. Así, no sólo se cambia la etiqueta de las sanciones — penas, sanciones administrativas y etc.—, sino que también se abre espacio para una diversa actuación de autoridades e instituciones. Además, dichas actuaciones ocurrirán en procesos variados: judiciales de naturaleza criminal, de naturaleza civil o incluso en procesos administrativos<sup>1594</sup>.

---

<sup>1591</sup> BRODOWSKI (2014: 222) hablando de la decisión TEDH de 11.07.2006, aplicación 54810/00, § 117.

<sup>1592</sup> En el mismo sentido, BRODOWSKI (2014: 222).

<sup>1593</sup> PÉREZ GIL (2017: 42).

<sup>1594</sup> Ver, por ejemplo, el caso de Brasil en el capítulo I y VII. El término “proceso administrativo” es utilizado, en este sentido, en conformidad con la ley brasileña que, para la situación de responsabilidad, no adopta el término “procedimiento”.



De esta manera, la naturaleza jurídica estará relacionada con varios elementos de la responsabilidad de las personas jurídicas. De igual modo, estará también relacionada con diversas características de las herramientas de justicia negociada. Por ello, un análisis de un sistema específico de colaboración de personas jurídicas por hechos de corrupción requiere la evaluación de dichas características, no solamente el tipo de naturaleza de la responsabilidad relacionada, sino también las consecuencias del diseño de la herramienta en relación con el sistema jurídico, en especial en la situación de la herramienta y las tradiciones del sistema, los principios aplicables, los procesos de imposición de responsabilidad y de negociación en términos formales y en términos prácticos. Esto conlleva a la necesidad de identificar, desde luego, la asignación de derechos al colaborador, en especial en lo que se refiere también a la colaboración y la búsqueda de estándares de verdad y de decisiones justas.

De lo expuesto y considerando la ausencia de uniformidad de la responsabilidad de las personas jurídicas, hace falta suponer que un cambio de etiqueta de una pena para una sanción administrativa no debe ser suficiente para quitar derechos y garantías fundamentales<sup>1595</sup>. Al menos, cuando se habla de corrupción, y no de un cambio en el sistema relacionado con la poca lesividad de las conductas desarrolladas. Es importante considerar que la responsabilidad no-penal, en los supuestos de corrupción, generalmente estará relacionada con las dificultades de los sistemas jurídicos para evaluar los estándares de intento y de culpabilidad —tradicionalmente desarrollados a partir de la conducta de personas físicas— en los casos de “delitos” practicados por personas jurídicas. Así, aunque no penal en algunos países, la responsabilidad de las personas jurídicas por conductas relacionadas a corrupción y soborno estará planteada hacia la prevención y represión de actividades consideradas, en general, delitos. La actuación del Estado en dicha prevención y represión también deberá estar balizada por derechos y garantías —incluso procesales— como manera de garantizar un Estado de Derechos y reprimir excesos autoritarios de la Administración.

Aquí se devela aún más el desafío: a la ausencia de estándares de responsabilidad se añade la inexistencia de posturas concurrentes en orden a reconocer derechos y garantías a las personas jurídicas, tanto en el Derecho Internacional cómo en los diversos Estados. No obstante, conforme hemos mencionado, hay diversas iniciativas que marcan la necesidad de asignar a las personas jurídicas derechos y garantías, incluso procesales, lo que parece ser consecuencia natural de la importancia de dichas personas en el desarrollo social y económico. Asignar

---

<sup>1595</sup> GÓMEZ TOMILLO (2016: 10) hablando sobre la idéntica naturaleza de dichas reglas de responsabilidad de personas jurídicas sean cómo Derecho Penal o Derecho Administrativo sancionador.

adecuadamente derechos y garantías de defensa a las personas jurídicas como forma de limitar la actuación del Estado en imponer restricciones a propiedad (y no a la libertad de movimiento), en los casos de la participación en conductas delictivas la actuación está relacionada con la propia esencia del sistema criminal: con la necesidad de prevenir y reprimir las conductas indeseables considerando un estándar de verdad procesal y de justicia. La novedad, en el caso de la colaboración como herramienta de justicia negociada, deberá ser dar mayor énfasis a la rapidez y a la eficacia —sin que se vulnere los ideales de justicia—.

## CAPÍTULO V. LOS DERECHOS DE DEFESA EN LA COLABORACIÓN

### 1. INTRODUCCIÓN

Las garantías procesales —las penales, en especial— no pueden ser simples artículos de normas jurídicas impresas en papel: deben ser verdaderos principios desarrollados a partir de la evolución de la noción de Estado democrático de Derechos y de los conceptos del Derecho Penal “tradicional”. Como principios, tienen la fuerza de direccionar y limitar la actuación del Estado, en especial de dos maneras. La primera, los principios deben guiar el desarrollo del sistema jurídico<sup>1596</sup>. Las normas y las leyes, además de los reglamentos, deben ser construidos a partir de los conceptos de esas garantías y directrices. Este aspecto se relaciona directamente con las atribuciones del Poder legislativo, pero también tienen importancia los Poderes Ejecutivo y Judicial. Al Poder Judicial, en especial, se le confiere la construcción de jurisprudencia vinculante y reglamentos —con más intensidad en los sistemas de *common law*—. Al Poder Ejecutivo puesto que este también actúa de diversas formas en la creación de leyes por el Poder legislativo: desde la participación en el desarrollo de proyectos de leyes, hasta la emisión de opiniones y pareceres, pero también en los casos en que las autoridades del ejecutivo tienen el derecho de vetar o cambiar una ley o artículo de ley. De igual forma, el Poder Ejecutivo también tiene la responsabilidad de emitir reglamentos para hacer cumplir las leyes y para guiar la actuación de sus órganos y entidades. En todas estas actuaciones, los poderes son limitados por los derechos y garantías procesales<sup>1597</sup>.

El segundo tipo de efecto limitador de los principios a la actuación de las autoridades está relacionado con la aplicación de la norma, la aplicación de las leyes y reglamentos a los casos y a las actividades diarias de los órganos y entidades estatales. Esta limitación, incluye a todos los poderes en la consecución de sus objetivos institucionales. Los tres poderes, en la ejecución de sus funciones, deberán ser limitados por los principios aplicables. Los actos del Poder Judicial y del Poder ejecutivo son los que con más intensidad son limitados por las garantías procesales. El Poder Judicial es el responsable de la imposición de limitaciones, a través del ejercicio de la jurisdicción a los individuos y personas jurídicas —además de imponer

---

<sup>1596</sup> BULOS (2014: 506).

<sup>1597</sup> BULOS (2014: 507) hablando de principios y normas, y principios que incluyen otros principios.

limitaciones incluso a los derechos sobre la propiedad—. En la actuación del Poder ejecutivo se contempla, atribuir derechos, imponer obligaciones, sancionar, además de su actividad de investigar y hacer el enjuiciamiento de casos. En todas estas actuaciones, las actividades de los poderes son limitadas por principios.

Considerando esta doble función, las garantías procesales como derechos fundamentales deben direccionar y limitar la actuación estatal, tanto en el diseño de la responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción, como en la imposición de esa responsabilidad. Esta noción tiene una especial dimensión puesto que implica la necesidad de observancia de los principios, aunque la ley que se aplique no lo prevea de manera expresa. El incumplimiento o violación del principio, en el Estado de Derecho, resulta más grave que la violación del texto de la ley, porque la violación del principio significa la ofensa a todo el sistema, puesto que los principios son los verdaderos definidores de la lógica y racionalidad del sistema de normas<sup>1598</sup>. En estos términos, si alguno de los tres poderes, en cualquiera de las actividades mencionadas, incumple un principio —sea en el diseño o en la aplicación de la ley o de la norma— viola en verdad el propio núcleo del sistema<sup>1599</sup>.

En el sistema penal tradicional, el respecto a los principios y garantías procesales es esencial para la conservación de la lógica de la represión y punición: que se penalice a los culpables y se garantice los derechos de los inocentes<sup>1600</sup>. Conforme se ha mencionado, si se utiliza otro sistema de responsabilidad, civil o administrativo, para la misma finalidad, con los mismos tipos de herramientas basadas en conceptos de sancionar, también ahí los principios y garantías procesales serán esenciales para garantizar que la finalidad de reprimir y punir sea justa y adecuada. A partir, de esta concepción se podría hablar de sistema de principios de derechos y garantías *procesales* —sin la restricción de aplicación al proceso penal—. Sin embargo, tal conclusión sería inadecuada. En especial porque, conforme el binomio mencionado, el proceso penal lidia con una carga de interés público no existente como regla general en los procesos administrativos o en procedimientos civiles.

El proceso penal contempla un binomio de interés público, por un lado, en que se castigue en la medida de la culpabilidad y, de otro lado, que se preserve a los derechos de los inocentes, bajo parámetros tradicionalmente indisponibles de búsqueda de justicia, no siendo permitido a los particulares ni a la propia autoridad de ellos disponer<sup>1601</sup>. Esta, sin

---

<sup>1598</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 959).

<sup>1599</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 959). *Vid.* también RIBEIRO (2017: 68).

<sup>1600</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1601</sup> En este sentido, por ejemplo, se puede decir que el proceso civil no implica una búsqueda de la verdad, pero si la solución pacífica de los conflictos de los particulares. GUZMÁN (2018: 45).

embargo, es la concepción tradicional, porque la justicia negociada, a lo que parece, hace posible disponer —¿en medida equitativa?— del interés de punir (total o parcialmente) delante de la renuncia del interés de defenderse<sup>1602</sup>. Ya los procesos administrativos y civiles, como regla general, no tienen su finalidad relacionada con la comisión de delitos, de manera que asignan diferentes niveles de garantías procesales. En este sentido, parece importante la que se preserven estándares de garantías *penales*, incluso en los casos de utilización de responsabilidad (o proceso) no-penal para sancionar por la comisión de delitos, porque es el proceso penal que implica en garantías relacionadas con esta finalidad<sup>1603</sup>.

No obstante, estos principios —o estas garantías procesales penales— deben ser utilizados como el estándar para la evaluación de las herramientas de justicia negociada en los casos de responsabilidad por supuestos de corrupción. Por un lado, estas herramientas tienen la finalidad de incrementar la eficacia del sistema judicial a través de la conducción más rápida de los casos y de la simplificación de trámites, con toda la intención de ser más eficientes en el uso de los recursos del sistema. Tanto en el caso de herramientas de colaboración amplia como de colaboración cualificada<sup>1604</sup>. Por otro lado, los principios son el fundamento lógico de un sistema que tiene el interés en imponer responsabilidad a partir de una concepción de verdad procesal, que busca que se incremente el comportamiento social basado en la prevención y represión de conductas consideradas delitos. Para el desarrollo de esa evaluación, es necesario delimitar los contenidos mínimos de los principios del debido proceso y de legalidad, el principio de la presunción de inocencia, del contradictorio y de la igualdad. Estos contenidos tienen que ser adecuados como garantías a la naturaleza de las personas jurídicas, con las mitigaciones necesarias, y contrastadas con la esencia de la actividad de colaboración de las herramientas de la justicia negociada.

---

<sup>1602</sup> Es interesante observar que, en Estados Unidos, debido a discrecionalidad de la Fiscalía, la autoridad tiene posibilidad de disponer del interés del estado de punir. Sin embargo, esa discrecionalidad es planteada no para incumplir el interés público, más para permitir latitud en la utilización de los recursos disponibles en el cumplimiento del interés de la manera más adecuada a la realidad fáctica y los casos concretos. Así, la discrecionalidad de la Fiscalía en Estados Unidos está reglada con guías y normativos que apuntan factores que deben ser utilizados en las decisiones de imputar o no a los supuestos delincuentes. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 37-52) (hablando de los límites estatutarios y administrativos, de los límites éticos y de los límites constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad por los fiscales). Sin embargo, diversos autores indican las distorsiones en el sistema debido al exceso de discrecionalidad de la Fiscalía estadounidense. *Vid.* apartados sobre críticas al sistema de Estados Unidos en el capítulo anterior. *Vid.* también BARONA VILAR (2011), hablando sobre la mediación penal y las soluciones alternativas aplicables en sede de Derecho Penal.

<sup>1603</sup> GUZMÁN (2018: 45-46).

<sup>1604</sup> En el caso de las herramientas de colaboración cualificada, con el interés en la mejor producción de pruebas y el aumento en la amplitud de las investigaciones. *Vid.* apartados específicos en el capítulo anterior.

Los principios y garantías considerados de mayor importancia en la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción están presentados en este capítulo, los tres primeros, de función nuclear al proceso penal y su relación con la justicia negociada y las personas jurídicas. En la sección 2, el principio del debido proceso es presentado, considerando su relevancia para la concretización de la verdad procesal. También es presentado la necesidad de utilización de un estándar mínimo de debido proceso en la colaboración, no sólo con relación a la verdad sino con relación a la voluntariedad y como limitador de la discrecionalidad de la Administración. En la sección 3 es presentado el principio de la presunción de inocencia, su aplicabilidad a las personas jurídicas y su relación con los acuerdos, con los programas de cumplimiento y como limitador del uso de la información de los acuerdos de colaboración. En la sección 4 son presentados los principios de contradicción y amplia defensa, su relación con las personas jurídicas y con los acuerdos.

Los próximos cuatro principios funcionan como garantías procesales, que generan efectos más amplios y tradicionalmente extrínsecos al proceso, como limitadores de la actuación del Estado. En la sección 5 se aborda el principio de legalidad, su relación con la discrecionalidad, las personas jurídicas y el control de los acuerdos de colaboración. En las secciones 6, 7 y 8 los principios de igualdad, de proporcionalidad y del *non bis in idem* son analizados, en especial considerando su aplicabilidad a las personas jurídicas y a los acuerdos de colaboración. En la sección 9 son presentadas algunas conclusiones de la importancia de los principios y garantías, incluso los tradicionalmente procesales, y su aplicabilidad a la colaboración de las personas jurídicas y como estándares de evaluación del planteamiento de herramientas de justicia negociada.

## **2. PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

El principio del debido proceso tiene una amplitud y relevancia mayor que otros principios y garantías procesales, puesto que es una verdadera garantía para el ejercicio de otros principios y para el ejercicio de derechos fundamentales<sup>1605</sup>: el debido proceso puede ser considerado el medio a través del cual las otras garantías serán ejercidas —por esto son denominadas garantías *procesales*—. No significa que el principio sea más importante que los otros, pero su amplitud es diferenciada porque por un lado permite el ejercicio formal y material de garantías y, por otro lado, el registro en rito procesal es lo que permite el control de la actividad de construcción del proceso. El Derecho Procesal se relaciona con la construcción de juicios y decisiones conforme a la ley<sup>1606</sup>, y en el Estado

---

<sup>1605</sup> BULOS (2014: 685-686) y PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2014: 5%).

<sup>1606</sup> ALEXY (2002: 472) hablando de procesos judiciales y administrativos y las decisiones del Tribunal Constitucional alemán.

Democrático de Derecho, esta construcción de decisiones, tanto en procesos judiciales como en procesos administrativos, tiene que respetar los derechos fundamentales<sup>1607</sup>. Estas decisiones producidas a través del debido proceso deben tener corrección, pero también tienen que ser justas, de manera que el proceso puede ser considerado el *medio para lograr esta corrección en la mayor medida posible*<sup>1608</sup>. Es importante que se observe que, en la práctica, aunque no garantice con certeza la conformidad del resultado, el debido proceso es el medio más adecuado para aumentar la probabilidad de adecuación de la decisión<sup>1609</sup>. En este aspecto, el debido proceso es considerado un *sobreprincipio* y limita la actuación de las autoridades con la finalidad de mitigar los riesgos de abusos de poder<sup>1610</sup>.

El contenido del debido proceso se adecua al tipo de proceso utilizado en el caso, cambiando conforme el tipo de interés que se relaciona a la decisión de un proceso. Así, en un proceso civil en el cual se deciden cuestiones entre particulares, el contenido de interés público existente no justifica las más amplias garantías procesales. En este aspecto, el debido proceso también funcionará como un *sobreprincipio*, por ejemplo, garantizando el ejercicio de la amplia defensa, pero no con la misma intensidad comparado con otros procesos. Los procesos penales, en el otro extremo, están relacionados al interés público con más intensidad, porque su finalidad está basada en que se alcance la responsabilidad de los culpables sin que se vulnere los derechos de los inocentes<sup>1611</sup>. Es decir, en el caso del proceso civil con la prevalencia del interés particular, el interés público que existe relacionado con el proceso esta, regla general, relacionado con el funcionamiento de la justicia como medio para resolver conflictos entre particulares. También en estos procesos existe interés público, pero en el nivel más básico, relacionado con la existencia de herramientas para la solución de conflictos, con independencia, imparcialidad y basadas en el estado de leyes e ideales de justicia. El interés público se relaciona con el proceso civil, a través de varias recurrencias relevantes para la organización social, por ejemplo, con la defensa de la propiedad privada, entre otras cuestiones. Sin embargo, los bienes afectados inmediatamente por la decisión de este proceso son generalmente bienes disponibles: está en el ámbito de los derechos de los propietarios decidir disponer de su propiedad, de la manera que consideren adecuada. Como regla general, el interés público estará asociado a los procesos civiles de manera más mediata.

No obstante, es importante observar que existen excepciones, en las cuales hay un incremento en el contenido del interés público en el proceso

---

<sup>1607</sup> ALEXY (2002: 472). Ver también PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2014: 5%).

<sup>1608</sup> ALEXY (2002: 473).

<sup>1609</sup> ALEXY (2002: 473).

<sup>1610</sup> BULOS (2014: 685-686).

<sup>1611</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

civil —o una calificación del interés público—. Un ejemplo que puede ser mencionado es el de los procesos civiles, en los cuales se evalúan intereses que serían disponibles, pero titularizados por persona considerada incapaz para la práctica de actos y para su propia representación judicial. En estos casos, los intereses serían disponibles, pero en virtud de una condición especial de la persona involucrada, el sistema jurídico impone salvaguarda de garantía en el nivel más amplio de lo que estaría presente en el mismo proceso con otros sujetos de derechos<sup>1612</sup>. Como resultado, se tendrá el desarrollo o la ampliación de algunos derechos procesales, aunque el proceso sea civil y que verse sobre derechos disponibles. De esta manera se observa que las reglas de garantías procesales no son un sistema binario, en el que una regla existe para el proceso civil y no existe para el proceso penal, o viceversa. Las garantías procesales y los derechos de defensa de un tipo de proceso estarán relacionados con el nivel de interés público a ser preservado. En el nivel menos amplio (o más básico), el interés público está relacionado con el adecuado funcionamiento de la justicia y de la prestación jurisdiccional en la resolución de conflictos, a través de la aplicación de la ley al caso concreto. Por ello parece más adecuado concluir que las garantías procesales deberían desarrollarse con mayor o con menor intensidad conforme el tipo de interés público relacionado con el proceso específico.

Si en el proceso civil el interés del funcionamiento básico de la justicia es la tónica del interés público, en el proceso penal el funcionamiento de la justicia implica en la adecuada consecución de las finalidades del Derecho Penal. En estos términos y para el Derecho Penal moderno, no se habla de la disposición de bienes o de derechos meramente procesales, pero sí en el verdadero interés de la sociedad de evitar determinadas conductas consideradas delitos. En contraste, la regla general en el proceso civil es garantizar el medio de solución del conflicto de derechos disponibles privados. El interés público es marcado por la existencia del medio de solución, del acceso a la justicia y al Poder Judicial. En el proceso penal el interés público está relacionado con unos derechos indisponibles, en los cuales la violación del derecho de uno representa la violación del derecho de la colectividad o de la sociedad. El Derecho Penal, bajo esta óptica, funciona como verdadera técnica que debe posibilitar, definir, individualizar y reprimir los eventuales desvíos de las conductas socialmente indeseables<sup>1613</sup>. Por esto, usualmente se conceptúan las reglas del Derecho

---

<sup>1612</sup> Un ejemplo de esa distinción, en Brasil, es la diferencia de divorcio con la presencia o no de hijos incapaces. En la ausencia de incapaces, la pareja puede divorciarse y disponer del reparto de sus bienes delante de un notario, desde que exista consenso entre las partes. En la presencia de hijos menores—incapaces—, las partes tendrán que hacer el divorcio y la disposición de bienes en el juicio civil. De eso proceso participará la Fiscalía, con el propósito de garantizar la preservación del interés del incapaz. *Vid.* Código de Processo Civil (CPC), arts. 731 y 733 (Brasil).

<sup>1613</sup> FERRAJOLI (2002: 169).



Penal como normas de inalienabilidad: su diseño y aplicación a las situaciones concretas tiene la finalidad de impedir/reprimir/reducir la ocurrencia de determinadas conductas indeseables<sup>1614</sup>. Es como si en un espectro de la ley —de los derechos disponibles con contenidos meramente civiles— el interés público sea reducido comparado con el otro espectro —en el cual la violación del derecho de uno implica en la violación del derecho de la sociedad—.

La aparente complejidad de este argumento está en la concepción de que la violación de derechos disponibles también tiene un reflejo en el interés público o en el interés de la sociedad considerada de forma amplia. Lo que es verdadero, puesto que a toda violación de derechos debe corresponder la garantía procesal de búsqueda de solución del conflicto, al menos para el esquema del Estado Democrático de Derechos<sup>1615</sup>. Sin embargo, en el caso de los derechos disponibles, aunque el proceso sea garantido, el proceso no es obligatorio para obtener el resultado. Además, el propio ejercicio de las garantías procesales está disponible, puesto que la propia finalidad o consecuencia de la decisión es algo que interesa de manera privada a las partes. Por ende, el interés público está relacionado con tener la posibilidad de acceder a la justicia, al Poder Judicial. En el Derecho Penal y su respectivo proceso, la finalidad o la consecuencia de la decisión es algo que interesa a la sociedad como un todo —la prevención y represión de delitos—. Con esta tónica, la sociedad tiene el interés de que los culpables sean imputados y condenados, al mismo tiempo, que los inocentes no sean condenados y no sean penalizados por hechos por los cuales no son culpables. En esta segunda parte del interés —de que los inocentes sean tutelados— está la base para las garantías del proceso criminal<sup>1616</sup>.

Este interés de preservación de los inocentes es acentuado, en el Derecho Penal, por el método utilizado para alcanzar la finalidad de prevención y represión de conductas, básicamente por la pena significa restricciones a derechos fundamentales. La consecuencia de la condena penal es una restricción a los derechos, por ejemplo, de libertad y/o de propiedad. No cómo una simple restricción de derechos para el convivio en sociedad, pero una restricción que representa una verdadera punición, por lo que hace falta asegurar que los investigados tengan oportunidad y derechos de ejercer sus garantías procesales frente a estas restricciones. En algunos casos, incluso, aunque los investigados no tengan el interés

---

<sup>1614</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004) hablando sobre el análisis económico del derecho y las normas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad.

<sup>1615</sup> En el caso de Brasil, la regla de protección judicial efectiva en contra lesión o amenaza de lesión está inscrita en la propia Constitución, como derecho fundamental. MENDES & BRANCO (2012: 428) hablando del artículo 5, XXXV de la Constitución de 1988, que dice que la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza de lesión a derecho.

<sup>1616</sup> FERRAJOLI (2002: 169).

personal de ejercer sus garantías, el Estado actuará proactivamente, por ejemplo, asignando a alguien para actuar en su defensa<sup>1617</sup>. Esta designación de defensa es la comprobación de mayor amplitud —o máxima amplitud— que se da a las garantías procesales penales.

Es interesante que se observe que la garantía sistémica disponible al inocente no es no tener que defenderse: a una persona inocente no le es garantizada la no imputación por delitos, pero si deben asegurarse todos los medios procesales para presentar su defensa. En el caso del proceso penal, la propia carga de la prueba añadida a la presunción de inocencia se traduce en restricción e imputación penal indebida por parte de la Fiscalía. Pero es común que el estándar probatorio para iniciar el proceso sea más bajo —por lógica— que el estándar para obtener una condena. Además, no existe una expectativa de que un inocente nunca será indebidamente imputado, las garantías procesales que funcionan en el ámbito del debido proceso penal significan que para que se obtenga una condena será necesario obtener prueba en el estándar adecuado y garantizar el ejercicio de defensa efectiva, para proteger procesalmente a los inocentes. En términos prácticos, existe una expectativa de que ni todos los culpables serán procesados, ni de que todos los inocentes serán indebidamente procesados, lo que puede ser considerado costes indeseables del sistema penal<sup>1618</sup>.

Otra cuestión relevante es que, aunque el Derecho Penal tenga la posibilidad de afectar derechos fundamentales, no necesariamente todos los procesos criminales conllevan a este resultado. En este aspecto, considerando sistemas jurídicos a partir de una perspectiva de derechos humanos, un proceso criminal puede terminar con condena sin la afectación de derechos fundamentales<sup>1619</sup>. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando la pena impuesta no afecta el derecho de libertad o derecho a propiedad, pero si puede afectar a futuros derechos<sup>1620</sup>. Esto no quiere decir que en este proceso no se debería respetar las garantías procesales, significa que se esperaría que los sistemas jurídicos asignen las más amplias garantías a través del debido proceso en los casos con las más profundas afectaciones a los derechos fundamentales<sup>1621</sup>. De cualquier manera, el hecho de que

---

<sup>1617</sup> Un ejemplo claro es cuando, en un proceso penal, es designado defensor dativo a los acusados que no presentan defensa o que la presentan sin los elementos de suficiencia. En contraste, el sistema jurídico puede asignar la pérdida de derechos en el caso que un procesado no presente su defensa en un proceso civil que verse sobre derechos disponibles. Es decir, a el acusado en rebeldía en el proceso criminal se designa defensor mientras en el proceso civil puede generar la aceptación de la versión de los hechos propuesta por la otra parte.

<sup>1618</sup> FERRAJOLI (2002: 169).

<sup>1619</sup> BRODOWSKI (2014: 215-216).

<sup>1620</sup> BRODOWSKI (2014: 215-216) mencionando como ejemplo medidas incapacitantes que prohíban el ejercicio de actividad comercial.

<sup>1621</sup> En el sistema estadounidense, por ejemplo, la Suprema Corte decidió por la constitucionalidad de la pena de muerte. Sin embargo, consideró que las garantías procesales constitucionales para esos casos son más amplias de que para otros casos. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 446-450).

ocurra punición con restricción a derechos fundamentales indica la necesidad de preservación de las garantías procesales criminales<sup>1622</sup>. Sin embargo, aunque el proceso criminal no genere en el caso la restricción a esos derechos, las garantías previstas por el sistema jurídico deberán ser mantenidas.

Además de esto, conforme se ha mencionado en apartado anterior, las características de la decisión y no la clasificación del proceso —si penal, administrativo o civil— deben ser consideradas en la identificación de la aplicación del debido proceso y en el estándar del proceso penal. Si la condena judicial extrapola la simple recomposición o indemnización por el daño, si el tipo de sanción tiene la naturaleza de punición y si la finalidad es impedir o desestimular la práctica de hechos considerados delitos, poco debe importar que la ley etiquete el proceso como administrativo o civil. El debido proceso aplicable al caso concreto, en estas situaciones, debe ser adecuado a las garantías necesarias para imponer la restricción a derechos fundamentales. Si no fuera así, se arriesga a ejercer la finalidad originaria del Derecho Penal (aunque bajo la denominación de “Derecho Administrativo”) en solo la primera dimensión —responsabilizar a los culpables— pasando totalmente de largo la segunda dimensión —tutelando a los inocentes— para incentivar un modelo de Estado totalitario.

### **2.1. Debido proceso y verdad**

El debido proceso, como medio para lograr la corrección y la justicia de la decisión judicial<sup>1623</sup>, implica que las garantías procesales sean desarrolladas dentro de un esquema de construcción de la verdad, bien dentro del proceso, bien a partir de una actividad oficial estatal —del Poder Judicial o del Poder Ejecutivo<sup>1624</sup>, en procesos penales, civiles o administrativos—. Existe incluso la tradición de distinguir, en el ámbito de sistemas de *civil law*, entre la verdad formal y la verdad material: la verdad formal —o el principio dispositivo— implica que el juez acepte las pruebas producidas por las partes y, con base en ellas, debe aceptar o denegar la demanda o la defensa<sup>1625</sup>. La verdad formal es considerada propia del proceso civil<sup>1626</sup>, y está relacionada con el interés público que existe en el

---

<sup>1622</sup> *Vid.* apartados anteriores sobre las distinciones entre responsabilidad criminal y administrativa.

<sup>1623</sup> ALEXY (2002: 473).

<sup>1624</sup> Se menciona expresamente el Poder Ejecutivo para los casos, como del sistema de Brasil, en los cuales hay la posibilidad imposición de sanción a partir de proceso administrativo sin la intervención del Poder Judicial. Por ejemplo, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia, en la cual hay previsión de derechos “procesales” aunque no haya intervención de autoridad judicial. Para más información, ver Capítulo VI.

<sup>1625</sup> CAPEZ (2012: 68). Principio dispositivo como reflejo de la existencia de un interés público que no sea el más amplio posible

<sup>1626</sup> CAPEZ (2012: 68).

proceso civil que trata de derechos disponibles<sup>1627</sup>. Si el interés público en este proceso es que esté disponible a las partes el medio judicial para solución de su conflicto, en este proceso debe ser suficiente garantizar que las partes tengan la oportunidad de hacer prueba, aunque decidan no ejercer efectivamente esos derechos. En estos términos, la verdad procesal necesaria para la decisión es una verdad considerada formal: si fue producida dentro del debido proceso, es suficiente. Es interesante mencionar, incluso, que existe la tendencia en diversos sistemas jurídicos del activismo de los jueces en los procesos civiles, determinando la colecta *ex officio* de pruebas o mitigando la actuación abusiva de las partes<sup>1628</sup>.

La noción de verdad material ha sido tradicionalmente asignada al proceso penal debido al interés público relacionado a la esencia del Derecho público de las consecuencias de la decisión<sup>1629</sup>. El rol del juez —o de la autoridad responsable, a variar conforme el sistema jurídico— en este caso es realizar las medidas necesarias para coleccionar pruebas e información, y evitar los desvíos causados por las partes en la reconstrucción procesal de los hechos<sup>1630</sup>. Esa verdad —considerada material— sería la base para la decisión y la sentencia. En este sentido, el interés público determina que la autoridad providencie todas las alternativas necesarias para la obtención del conjunto de pruebas más completo posible, respetados los límites de la actividad probatoria<sup>1631</sup>, providencias que deben ocurrir a partir del debido proceso. Sin embargo, el debido proceso y la búsqueda de la verdad material no implican que en el proceso penal se obtiene siempre la certeza de la verdad. Pero sí debe configurarse el medio más adecuado para obtener el soporte procesal de la decisión<sup>1632</sup>. No obstante, esta verdad será siempre obtenida dentro de un proceso: de ahí el desarrollo del debido proceso. Las pruebas no formalizadas —sea por desidia de las partes y de la autoridad sea por su ilicitud— no serán parte de la construcción de la decisión. De esta manera, incluso en el proceso penal, el debido proceso conllevará a que se consolide una verdad en los autos, una verdad con contenido de formalidad (o de formal)<sup>1633</sup>. Lo importante es que en un extremo —el proceso civil— la concepción de verdad esté disponible, las partes pueden decidir por acción u omisión al no realizar todo lo necesario para prestar el soporte fáctico al

---

<sup>1627</sup> GUZMÁN (2018: 45-47).

<sup>1628</sup> CAPEZ (2012: 68). Sobre las teorías de la verdad en el proceso criminal, GUZMÁN (2018: 63-77).

<sup>1629</sup> CAPEZ (2012: 68-69) hablando del tipo de derecho material de la causa criminal.

<sup>1630</sup> CAPEZ (2012: 68-69).

<sup>1631</sup> GUZMÁN (2018: 127 y ss.). Sobre las garantías procesales como limitadoras de la actividad de reconstrucción de la verdad, *vid.* también LAUDAN (2006)

<sup>1632</sup> *Vid.* ALEXY (2002: 473).

<sup>1633</sup> *Vid.* CAPEZ (2012: 69). En este sentido, en especial debido a las limitaciones del propio proceso, no se debería hablar de una verdad material, porque todas estas “verdades” serían siempre procesales, aunque en el caso del proceso penal tengan la mayor posibilidad de ser reflejo más adecuado de la verdad material.

juez. En el otro extremo —el proceso penal— el juez tiene que conducir la marcha del debido proceso para realizar todos los esfuerzos necesarios para reconstruir la verdad en los autos, respetando las garantías procesales.

Esa noción de verdad es esencial para la ejecución de los propósitos del proceso penal. Para una evaluación de justicia del resultado de un proceso, tres elementos pueden ser considerados<sup>1634</sup>. El primero es la verdad. No es posible llegar a un modelo de adecuación o de justicia de la decisión conforme a la finalidad de la norma de Derecho sin que este resultado esté basado en la verdad procesal. El segundo elemento es el debido desarrollo del proceso<sup>1635</sup>, que significa el medio para el ejercicio de las garantías procesales, y en su espacio, la construcción procesal de la verdad. El tercer elemento es la interpretación legítima de la norma utilizada como regla<sup>1636</sup>. A partir de esta visión del resultado del proceso se puede observar la conexión entre la verdad y el debido proceso. La verdad procesal necesita la marcha adecuada del proceso, y esta marcha incluye la protección de las garantías procesales. Nuevamente, se percibe la finalidad del Derecho Penal de punir y tutelar: punir con base en la verdad, y tutelar con base en la inocencia. Tanto una cosa como la otra —la construcción de la verdad y de las garantías de defenderse como inocente— son realizadas a partir del debido proceso, por ello es necesario que el debido proceso penal abarque esa doble garantía. Para la sociedad, el debido proceso debe incluir la forma más adecuada de intentar punir a los culpables; para los investigados e imputados, el debido proceso debe incluir la forma más adecuada de defender su inocencia (o la medida de su culpabilidad).

A partir de esta concepción de verdad garantista, el debido proceso como *sobreprincipio* soporta el ejercicio de las otras garantías procesales, como del derecho al contradictorio y a la amplia defensa, el derecho al juez natural, a la no aceptación de pruebas ilícitas para decisiones de condenas<sup>1637</sup>. Garantizar el debido proceso no es lo mismo que asegurar el simple ejercicio de la marcha procesal con el desarrollo del procedimiento previsto en la ley. El debido proceso tiene un contenido de formalidad con una finalidad de obtener el contenido de materialidad necesario a la decisión justa. El debido proceso abarca la propia concepción de *fair trial*<sup>1638</sup>. Además, el interés público en la construcción de la verdad para la decisión no se restringe solamente al acusado o imputado, pero es extensible a todas las partes procesales y todas las demás personas que actúan en las relaciones procesales. Eso incluye testigos y peritos, y también

---

<sup>1634</sup> Vid. TARUFFO (2013: 14).

<sup>1635</sup> TARUFFO (2013: 14).

<sup>1636</sup> TARUFFO (2013: 14).

<sup>1637</sup> MENDES & BRANCO (2012: 554).

<sup>1638</sup> MENDES & BRANCO (2012: 554).

incluye instituciones, organismos públicos y agentes privados que quizás actúen de alguna manera en la marcha del proceso<sup>1639</sup>.

## **2.2. Debido proceso y personas jurídicas**

En las actividades de imposición de responsabilidad o de sanción, el proceso funciona como el medio para la construcción de la verdad procesal —o la verdad material, en el caso del Derecho Penal y de los procesos que resulten en imposición de punición— proveyendo la herramienta para intentar imponer la justa responsabilidad a los culpables<sup>1640</sup>. Por otro lado, el debido proceso también se traduce en el medio por el cual deberán ser ejercidas las garantías procesales, en mayor o menor grado, conforme el tipo de proceso, o a lo mejor, conforme a la finalidad o la posible consecuencia del proceso<sup>1641</sup>. El debido proceso sirve como el soporte formal para la tutela de los derechos de los individuos, en el caso del Derecho Penal y de la imposición de punición, para la tutela de los inocentes<sup>1642</sup>. De igual modo, si la consecuencia del proceso es una imposición de sanción que en efectivo restringe los derechos y garantías fundamentales, en especial en los casos que la ley permite tal sanción con el propósito de reprimir y prevenir conductas descritas como delitos, el estándar de verdad y de garantías procesales debe aproximarse al estándar del proceso penal<sup>1643</sup>. El hecho de que el legislador prevea la naturaleza de la responsabilidad —penal, civil o administrativa— está relacionado con una decisión legislativa, y no puede significar una huida a las garantías necesarias conforme el tipo de restricción que puede provenir de la sentencia<sup>1644</sup>.

Uno de los desafíos en la actual etapa de desarrollo de la responsabilidad de las personas jurídicas está relacionada con el hecho de estar o no sujeta a imputación y consecuente responsabilidad penal. Conforme a lo ya mencionado, en algunos sistemas jurídicos, como el de Estados Unidos o el de España, las personas jurídicas pueden ser criminalmente imputadas y responsabilizadas. Sin embargo, otros sistemas jurídicos no aceptan la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, conforme sus tradiciones de aplicación de la ley penal. De esta manera, en estos sistemas se adopta la responsabilidad de personas jurídicas con sanciones de naturaleza civil o administrativa, ejemplos de

---

<sup>1639</sup> MENDES & BRANCO (2012: 555).

<sup>1640</sup> *Vid.* apartados anteriores, sobre el debido proceso y el debido proceso y la búsqueda de la verdad.

<sup>1641</sup> BRODOWSKI (2014: 214-215).

<sup>1642</sup> Sobre las finalidades del derecho criminal tradicional, *vid.* FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1643</sup> BRODOWSKI (2014: 214-215) hablando de la necesidad de utilizarse el proceso criminal para imponer sanciones que impliquen en restricción a los derechos fundamentales y su aplicación a las personas jurídicas, con base en los derechos humanos internacionales y en la constitución alemán.

<sup>1644</sup> PÉREZ GIL (2017: 37).

estos sistemas son Brasil<sup>1645</sup>, Italia y Alemania<sup>1646</sup>. Otro reto tan relevante como el primero es la ausencia de un modelo uniforme respecto de las garantías procesales de las personas jurídicas. De un lado, los sistemas de defensa de derechos humanos, supranacionales e internacionales, y las organizaciones internacionales tienen múltiples normas e interpretaciones sobre la materia. Conforme se ha mencionado, en el ámbito europeo, el TEDH considera que las personas jurídicas son objeto de protección de derechos fundamentales, lo que incluye garantías procesales<sup>1647</sup>. En el caso de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos tienen la interpretación de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos expresamente excluyen a las personas jurídicas de la protección del sistema<sup>1648</sup>. En el mismo sentido, el sistema interamericano también excluye la defensa de las personas jurídicas, salvo excepciones no relacionadas a empresas<sup>1649</sup>.

En estos términos, existe una heterogeneidad de modelos en los dos puntos. Tanto en el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas, lo que incluye responsabilidad por delitos y por corrupción, como en los modelos de asignación de garantías y derechos procesales a las personas jurídicas<sup>1650</sup>. Esta realidad hace que la evaluación de la asignación de derechos —como el del debido proceso— a las personas jurídicas tenga que ser realizada en cada país, conforme a las reglas de su sistema jurídico. Así, para que se hable de responsabilidad de personas jurídicas por supuestos de corrupción y se evalúen las herramientas de colaboración —justicia negociada— disponibles, hace falta que se evalúen los modelos adoptados por el referido sistema. Estos dos puntos —el tipo de responsabilidad y el grado de asignación de las garantías procesales— parecen ser los puntos focales para cualquier evaluación de estilo.

No obstante, también es esencial considerar la importancia de las personas jurídicas para la sociedad en el análisis de los diversos modelos. En primer lugar, las personas jurídicas son consideradas importantes para la organización de los individuos y la consecución de sus fines, para soportar el desarrollo económico y social<sup>1651</sup>. En segundo lugar, es innegable que la afectación a derechos de las personas jurídicas significa la afectación a

---

<sup>1645</sup> La Constitución de Brasil permite que las personas jurídicas sean responsabilizadas por crímenes ambientales. Sin embargo, la responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción y fraude en contratos y fondos públicos tiene naturaleza civil o administrativa, conforme el caso. *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 38-40).

<sup>1646</sup> *Vid.* PELZ, KUTZNER & SCHORN (2019) hablando sobre Alemania y GIOVANNELLI & CURSANO (2019), CERINA (2020) y PISANO (2019) hablando del sistema en Italia.

<sup>1647</sup> BRODOWSKI (2014: 213-214) y ARANGÜENA FANEGO (2019: 7-8).

<sup>1648</sup> BRODOWSKI (2014: 214).

<sup>1649</sup> *Vid.* Opinión Consultiva OC-22/16, *supra* nota 1558 en 1-4.

<sup>1650</sup> ENGELHART (2014: 55-56).

<sup>1651</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

derechos de individuos<sup>1652</sup>, porque la provisión de imposición de punitivas en los sistemas de responsabilidad de personas jurídicas significa, al menos de manera mediata, la imposición de restricción a los derechos de las personas físicas propietarias o inversores. En especial por el hecho de que las modalidades comunes de punitiva afectan directamente el patrimonio o la situación financiera de las personas jurídicas<sup>1653</sup>.

En estos términos, asignar responsabilidad no-penal a una persona jurídica con reducida posibilidad de ejercicio de garantías procesales parece inadecuado. Desde el punto de vista de la relevancia de las personas jurídicas para la sociedad, añadiendo al desarrollo de la actividad de prevención y represión en el ámbito del Estado de Derecho que busca la responsabilidad de los culpables y la tutela de los inocentes, no se pueden descartar las garantías procesales penales mínimas por el simple hecho de que el proceso no tenga como acusado una persona física. Del mismo modo, que es ilícito que los propietarios utilicen de manera desviada las personas jurídicas, por ejemplo, para cometer delitos u ocultarlos, también debe ser ilícito atacar a las personas jurídicas y de manera autoritaria afectar a las personas físicas por detrás de ellas<sup>1654</sup>. En estos aspectos, las garantías procesales deben ser asignadas a las personas jurídicas con las adaptaciones necesarias, porque estas no ostentarán todos sus derechos con la misma intensidad que las personas físicas. Lo que no niega la realidad de que las garantías de defensa son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas<sup>1655</sup>.

Estados Unidos, España y Brasil pueden ser mencionados como ejemplos de sistemas jurídicos que garantizan el debido proceso a las personas jurídicas. Es interesante observar que los tres países adoptan sistemas múltiples para la responsabilidad de personas jurídicas. Estados Unidos adopta responsabilidad penal, conforme se ha mencionado, con posibilidad de acuerdos de colaboración y justicia negociada. En realidad, la mayor parte de los casos —más del 90 por ciento— de responsabilidad de personas jurídicas se resuelven a través de acuerdos<sup>1656</sup>. España, un sistema de *civil law*, también adopta la responsabilidad penal de personas jurídicas. Sin embargo, no están disponibles herramientas de justicia negociada para las personas jurídicas en las mismas dimensiones que en Estados Unidos<sup>1657</sup>. Brasil, por otro lado, adopta un sistema de responsabilidad

---

<sup>1652</sup> ADYN (2014: 314-315).

<sup>1653</sup> BRODOWSKI (2014: 214-219) hablando de las penas incapacitantes y de las penas financieras.

<sup>1654</sup> Las multas y sanciones aplicables a las personas jurídicas notoriamente afectan a personas físicas. AYDIN (2014: 314-315).

<sup>1655</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 128).

<sup>1656</sup> *Vid.* apartado sobre Estados Unidos y la colaboración de personas jurídicas en el capítulo anterior.

<sup>1657</sup> Existe la posibilidad de aceptación de sentencia por conformidad. NEIRA PENA (2018: 56% y ss.) y BANACLOCHE PALAO (2019: 576-582).



administrativa para hechos de corrupción<sup>1658</sup>. En el sistema brasileño están disponibles las herramientas de justicia negociada, en especial el acuerdo de lenidad para las personas jurídicas, que requieren colaboración cualificada de las empresas acusadas en el proceso administrativo<sup>1659</sup>.

En Estados Unidos, juzgados de la Suprema Corte<sup>1660</sup> demuestran la importancia de los derechos procesales. Los procedimientos justos y el debido proceso son necesarios para que se respeten los derechos constitucionales estadounidenses, de manera que los acusados reciban tratamiento justo en el sistema criminal y se garantice que inocentes no sean responsabilizados por delitos que no cometieron<sup>1661</sup>. Estas reglas son la base para la percepción de la sociedad y de los acusados de que el sistema criminal funciona de manera precisa y confiable, puesto que son la manera de garantizar justicia y eficiencia en el procesamiento de los casos<sup>1662</sup>. Las garantías del debido proceso están registradas en la constitución en las enmiendas V y XIV. La enmienda V a la constitución estadounidense de 1791, y además de otros derechos, mencionan expresamente que ninguna persona deberá ser privada de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso<sup>1663</sup>, y es considerada la regla general del debido proceso para los casos penales<sup>1664</sup>. La enmienda XIV, de 1868, prevé expresamente el debido proceso para las mismas situaciones y consecuencias de la enmienda V, pero en el ámbito de los estados federados<sup>1665</sup>. De esta manera, la Constitución de Estados Unidos prevé la garantía del *due process of law* para los imputados por delitos en el ámbito de competencia federal y estatal<sup>1666</sup>. Con esta configuración, el debido proceso en Estados Unidos es claramente un principio —o una garantía— a la que recurren diversas garantías procesales.

A las personas jurídicas les son aseguradas las mismas garantías del proceso penal, incluso el debido proceso. La evolución de la responsabilidad

<sup>1658</sup> Brasil también adopta reglas diversas para la responsabilidad de personas jurídicas. Existe posibilidad de responsabilidad penal para delitos ambientales y existe posibilidad de responsabilidad civil-administrativa para otras conductas irregulares, como fraude en licitación y violación de principios administrativos. SIMÃO & VIANNA (2017: 38-40).

<sup>1659</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 99-100). *Vid.* también ATHAYDE (2019: 250-251).

<sup>1660</sup> *Vid.*, entre otros, *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932) (decidiendo la apelación en el *Scottsboro trial*).

<sup>1661</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 1). *Vid.* también ESPARZA LEIBAR (1995: 70 y ss.)

<sup>1662</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 1).

<sup>1663</sup> En el original, *[n]o person shall be (...) nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law (...)*. *Vid.* U.S. Const. (Constitución) amend. V (EE.UU.).

<sup>1664</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 19).

<sup>1665</sup> En el original “(...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”. *Vid.* U.S. Const. (Constitución) amend. XIV Section 1 (EE.UU.).

<sup>1666</sup> Aquí se utiliza “estatal” como mención a los delitos previstos por ley de los estados federados. Además del Congreso federal, los congresos estatales tienen competencia para aprobar leyes penales, y cada estado tiene su propio sistema criminal estatal. *Vid.* TASLITZ (2009: 105).

criminal de la persona jurídica en Estados Unidos llegó al punto en que las empresas pueden ser consideradas penalmente culpables incluso de delitos con el elemento de intencionalidad —*mens rea element*—<sup>1667</sup>. En el caso *New York Central*, la Suprema Corte consideró, en el año 1909, que la empresa imputada debería ser responsabilizada criminalmente por delito con intento<sup>1668</sup>. Además, la legislación estadounidense contiene cláusulas específicas —en el caso de la ley federal— indicando que los términos *personas* en las leyes incluyen empresas, corporaciones, asociaciones, firmas, sociedades, sociedades anónimas e individuos<sup>1669</sup>. En el año 2010 la Suprema Corte reconoció, incluso, que las empresas tienen el mismo estándar constitucional de las personas para efectos del derecho de libre expresión previsto en la primera enmienda constitucional, en la decisión del caso *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>1670</sup>. A partir de esa decisión, las empresas pasaron a ser consideradas *people* —personas humanas— para los efectos de la primera enmienda<sup>1671</sup>. Este caso se volvió una fuente del derecho penal relativo a las garantías procesales y constitucionales de las personas jurídicas, aunque originalmente versara sobre financiación de campañas políticas, ley electoral y derecho constitucional<sup>1672</sup>.

En España, así como en toda Europa, considerando las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las personas jurídicas son objeto de las garantías procesales del debido proceso<sup>1673</sup>. No obstante, la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español a partir de la Ley Orgánica 5/2010 fue motivo de crítica, desde el principio, dado que no hubo provisión de una normativa procesal específica aplicable a las personas jurídicas<sup>1674</sup>. En un segundo momento, a partir del año 2011, la Ley de Medidas de Agilización Procesal pasó a regular garantías mínimas a las personas jurídicas imputadas en el proceso criminal<sup>1675</sup>. Esta alteración, aunque considerada un paso importante para el sistema español<sup>1676</sup>, representa solamente una normativa de las garantías

---

<sup>1667</sup> Anteriormente, las personas jurídicas podrían ser sancionadas por delitos de responsabilidad objetiva o por incumplimiento por omisión de reglamentos con efecto criminal. Vid. PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23).

<sup>1668</sup> *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>1669</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 23) hablando del código federal 1 U.S.C. §1.

<sup>1670</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25-26). Vid. también *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>1671</sup> SLOBOGIN (2011: 41 y ss.).

<sup>1672</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25-26).

<sup>1673</sup> PÉREZ GIL (2017: 40) hablando de la jurisprudencia del TEDC y la aplicación del artículo 6 del CEDH a las personas jurídicas.

<sup>1674</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FELJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1675</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FELJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1676</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FELJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

mínimas aplicables a las personas jurídicas, y no reglas específicas sobre el proceso que tengan las empresas y otras entidades acusadas.

Tres elementos son esenciales para la comprensión del tema. En primer lugar, la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos en España es penal. En segundo lugar, no existe una provisión para un proceso especial para las empresas y, en tercero, a las personas jurídicas se les debe garantizar sus derechos fundamentales. De este modo, el sistema permite una equiparación de garantías procesales de las personas físicas a las personas jurídicas<sup>1677</sup>. Justo antes de la inclusión de la responsabilidad penal, la jurisprudencia y la doctrina española consideraba que las personas jurídicas tenían el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1678</sup>. La novedad del tema —responsabilidad penal— hace que sea necesario desarrollar en los casos prácticos las soluciones a ser utilizadas para garantizar los derechos al debido proceso a la persona jurídica<sup>1679</sup>. En algunos casos específicos será necesario hacer una adecuación de los derechos a la realidad de las personas jurídicas, dado que ni todas las garantías y derechos de las personas físicas podrán ser aplicables de la misma manera o con la misma amplitud a las personas jurídicas<sup>1680</sup>. Sin embargo, el debido proceso y su contenido y finalidad —deben ser el medio para la construcción de la verdad en el proceso con las garantías de tutela de los inocentes— es compatible con la naturaleza de las personas jurídicas<sup>1681</sup>.

No obstante, aún existe un espacio para el desarrollo jurisprudencial del contenido del debido proceso —como soporte de las garantías procesales— aplicable a las personas jurídicas. Así, existe una expectativa que la imputación criminal de las empresas hará que el sistema judicial empiece a garantizar nuevos contenidos anteriormente disponibles solo a las personas físicas acusadas en proceso penal<sup>1682</sup>. Esto es necesario por los argumentos expuestos, además del hecho de que a la persona jurídica en España se le asegura un juicio justo, o un proceso garantista<sup>1683</sup>. Sin embargo, algunos contenidos de las garantías procesales —o del debido proceso como *sobreprincipio*— son deseables y esperados, como los principios del contradictorio, de la audiencia, de igualdad, entre otros<sup>1684</sup>. Además, aunque la no definición de un proceso específico para las personas jurídicas haya sido motivo de crítica, tampoco se puede decir que ello sería la mejor

---

<sup>1677</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FELJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1678</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FELJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%) hablando del inicio de la responsabilidad de las personas jurídicas en España, como consecuencia civil impuesta a partir de la condena de personas físicas.

<sup>1679</sup> PÉREZ GIL (2017: 40).

<sup>1680</sup> PÉREZ GIL (2017: 40) hablando de la necesidad de realizar una modulación de los derechos de las personas jurídicas.

<sup>1681</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

<sup>1682</sup> NEIRA PENA (2017: 140-141).

<sup>1683</sup> NEIRA PENA (2017: 140-141).

<sup>1684</sup> NEIRA PENA (2017: 143).

solución sistémica. La separación de los involucrados en un determinado delito en procesos diferentes seguramente haría más compleja la imputación y la obtención de las pruebas, además de poder aumentar dificultades del ejercicio de los medios de defensa. En este sentido, el procesamiento conjunto de las personas físicas y las personas jurídicas involucradas en los mismos hechos parece ser el ideal<sup>1685</sup>.

Brasil tiene un sistema de responsabilidad de personas jurídicas que puede ser considerado mixto. Hay reglas para imposición de responsabilidad por conductas descritas como delitos a través de procesos administrativos y procesos sujetos a la jurisdicción civil. Además, para delitos ambientales, hay provisión excepcional de imposición de responsabilidad criminal a las personas jurídicas<sup>1686</sup>. A parte, la responsabilidad penal por delitos contra el medioambiente<sup>1687</sup>, el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas brasileño prevé sanciones civiles o administrativas. Por una cuestión de tradición jurídica y nomenclatura, puede considerarse que la responsabilidad civil es la relacionada con el resarcimiento e indemnización por daños y perjuicios y las otras sanciones posibles previstas en la ley tienen naturaleza administrativa<sup>1688</sup>. Tres leyes son las principales normas brasileñas que prevén responsabilidad civil y sanción administrativa en los casos de personas jurídicas y supuestos de corrupción: la Ley de la Empresa Limpia<sup>1689</sup>, la Ley de *Improbidad* Administrativa<sup>1690</sup> y la Ley de Contratación Pública<sup>1691</sup>.

Todas estas leyes describen conductas que también son consideradas delitos, todas permiten la responsabilidad de personas jurídicas incluso con aplicación de sanciones con características de punición y todas describen responsabilidad por conductas relacionadas a supuestos de corrupción. Las tres leyes también describen como actos “ilícitos” otras conductas que no

---

<sup>1685</sup> NEIRA PENA (2017: 144 y ss.).

<sup>1686</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 38-40). Los autores también mencionan la posibilidad de responsabilidad criminal de personas jurídicas por delitos relacionados al orden económico como permitido por la Constitución de Brasil. *Vid.* también NUCCI (2016: 164-166).

<sup>1687</sup> *Vid.* nota anterior, en especial en lo que se refiere a responsabilidad criminal de personas jurídicas por delitos contra el orden económico.

<sup>1688</sup> Hay muchas formas de clasificar las sanciones en Brasil como civiles o administrativas. Para efectos de ese análisis, se considerará responsabilidad civil como el resarcimiento de daños e indemnización, y las demás sanciones relacionadas a actividades de corrupción y soborno, como de naturaleza administrativa, indiferentemente si aplicables a través de un proceso administrativo o a través de un proceso de jurisdicción civil. En Brasil no existe justicia administrativa, o contencioso administrativo. Las causas contra las decisiones de la administración son interpuestas en la justicia civil. Además, en las situaciones que hace falta la utilización del Poder Judicial, la Administración Pública brasileña también se utiliza de la jurisdicción civil del Poder Judicial.

<sup>1689</sup> Ley 12.846/2013.

<sup>1690</sup> Ley 8.429/1992.

<sup>1691</sup> Ley 8.666/1993.

necesariamente estarán relacionadas al pago de soborno, y la única con aplicabilidad en casos transnacionales es la Ley de la Empresa Limpia<sup>1692</sup>. La ley de contrataciones también prevé delitos relacionados al fraude en contratos públicos. Sin embargo, estos son aplicables únicamente a personas físicas<sup>1693</sup>. Aunque otras leyes tengan contenidos relevantes para la responsabilidad y el procesamiento de las personas jurídicas, estas tres leyes pueden ser consideradas como el núcleo del sistema de responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción en Brasil<sup>1694</sup>.

El principio del debido proceso está previsto en la Constitución brasileña: conforme a la garantía del artículo 5.º, LIV, hace falta garantizar el debido proceso para la imposición de privación de bienes<sup>1695</sup>. Aunque este inciso de la constitución no mencione que también se aplica al proceso administrativo, el precepto siguiente indica la necesidad de respeto al principio del contradictorio y de amplia defensa, en los procesos administrativos y judiciales<sup>1696</sup>. Como estos principios serán ejercidos con base en el debido proceso<sup>1697</sup>, se puede observar una estructura sistémica desde el derecho constitucional brasileño para la aplicación de las garantías del proceso, también en los procesos administrativos que resulten en restricción de libertad y de la propiedad<sup>1698</sup>. Por ello, la Administración Pública brasileña no puede adoptar decisiones gravosas a sujetos sin antes ofrecerles oportunidades de ejercer el debido proceso y participar de la construcción de la verdad procesal<sup>1699</sup>. En estos términos, la imposición de sanciones a personas jurídicas —aunque a partir de responsabilidad o proceso administrativos— deben respetar al principio del debido proceso y su extensión<sup>1700</sup>. Conforme se ha mencionado, en virtud de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por hechos de corrupción son una especie de sanción, con el propósito de prevenir y reprimir conductas descritas como delitos, hace falta la utilización del estándar de garantías similares al del proceso penal en la imposición de sanciones<sup>1701</sup>.

---

<sup>1692</sup> Ley 12.846/2013, art. 1.º.

<sup>1693</sup> MACHADO DE SOUZA (2019: 51 y ss.) hablando sobre la aplicabilidad de los delitos de la ley de contrataciones a las personas físicas.

<sup>1694</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 33-58) hablando de las reglas del código civil, además de ley del Tribunal de Cuentas Brasileño, y otras normas relacionadas a imposición de responsabilidad a las personas jurídicas.

<sup>1695</sup> Constituição Federal (CFB) art. 5.º, LIV (Brasil).

<sup>1696</sup> Constituição Federal (CFB) art. 5.º, LV (Brasil).

<sup>1697</sup> MENDES & BRANCO (2012: 554).

<sup>1698</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 115).

<sup>1699</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 115).

<sup>1700</sup> RIBEIRO (2017: 69-70).

<sup>1701</sup> *Vid.* apartado anterior sobre las diferencias del proceso criminal y del proceso administrativo. *Vid.* también BRODOWSKI (2014: 214-215).

### **2.3. Debido proceso y acuerdos de colaboración: hacia una construcción de la verdad**

La primera cuestión sobre el debido proceso y las herramientas de justicia negociada está relacionada con el análisis de compatibilidad —o incompatibilidad— entre los institutos. Si colaborar con la Administración en el acuerdo —*plea bargaining* u otra herramienta— significa confesar y renunciar al derecho al juicio<sup>1702</sup>, una primera conclusión a que se llegaría sería la de la inaplicabilidad de la garantía del debido proceso en el ámbito de justicia negociada. Es decir, la propia esencia de la colaboración es, a partir de la renuncia al juicio, obtener y ofrecer alguna ventaja. La ventaja ofrecida al colaborador generalmente se relaciona con la mitigación o la exención de responsabilidad, conforme el caso, penal o no-penal. La ventaja ofrecida a la Administración Pública puede variar, desde simplemente ahorro de fondos con las investigaciones y el juicio, a partir de la adjudicación más rápida basada en el no ejercicio del derecho de defensa, hasta una colaboración con las autoridades que genere un incremento en la amplitud de las investigaciones. El incremento en las investigaciones puede estar relacionado con la amplitud objetiva y subjetiva de los hechos, como ayuda para imponer la responsabilidad debida. Es decir, la colaboración — en este caso cualificada— puede generar aumento de lo que se conoce sobre las personas involucradas en los hechos, incremento de lo que se conoce sobre los propios hechos, o puede versar sobre beneficios obtenidos, daños causados, metodologías utilizadas en el lavado de activos, para facilitar la imposición de la responsabilidad.

Si un acusado —persona física o jurídica— decide colaborar a cambio de obtener una reducción de pena, lo que en verdad decide es por no ejercer sus derechos de defensa, o a lo mejor, sus derechos y garantías procesales. Sin embargo, es importante que se tenga en consideración que el proceso es un medio para el ejercicio de las garantías procesales y es también un medio para la construcción de la verdad procesal<sup>1703</sup>. Si la evaluación de la justicia de una decisión está basada en una averiguación de la verdad a partir del desarrollo adecuado de un proceso sobre el que se realiza una interpretación legítima de la norma<sup>1704</sup>, no hay como imaginar una decisión de la cual resulta sanción —o pena— que no esté basada en un presupuesto mínimo de verdad. En estos términos, el hecho de esta decisión sea fruto de justicia negociada o de adjudicación a través del proceso penal tradicional no puede ser determinante para nulificar totalmente el modelo del Derecho Penal (tradicional) de imponer responsabilidad a los culpables asegurando la

---

<sup>1702</sup> Vid. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161) hablando de la concepción en EE.UU. de confesión y renuncia al juicio.

<sup>1703</sup> Vid. RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114) hablando de la construcción de la verdad en el proceso con la participación de las partes a partir del ejercicio de las garantías procesales.

<sup>1704</sup> Vid. TARUFFO (2013: 14) hablando de la evaluación de la justicia de las decisiones.

tutela de los inocentes<sup>1705</sup>. Es decir, aunque sea parte de la colaboración renunciar a sus derechos, dos factores tienen que ser observados: el primero, los presupuestos fácticos bajo los cuales la autoridad llega a la decisión. El segundo, los presupuestos de protección a los inocentes. La verdad y la tutela de los inocentes debe ser preservada en la medida de lo posible a través del juicio tradicional. Lo que se debe asegurar en el caso del juicio “no tradicional” —la renuncia al juicio y la decisión de confesar— es al menos un estándar mínimo necesario de verdad “procesal” y de garantías<sup>1706</sup>.

Con relación al estándar mínimo de verdad, no parece ser razonable admitir un sistema de colaboración que genere descreencia en la adecuación de su resultado al caso concreto. Es decir, la justicia penal tiene la finalidad de prevenir y reprimir conductas consideradas impropias socialmente: los delitos. A partir de las dificultades para obtener la decisión en el ámbito del proceso penal tradicional<sup>1707</sup>, con los costes que involucra y el tiempo que requiere, se posicionan las herramientas de justicia negociada con el ideal de asignar más eficiencia y rapidez al sistema<sup>1708</sup>. La consecuencia lógica es que la justicia negociada debe ser útil para incrementar los resultados del sistema penal. En otras palabras, si lo que se quiere es extinguir la función del Derecho Penal de actuar en la prevención y represión de comportamientos, basta descriminalizar la conducta sin la necesidad de utilizar acuerdos en supuestos delictivos. Por otro lado, si la preocupación central del sistema es decidir e imponer condenas con rapidez, es necesario una relación con la realidad fáctica de las conductas indebidas.

Sin un mínimo estándar de verdad de los hechos, el sistema empieza a funcionar bajo el riesgo de generar la desafección de la sociedad en su resultado. Por más que sea deseable el incremento del número de casos concluidos con la implementación de acuerdos y justicia negociada, hace falta una percepción positiva de la sociedad sobre la adecuación de la conclusión de los casos. Si esta percepción social, no se alcanza la finalidad del Derecho Penal: ni el supuesto agente delictivo considera la sanción adecuada, dado que era inocente, o dado que la sanción fue más grave que su culpabilidad; ni tampoco ocurre el efecto de prevención general en la sociedad. Por ello es necesario que el individuo relacione la práctica de la conducta que el sistema penal intenta prevenir a la probable responsabilidad. Si el resultado del sistema es generar condenas que no son relacionables a las conductas reprochables por parte de la sociedad, no alcanza el efecto deseable de la norma.

---

<sup>1705</sup> Vid. FERRAJOLI (2002: 483) hablando del esquema del Derecho Criminal tradicional.

<sup>1706</sup> Vid., por ejemplo, el apartado en el Capítulo III sobre la aprobación del *plea bargaining* por la Suprema Corte en Estados Unidos y la importancia de la existencia de elementos de culpabilidad en los casos de confesión.

<sup>1707</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016: 20) hablando sobre la crisis de la justicia criminal.

<sup>1708</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

En el sistema de colaboración amplia<sup>1709</sup> de Estados Unidos, hasta para el *guilty plea*, como especie de colaboración en la cual el acusado simplemente confiesa y renuncia al juicio, hace falta la evaluación, por parte de la autoridad judicial, de las bases fácticas de la confesión y del acuerdo<sup>1710</sup>. No existe una regla constitucional que determine la admisión de los hechos por parte del acusado para que el acuerdo sea aceptado<sup>1711</sup>. Incluso algunas jurisdicciones estadounidenses aceptan un tipo de *plea* en el cual el acusado acuerda que la imputación, es decir, confiesa que merece la imputación, pero no admite los presupuestos fácticos relacionados que forman el delito<sup>1712</sup>. Para este tipo de acuerdo, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió, en el año 1970, que un individuo acusado de un delito puede, de manera voluntaria, consciente y racional concordar con la imposición de una condena a la cárcel, aunque no desee o no pueda admitir su participación en los hechos que constituyen el ilícito<sup>1713</sup>. La Corte concluyó que ese tipo de *plea* no es materialmente diferente del *plea* en el cual el acusado se recusa a admitir el acto, protesta por su inocencia, pero acepta el acuerdo por reconocer que está en conformidad con ello y que el juez tiene delante de sí fuertes elementos de su culpabilidad<sup>1714</sup>.

Esta decisión marca la importancia de que el juez evalúe dos elementos para los casos en los cuales el acusado no confiesa su participación, pero tiene interés en realizar un acuerdo<sup>1715</sup>. El primero, hace falta presentar a la autoridad judicial la base factual sobre la cual habrá el acuerdo. El segundo, el juez tiene que identificar la relevante presencia de elementos de culpabilidad del acusado<sup>1716</sup>. Aunque se pueda decir que en Estados Unidos un acusado puede no confesar y hacer acuerdo, cabe al juez evaluar los presupuestos fácticos del crimen y determinar la existencia de relevantes evidencias de culpabilidad del acusado. La decisión del caso *Alford* confirma la noción de que hace falta un contenido de pruebas y evidencias mínimas para demostrar el crimen y la culpabilidad del acusado para la utilización de herramientas de justicia negociada. En la situación concreta, con la aceptación del *plea*, *Alford* —el acusado— evitó ir al juzgado con

---

<sup>1709</sup> Sobre colaboración amplia y colaboración cualificada, *vid.* apartado específico en el capítulo antecedente.

<sup>1710</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

<sup>1711</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

<sup>1712</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153) hablando del *Alford plea*.

<sup>1713</sup> *Vid. North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), mencionando, en el original, “an individual accused of crime may voluntarily, knowingly, and understandingly consent to the imposition of a prison sentence even if he is unwilling or unable to admit his participating in the acts constituting the crime”.

<sup>1714</sup> *Id. Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

<sup>1715</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

<sup>1716</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153) hablando que el en caso de *Alford*, la Corte considero el *plea* válido puesto que había relevante evidencia de culpabilidad del acusado.



tribunal de jurados por un delito que le podría generar la condena a pena de muerte<sup>1717</sup>. Además, la Suprema Corte aceptó la validez del acuerdo puesto que había fuertes evidencias en el proceso del delito y de su culpabilidad.

La verdad en las herramientas de la justicia negociada debe estar soportada por un estándar de evidencias y pruebas de los hechos y de culpabilidad del acusado, conforme se ha mencionado. Ese estándar puede ser considerado “mínimo” comparado con el estándar necesario para la condena. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, la regla de la comprobación de los elementos del delito más allá de la duda razonable<sup>1718</sup>. En el caso de Brasil, el sistema de libre convicción del juez —también llamado sistema de la verdad real o de la persuasión racional— requiere una evaluación de las pruebas, con análisis de todos los elementos del delito, de manera que, para imponer una condena, el juez debe convencerse con base en las pruebas en un estándar que generaría el mismo resultado en la mayor parte de las personas que evaluando las mismas pruebas<sup>1719</sup>.

Al mismo tiempo que la ausencia de un estándar de verdad desnaturaliza la justicia penal, requerir un estándar tan alto como el necesario para obtener una condena a través de regular un juicio, desnaturaliza la propia noción de justicia negociada. Si el camino recurrido por las autoridades y por la justicia ya conllevó a la concretización de toda la verdad en el proceso penal, con respeto a las garantías procesales, no parece que habría beneficios claros para la negociación de un acuerdo de colaboración. Sin embargo, habrá casos en el que un sistema penal podrá permitir acuerdos ya pasada la condena, por ejemplo, con el propósito de mitigar los riesgos de incumplimiento relacionados con la recomposición de daños y pago de multa. En otros casos, en especial los relacionados a organizaciones criminales, los sistemas jurídicos también podrán permitir la colaboración de personas después de la condena, con la finalidad de obtener más información sobre los hechos y los demás delincuentes<sup>1720</sup>. Pero cómo noción abstracta y regla general, las herramientas de justicia negociada tendrán utilización más eficaz en los casos en que el rito procesal regular no está concluso, o al menos no esté concluido en su totalidad, por ejemplo, en los casos de conclusión parcial de múltiples supuestos desarrollados a lo largo del tiempo.

---

<sup>1717</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 153).

<sup>1718</sup> *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 374-378) hablando del rol de los jurados de evaluar si la Fiscalía comprobó los elementos del crimen para allá de la duda razonable; en el original, “the primary role of the jury is to decide whether the government has proved every element of each crime charged beyond a reasonable doubt”.

<sup>1719</sup> CAPEZ (2012: 399-400).

<sup>1720</sup> *Ver*, en el capítulo I, el caso de la colaboración premiada de Marcelo Odebrecht en Brasil.

#### **2.4. Debido proceso y acuerdos de colaboración: la exigencia de la voluntariedad**

Añadiendo la necesidad de un estándar mínimo de verdad, el contenido del debido proceso requiere de las herramientas de justicia negociada un estándar de voluntariedad. No es suficiente la firma del acusado en el documento del acuerdo, ni si esta firma se presenta ante la autoridad judicial. Esta concepción se deriva de la propia naturaleza de los acuerdos y de la voluntariedad de las partes en las concesiones mutuas. Permitir que se adjudique una confesión y se renuncie al derecho al proceso sin la voluntariedad, además de implicar en fraude, significa un rompimiento con los objetivos del Derecho Penal. Un fraude puesto que confesar y renunciar a derechos son actos personales y voluntarios. Rompimiento con el esquema del Derecho Penal puesto que los derechos y garantías procesales son parte del valor requerido de la justicia para garantizar la tutela a los inocentes a través de reglas de proceso, verdad y aplicación de la ley al caso concreto. Defraudar una renuncia a estos derechos es lo mismo que aceptar imposición de restricción a derechos de libertad y de propiedad de manera autoritaria. En este sentido, una verdadera huida del Estado Democrático de Derechos, en un sistema en el cual la autoridad utiliza su condición para imponer restricciones a derechos fundamentales —con carga punitiva— sin oportunidad de defensa.

Nuevamente se recurre al sistema de Estados Unidos de colaboración amplia, con *plea bargaining*, para ejemplificar la necesidad de voluntariedad en el acuerdo. Hasta los años 70, la Suprema Corte estadounidense consideraba que la confesión y renuncia a derechos procesales basada en una expectativa de mitigación de pena —o en una amenaza de incremento de sanción o de imputación— representaba la no voluntariedad de la confesión<sup>1721</sup>. Los acuerdos entre acusados y la Fiscalía, aunque fueran una práctica corriente, eran considerados inválidos por la Corte debido a la mitigación de la voluntad de los acusados hasta la decisión del caso *Brady v. United States*<sup>1722</sup>. En este caso, fue imputado al acusado un delito pasible de pena de muerte, sin embargo, dicha pena solamente podría ser aplicada a partir de la decisión, con autorización expresa hecha por el tribunal de jurados<sup>1723</sup>. El acusado se puso de acuerdo con la Fiscalía en un *plea of guilty*, para confesar y renunciar a su derecho al juicio. Como consecuencia, el proceso fue adjudicado por un juez sin las etapas de colecta y presentación de pruebas delante de los jurados<sup>1724</sup>. En su recurso, el acusado solicitó a la Suprema Corte la declaración de involuntariedad de su

---

<sup>1721</sup> Vid. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 374-78) hablando de los casos *United States v. Jackson* y *Brady v. United States*.

<sup>1722</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Vid. también apartados en el capítulo anterior sobre el histórico de la colaboración en Estados Unidos.

<sup>1723</sup> *Brady v. United States*, Id. en 743.

<sup>1724</sup> Id.

confesión, alegando involuntariedad debido al riesgo de sanción de pena de muerte en caso de que fuera al tribunal de jurados<sup>1725</sup>. La Corte decidió que las confesiones para realizar acuerdos tienen que ser voluntarias y conscientes<sup>1726</sup>. La Corte consideró que la confesión del acusado y su renuncia al juicio no podían ser hechas a partir de violencia, amenaza de violencia, física o moral<sup>1727</sup>. Sin embargo, consideró que la expectativa de sentencia más grave si no confesara no era suficiente para demostrar la involuntariedad del acto<sup>1728</sup>. A partir de esta decisión, los elementos de la confesión y renuncia al juicio se tornaron distintos de la mera confesión, por ejemplo, delante de la autoridad policial<sup>1729</sup>. Con ello, se firmó oficialmente el sistema del *plea bargaining* en Estados Unidos, pero basado en una confesión y renuncia de derechos voluntaria e inteligente<sup>1730</sup>.

Es interesante observar que la Corte, en casos posteriores, había evaluado diversos elementos constitucionales de la voluntad de un acusado en confesar y renunciar a su derecho al juicio. De esta manera, decidió que la voluntariedad tiene que incluir el conocimiento de la renuncia de derechos específicos<sup>1731</sup>: el acusado debe tener conocimiento que renuncia al derecho de no inculparse, al derecho del juicio con tribunal de jurados y al derecho de confrontar a sus acusadores<sup>1732</sup>. Además, esa renuncia no puede ser implícita o inferida a partir de la concordancia con el *plea* sin la expresa mención a la renuncia. En el caso de *Brady*, el acusado había confesado, pero el juez de primera instancia no había hecho las preguntas necesarias para confirmar si el acusado comprendía que renunciaba a sus importantes derechos constitucionales<sup>1733</sup>. Como la transcripción del proceso no demostraba el conocimiento inteligente de la renuncia de los derechos, la Corte reformó la condena<sup>1734</sup>. En este caso hubo un procedimiento formal —en el cual el acusado estuvo delante de la autoridad judicial para aceptar su confesión— pero no se tuvo la garantía de que el acusado comprendía las renunciaciones que hacía. Sin embargo, hubo un proceso adoptado formalmente para la confesión y renuncia sin el contenido material necesario para la comprobación de las garantías constitucionales.

---

<sup>1725</sup> *Id.* en 745.

<sup>1726</sup> En el original, “voluntarily and intelligently”. *Id.* en 748. *Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 147).

<sup>1727</sup> *Brady v. United States*, *Id.* en 750.

<sup>1728</sup> *Id.*

<sup>1729</sup> DERVAN (2012: 79).

<sup>1730</sup> *Vid.* el capítulo específico sobre el sistema de colaboración de EE.UU.

<sup>1731</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 149) hablando del caso *Boykin v. Alabama*.

<sup>1732</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 149).

<sup>1733</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 149) hablando que la Corte decidió que *cannot assume a waiver of three important rights on a silent record*, mencionando que hace falta el registro en los autos, la corte reformó la decisión puesto que el proceso no demostraba *that the defendant voluntarily and understandingly entered his pleas of guilty*.

<sup>1734</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 149)

La Suprema Corte también decidió que el estándar constitucional de la voluntariedad de la confesión incluye la comprensión de los elementos de los delitos y la debida asistencia efectiva del abogado<sup>1735</sup>. En el caso de *Henderson v. Morgan*, la Corte evaluó si es posible considerar el *plea of guilty* voluntario, sin que el acusado comprendiera o conociera los elementos del delito, específicamente, si no comprendiera que el delito presupone el intento de causar un resultado de muerte de la víctima<sup>1736</sup>. El acusado concordó en la audiencia del *plea* en recibir una condena por asesinato en segundo grado, delito que implica llegar a obtener el resultado de muerte. En la audiencia de sentencia el acusado mencionó que no tenía intento de causar ningún mal a la víctima<sup>1737</sup>. A pesar de la inconsistencia en las afirmativas, la Corte de primera instancia aceptó el *plea*. La Suprema Corte revertió la decisión afirmando que no se podría demostrar voluntariedad de confesar el delito. Para la voluntariedad, la Corte decidió que hace falta demostrar que el acusado confesó y renunció a sus derechos para admitir, inteligentemente, haber cometido el delito. Esto implica que el acusado haya recibido información real de la naturaleza de la imputación que tenía en contra. La corte registró que recibir esta información es el primer y más reconocido elemento del debido proceso<sup>1738</sup>.

La Suprema Corte decidió que la voluntariedad del *plea* también incluye la asistencia efectiva del abogado en el caso *Hill v. Lockhart*<sup>1739</sup>. En *Hill*, la Corte decidió que el acusado no demostró perjuicio basado en la actuación de su abogado. Es interesante observar que la Corte evaluó la actuación del abogado en proveer información adecuada al acusado utilizando el *Strickland test*<sup>1740</sup>. Esto requiere identificar si la insuficiencia de la

---

<sup>1735</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 150-51) hablando de los casos *Henderson v. Morgan* y *Hill v. Lockhart*. Una observación es que el acusado puede renunciar a su derecho de abogado en la audiencia del *plea*, desde que sea informado de los peligros de dicha decisión y tenga capacidad de comprenderla. *Id.* (hablando del caso *Iowa v. Tovar*).

<sup>1736</sup> *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976).

<sup>1737</sup> *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 150) hablando detalles del caso, incluso que el acusado fue considerado por la corte con un nivel de inteligencia abajo del promedio.

<sup>1738</sup> En el original “[a]nd clearly the plea could not be voluntary in the sense that it constituted an intelligent admission that he committed the offense unless the defendant received ‘real notice of the true nature of the charge against him, the first and most universally recognized requirement of due process’”. *Henderson* en 654 (mencionando su decisión en el caso *Smith v. O’Grady*, 312 U.S. 329).

<sup>1739</sup> *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52 (1985).

<sup>1740</sup> La prueba está basada en el caso *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984). En la prueba, primero se debe demostrar que el abogado fue deficiente en su actuación, con errores tan graves que no actuó como el abogado de la garantía constitucional. En segundo lugar, el acusado debe demostrar que la performance deficiente del abogado le resultó perjuicio de manera que sus errores fueron tan graves que le quitaran el derecho a un juicio justo con resultado confiable. Para ello, debe ser evaluado si la performance del abogado estuvo debajo de estándares objetivos razonables y si existe posibilidad de que, si no fuera por los errores del abogado, el resultado del proceso habría sido distinto. *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 124-127).

actuación del abogado privó el acusado de la garantía constitucional y si la decisión es direccionada a la evaluación de una garantía del Derecho Penal en la fase de confesión y renuncia de derechos —en la audiencia denominada *plea hearing*—. El procedimiento adoptado fue contrastar la actuación del abogado con el resultado del procedimiento, es decir, evaluar si los errores del abogado fueron determinantes para que el resultado del proceso no ocurriera de manera indeseable<sup>1741</sup>. En otro caso, la Suprema Corte consideró que la actuación del abogado al no informar a su cliente sobre la deportación automática como consecuencia del *plea* fue deficiente y privó el acusado de la información necesaria para la configuración de voluntariedad de la confesión<sup>1742</sup>.

Otro estándar que demuestra los requisitos procesales de los acuerdos en el ámbito del *plea bargaining* en Estados Unidos es la *Rule 11* del *Federal Rule of Criminal Procedure*<sup>1743</sup>. Esta norma reglamenta la audiencia en que los acusados afirman delante de la autoridad judicial su deseo de confesar y renunciar a sus derechos. En términos procedimentales, las preguntas del juez y las respuestas deben quedarse registradas en el *record* —el registro en transcripción del proceso— para permitir posterior control<sup>1744</sup>. El juez tiene que hacer las preguntas personalmente al acusado en audiencia abierta<sup>1745</sup>. Además de explicar los derechos de no confesar, de tener un juzgado con jurados y de ser representado por un abogado, el juez tiene que informar al acusado la naturaleza de la imputación a la cuál confiesa, la existencia de sanción mínima obligatoria, la máxima sanción posible, las renunciaciones al derecho de apelación, el derecho de la Fiscalía de utilizar la información del *plea* en un proceso por falso testigo —*perjury prosecution*— además de otros factores<sup>1746</sup>.

De esta manera, se puede concluir que en Estados Unidos existen garantías procesales también con relación a la voluntariedad del acusado para ponerse de acuerdo con herramientas de justicia negociada. Estas garantías incluyen el derecho al abogado efectivo, así como la información necesaria para comprender las renunciaciones a los derechos, los elementos del delito y las consecuencias relevantes por la imposición de la condena acordada, como la deportación automática. A partir del denominado *record* —el registro de las audiencias y de los actos procesales— será posible evaluar el respeto a las garantías del acusado en el momento que acepta el acuerdo. En estos términos se obtiene un debido proceso en un estándar mínimo de voluntariedad en la confesión y la renuncia a los derechos. En el esquema del Derecho Penal tradicional, esta parcela de evaluación de voluntariedad

---

<sup>1741</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 124-127).

<sup>1742</sup> *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

<sup>1743</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 [EE. UU].

<sup>1744</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 171-72).

<sup>1745</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(b)(1) [EE. UU].

<sup>1746</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 171).

viene en paralelo con la tutela que debe ser garantizada a los inocentes. Además, con el registro en el proceso de los presupuestos fácticos de los hechos y las evidencias fuertes de culpabilidad, se posibilita también para la justicia negociada un estándar mínimo de la construcción de la verdad procesal y punición de los culpables.

## **2.5. Debido proceso y acuerdos de colaboración: ámbitos de discrecionalidad**

Las herramientas de justicia negociada deben exigir un estándar de debido proceso para garantizar el mínimo de presupuestos fácticos del delito y de culpabilidad del que confiesa, además de registrar la voluntariedad consciente de la confesión. Estos elementos no necesariamente ofrecen una respuesta con relación al debido proceso en la colaboración y la eventual discrecionalidad de la Administración en proponer o aceptar la colaboración de los involucrados en hechos ilícitos. Tanto en un sistema de colaboración amplio como un sistema que tenga previsión solamente de colaboración cualificada<sup>1747</sup>, el espacio de la discrecionalidad —o de la oportunidad— de la autoridad para decidir si imputar, desestimar el caso o negociar un acuerdo puede ser determinante para la presencia de un estándar todavía más amplio del debido proceso.

Es interesante observar que la discrecionalidad puede ser clasificada, hipotética y abstracta, teniendo por lo menos tres niveles. En el primero, se puede considerar una autoridad —la Fiscalía, por ejemplo<sup>1748</sup>— con libre discrecionalidad para decidir cuales casos investigar, contra quienes proponer la acción penal, además de decidir ponerse de acuerdo o no. En estos casos, el estándar del debido proceso en la colaboración estará relacionado con la comprobación de los elementos mínimos de veracidad y culpabilidad además de la comprobación de la voluntariedad del acusado en confesar y renunciar a sus derechos<sup>1749</sup>.

En un segundo nivel, este espacio de discrecionalidad puede existir señalado por algún reglamento específico de cómo debe ser utilizada. El reglamento puede, por ejemplo, contener factores a ser evaluados para definir cuales casos investigar, cuales individuos priorizar en los casos e incluso, cuales acuerdos realizar o no. Como ejemplo de ese tipo de discrecionalidad se puede mencionar la actuación de la Fiscalía Federal de Estados Unidos. Los fiscales federales tienen amplia discrecionalidad para

---

<sup>1747</sup> Sobre colaboración amplia y colaboración cualificada, *vid.* apartado específico en el capítulo anterior.

<sup>1748</sup> Se menciona la Fiscalía como ejemplo y no como la regla para todos los casos porque existe la posibilidad de actuación de autoridades que no la Fiscalía, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad administrativa de personas jurídicas de Brasil.

<sup>1749</sup> *Vid.* apartados anteriores sobre los estándares de verdad y voluntariedad en la colaboración.

adoptar esas decisiones de priorizar los casos y no investigarlos<sup>1750</sup> y deben evaluar, por ejemplo, los recursos financieros disponibles para investigar los casos, los intereses de la comunidad y del público en la investigación y persecución penal, los méritos y la cantidad de evidencia de los casos, los antecedentes de los acusados, además de los impactos generales en decidir por imputar o desestimar un caso concreto<sup>1751</sup>. Como parte de la evaluación del mérito y de las evidencias de los casos, los fiscales deben considerar la necesidad de justa causa —*probable cause*— para imputar y la necesidad de probar más allá de la duda razonable para obtener una condena<sup>1752</sup>. En el caso de la Fiscalía Federal, guías como el *U.S. Attorney's Manual*, además de otras guías y manuales, orientan la actuación de la Fiscalía y las prioridades de utilización de los recursos en la implementación de la política penal en Estados Unidos<sup>1753</sup>. A pesar de estas normas y manuales, la Fiscalía Federal estadounidense conserva un gran margen de discrecionalidad en su proceso de toma de decisión<sup>1754</sup>. Además, el incumplimiento de estas reglas y manuales por parte de la Fiscalía no puede ser utilizada como base para contestar las eventuales imputaciones<sup>1755</sup>. En este aspecto, estas reglas no generan derechos a los supuestos acusados o imputados.

En este segundo paradigma de discrecionalidad existen normas para balizar la actuación de la Administración Pública en las decisiones relacionadas a investigar, imputar y ofrecer acuerdo o colaboración. En el caso estadounidense, estas normas no son oponibles como defensa y tampoco tienen métricas precisas o rígidas de cómo deben ser evaluados los factores, por ello, su existencia no altera el debido proceso aplicable a los casos de colaboración. Si estas reglas fueran oponibles como defensa, sería necesario formalizar los presupuestos adoptados por la Fiscalía para ofrecer o denegar la posibilidad de colaboración a los acusados. De esta manera, en este segundo paradigma, si hubiera reglas que limiten la discrecionalidad y pudieran ser utilizadas como argumentos de defensa, habría la necesidad de un incremento de formalidad que permitiera el control de estas decisiones a través de la provocación de los acusados y, en general, de la actuación interna de la propia Administración de la justicia. En este sentido, el debido proceso en la colaboración tendría un contenido mayor. Por otro lado, si estas reglas no generan derechos de defensa, el hecho de que se registre o no los motivos de las decisiones no es relevante para las garantías de los acusados, pero sí lo es para la evaluación de las actividades de los fiscales y

---

<sup>1750</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 32). *Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

<sup>1751</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 32-33).

<sup>1752</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 32-33).

<sup>1753</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 38).

<sup>1754</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 38).

<sup>1755</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 38).

control jerárquico del desempeño de sus atribuciones<sup>1756</sup>. En este caso, el debido proceso en la colaboración tendrá solamente el contenido de veracidad y voluntariedad ya mencionados.

En el tercer nivel de discrecionalidad está un sistema en el cual la actuación de la Fiscalía —o autoridad responsable— es balizada por permisos claros y específicos respecto de sus decisiones de hacer o no acuerdo, de aceptar o no la colaboración. Este estándar de vinculación del contenido de las decisiones administrativas es un estándar presente en el diseño de muchos sistemas jurídicos, en los cuales el legislador intenta quitar al máximo la discrecionalidad de la Administración Pública. Esto demuestra un intento por utilizar al máximo la legalidad como límite, y permitir la oportunidad o la discrecionalidad en las decisiones solamente en los casos que sea necesario, en especial en las decisiones relacionadas a la persecución penal<sup>1757</sup>. En estas situaciones, de vinculación de la decisión administrativa, el investigado —o el administrado en sentido general— tiene un derecho subjetivo de exigir a la Administración Pública que se cumpla la normativa respectiva<sup>1758</sup>. En el caso de la colaboración, por ejemplo, en un sistema que tenga las reglas específicas de las situaciones en las cuales la Administración debe aceptar colaboración y las ventajas que deben ser ofertadas a cambio de ella, a los acusados les sería permitido recurrir a los remedios del Poder Judicial para obtener un acuerdo con las autoridades. Sin embargo, en la práctica, debe ser considerado que la diferencia entre un poder vinculado y un poder discrecional de la Administración no es una situación sencilla (o ni conlleva a una elección binaria), puesto que los actos administrativos tienen, muchas veces, contenidos de vinculación y contenidos de discrecionalidad<sup>1759</sup>. Lo que cambia es la prevalencia, conforme a las reglas específicas, de mayor vinculación o discrecionalidad en la ejecución de determinados actos de la Administración<sup>1760</sup>.

El sistema de Brasil para la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción, previsto en la Ley de la Empresa Limpia<sup>1761</sup>, puede ser

---

<sup>1756</sup> Inclusive en el caso estadounidense, que las reglas otorgan una amplia discrecionalidad a los fiscales, algunas decisiones requieren la evaluación y aprobación jerárquica. *Id.*

<sup>1757</sup> *Vid.* HASSEMER (2001: 70).

<sup>1758</sup> *Vid.* DI PIETRO (2014: 221).

<sup>1759</sup> Sobre el control de la discrecionalidad administrativa, *vid.* BACIGALUPO (1997: 181-192). Es importante considerar que, aunque exista vinculación o discrecionalidad, diversas técnicas legislativas pueden ser utilizadas que permiten, en alguna latitud, la ampliación o la restricción de las posibilidades que tendrá el administrador en decidir en el caso concreto. Por ello es posible considerar que las competencias discrecionales de la administración no lo son puramente, más sí siempre con algún contenido de vinculación en algún de los elementos del acto (por ejemplo, aunque el acto sea discrecional, lo será solamente conforme las competencias previstas en la ley para su práctica).

<sup>1760</sup> DI PIETRO (2014: 222-224) hablando de las situaciones de discrecionalidad y vinculación y las relaciones con la finalidad, los elementos, los sujetos y los objetos de los actos administrativos.

<sup>1761</sup> Ley 12.846/2013.



considerado un ejemplo de este tercer modelo de discrecionalidad. La ley prevé la posibilidad de realizar acuerdos si ocurre una colaboración efectiva que resulte en la identificación de personas involucradas y en la obtención rápida de información y pruebas de los supuestos<sup>1762</sup>. Además de estos elementos de la colaboración, la ley también prevé requisitos obligatorios como la confesión de participación en los hechos y la suspensión de las actividades ilícitas, entre otros<sup>1763</sup>. Este sistema parece determinar la evaluación de las condiciones para aceptar un acuerdo, lo que permite la interpretación de la necesidad de evaluar y motivar las decisiones de no aceptar los acuerdos, por ausencia de alguna de las condiciones o elementos. Si esto es verdad, si la Administración debe realizar acuerdos en el caso de cumplimiento de todas las condiciones y elementos necesarios, se añade un contenido más al debido proceso en la colaboración. De hecho, además de registrar elementos de veracidad y de voluntariedad, deberán quedar registrados como parte del proceso los elementos de la colaboración y los derechos relacionados. Por ejemplo, si la colaboración requiere la colecta de pruebas, deberá existir un proceso (un soporte físico) para que el acusado presente pruebas, o al menos un sistema para registrar y formalizar el intento de entregar pruebas con la cantidad de información que fuera suficiente para identificar la utilidad —al interés público— de la colaboración.

Un diseño adecuado de un sistema de colaboración con contenido de vinculación debería considerar como condiciones y elementos para la colaboración factores de interés público, tanto relacionados con la imposición de responsabilidad a los acusados como relacionados con el ahorro de fondos y tiempo de las investigaciones. En este sentido, el contenido del debido proceso en la colaboración deberá ser incrementado en las etapas necesarias para garantizar el cumplimiento de las condiciones y permitir el control posterior, por parte del Poder Judicial, de la autoridad responsable o por parte de la sociedad. Un diseño como este permitiría la mitigación de algunos de los retos descritos en el sistema de Estados Unidos relacionados al exceso de discrecionalidad de la Fiscalía, por ejemplo, la imposición de condiciones muy elevadas o demasiado blandas, como resultado del acuerdo<sup>1764</sup>. En este sentido, la necesidad de formalizar se incrementará de acuerdo con el desarrollo de la negociación para colaborar. En el sistema de Brasil, por ejemplo, una comisión de servidores públicos es designada para evaluar las pruebas y la información suministrada por la empresa<sup>1765</sup>, tras la formalización del interés de colaborar presentado

---

<sup>1762</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, I y II. *Vid.* Capítulo VI.

<sup>1763</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, § 1.º.

<sup>1764</sup> *Vid.* apartados específicos sobre las críticas al sistema de EE.UU. y apartado sobre la colaboración de personas jurídicas en otros países en el Capítulo II. *Vid.* también MORGENSON & STORY (2011) RICH (2011).

<sup>1765</sup> Art. 4.º de la Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

documentalmente por una persona jurídica<sup>1766</sup>. De esta manera, la reglamentación de acuerdos de colaboración con personas jurídicas en Brasil tiene un grado de formalidad de negociación que permite el registro desde el inicio, cuando se da el interés en colaborar. Así, se estima que sería posible evaluar formalmente la adecuación de las decisiones relativas a la colaboración con los criterios de interés público.

Además del estándar de vinculación o de discrecionalidad de las decisiones relacionadas a los acuerdos como herramientas de justicia negociada, el contenido del debido proceso en los sistemas que permiten la justicia negociada también tendrá reglas específicas conforme al tipo de decisión y la existencia de una instancia de control. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, las decisiones de proponer acuerdos de confesión y renuncia a derechos es de competencia de la Fiscalía (por lo menos en los casos penales). Conforme se ha mencionado, en algunas situaciones existe un control de verdad y voluntariedad en la firma de estos acuerdos delante de la autoridad judicial<sup>1767</sup>. Sin embargo, en otras situaciones no existe el control por parte del órgano judicial. Un ejemplo son los *non-prosecution agreements*, en los cuales la Fiscalía acuerda la colaboración de personas jurídicas, con las condiciones necesarias, sin registro del caso en el Poder Judicial<sup>1768</sup>. Otra situación que puede ocurrir es la heterogeneidad de las autoridades responsables por las decisiones relacionadas con acuerdos, como el caso de Brasil, en que la colaboración con las personas físicas es realizada con la Fiscalía, y la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción, se presenta delante de la autoridad administrativa correspondiente<sup>1769</sup>.

Estos detalles en los diseños institucionales tendrán un impacto mayor o menor en los contenidos del debido proceso, puesto que significarán más o menos derechos y garantías para los acusados/colaboradores, además de mayor o menor grado de control a ser ejercido de las decisiones de aceptar o no la colaboración. En los sistemas con amplia discrecionalidad de la autoridad responsable de la negociación y con un bajo control de esas decisiones —o sin control alguno— las formalidades del debido proceso podrán ser naturalmente menores. En un sistema con reglas más rígidas para las decisiones acerca de la colaboración —mayor contenido de vinculación de los actos— el debido proceso tendrá un estándar más denso, en especial en las etapas iniciales de la negociación, a fin de que se registre

---

<sup>1766</sup> Art. 3.º de la Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

<sup>1767</sup> *Vid.* apartados anteriores. Como ejemplo de requisitos para acuerdo, *vid.* Rule 11 de las reglas federales del proceso criminal. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 [EE. UU].

<sup>1768</sup> *Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 148). *Vid.* también apartados sobre las críticas al sistema de Estados Unidos, en el capítulo anterior.

<sup>1769</sup> *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 55-57) hablando de las competencias para investigar e imputar en las diversas leyes brasileñas. Además, aunque no expreso en la ley, existe interpretación de que la Fiscalía Federal puede realizar acuerdos de colaboración con personas jurídicas. ATHAYDE (2019: 315 y ss.).

la presencia de los elementos de interés público. Si colaborar —confesar y renunciar al juicio— fuera considerado un derecho del acusado, deberá hacerse una formalización de estos elementos iniciales del acuerdo. Es interesante observar que un modelo con más elementos del debido proceso, para identificar el contenido de interés público en la colaboración, parece ser más adecuado en comparación con la concepción tradicional garantista del Derecho Penal. Es decir, cuanto más interés público esté comprobado y formalizado en la adopción de una solución de justicia negociada en el caso concreto, más claro estará —para la sociedad— la relación de esta decisión con la prevención y la represión de delitos<sup>1770</sup>.

### 3. PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de inocencia es considerado un principio fundamental del Estado de Derecho y funciona como un limitador de la actividad estatal en la aplicación de sanciones o restricciones a los derechos de los individuos<sup>1771</sup>. En este aspecto, es una verdadera garantía contra la arbitrariedad, de manera que la imposición de restricción a derechos sólo puede ocurrir si existe una actividad probatoria suficiente de culpabilidad<sup>1772</sup> desarrollada en el ámbito del rito procesal adecuado, del procedimiento previsto en la ley. Por ello el principio de la presunción de inocencia está relacionado con el principio del debido proceso y la aplicación de ambos principios significa el adecuado ajuste de la carga de la prueba de quien hace la alegación<sup>1773</sup>. En estos términos, no se puede garantizar el debido proceso sin que actúe conjuntamente el principio de la presunción de inocencia. Conforme se ha mencionado, el debido proceso funciona como un *sobreprincipio* sobre el cual se ejercen diversas garantías procesales<sup>1774</sup>.

El principio de la presunción de inocencia también está presente en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948<sup>1775</sup>. Conforme a la declaración, mientras no se pruebe la culpabilidad de las personas presuntamente responsables por delitos, a ellas se les debe garantizar la presunción de

---

<sup>1770</sup> Asumiendo que los elementos sistémicos de interés público tienen un diseño adecuado para la prevención y represión de delitos. Si el sistema fue desarrollado de manera distorsionada, para generar ventajas indebidas a delincuentes en determinadas situaciones, la formalización de los elementos de interés público será tan ineficaz cuanto fuera los conceptos de lo que configura interés público que justifique aceptar la negociación de delincuentes con el sistema de justicia.

<sup>1771</sup> *Vid.* DE MORAES (2014: 123).

<sup>1772</sup> DE MORAES (2014: 123).

<sup>1773</sup> NEIRA PENA (2017: 226) y PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2014: 5%).

<sup>1774</sup> *Vid.* apartado sobre el debido proceso. *Vid.* también BULOS (2014: 685-686).

<sup>1775</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas art. 11, 10 de diciembre de 1948, Resolución NN. UU. 217-A III, <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

inocencia<sup>1776</sup>. Es interesante observar que la declaración menciona el respeto a la ley y al juicio público para que se compruebe la culpabilidad, aseguradas las garantías para la defensa. El principio de la presunción de inocencia, además de relacionarse con el debido proceso y la adecuada asignación de la carga de la prueba, debe funcionar juntamente con las demás garantías de defensa. En este sentido, el principio se desarrolla con tres contenidos para el Derecho Penal. En primer lugar, la presunción de la no culpabilidad hace que la carga de la prueba esté asignada a quien acusa, conforme se ha mencionado<sup>1777</sup>. Este contenido tiene especial interés en los momentos del proceso relacionados con la colecta de prueba y obtención de información. Es interesante que se observe que, en los momentos de la investigación y la colecta de pruebas, aunque prevalezca la presunción de inocencia, la regla que conduce el proceso es el de *in dubio pro societate*, lo que es compatible con el principio de inocencia<sup>1778</sup>. En segundo lugar, en el análisis de la prueba, la presunción de inocencia hace que la duda genere resolución en favor del investigado o imputado<sup>1779</sup>. La presunción de inocencia tiene una especial actuación en el momento de la toma de decisión o de adjudicación. En este momento, aunque existan pruebas de culpabilidad, si de la evaluación integral del contenido probatorio del proceso resulta duda, la presunción de inocencia implica en la decisión que favorezca al acusado. En esta etapa procesal se utilizaría la regla de *in dubio pro reo*. En tercer lugar, mientras investigan o procesan los delitos, la presunción de inocencia hace que el tratamiento dado al investigado o imputado sea favorable, de manera que medidas cautelares y que restrinjan derechos de los acusados deben ser adoptadas con cautela y solamente en la comprobada necesidad<sup>1780</sup>.

Por estas cuestiones, muchas veces el principio de la inocencia es denominado principio de la no culpabilidad<sup>1781</sup>. La diferencia entre nomenclatura está íntimamente relacionada con la regla de *in dubio pro societate*, que implica que en los momentos de obtención de pruebas y de adopción de medidas cautelares —como la medida de prisión preventiva— los acusados o imputados pueden sufrir restricciones a sus derechos y libertades —antes de demostrar definitivamente su culpabilidad—. La ley y el Estado de Derecho no garantizan un “estado de inocencia” al acusado o al imputado, pero le aseguran un estado de no culpabilidad, de manera que las medidas cautelares, tanto las que buscan garantizar la obtención de pruebas como las que intentan garantizar la ejecución de eventuales futuras

---

<sup>1776</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, art. 11(1), *supra*.

<sup>1777</sup> *Vid.* CAPEZ (2012: 83). *Vid.* también NEIRA PENA (2017: 226).

<sup>1778</sup> CAPEZ (2012: 143).

<sup>1779</sup> CAPEZ (2012: 83).

<sup>1780</sup> CAPEZ (2012: 83).

<sup>1781</sup> MENDES & BRANCO (2012: 545-547).

condenas, no serían compatibles con el estado de inocencia<sup>1782</sup>. Esta concepción de no culpabilidad —o de inocencia— tiene interés también en los casos de delitos relacionados a soborno y corrupción. De hecho, el interés público detrás de la preservación de los principios administrativos, de los fondos públicos y de los intereses de la sociedad relacionados a la Administración Pública justifican que una eventual sospecha de irregularidades sea investigada. En este aspecto, un individuo —o grupo de individuos— no pueden alegar su presunción de inocencia para evitar la investigación de la Administración Pública: el interés de descubrir la verdad sobre las conductas justifica que se continúe con la marcha procesal. El desarrollo del principio de legalidad y del debido proceso, en esta situación, garantizan que delante de una sospecha fundada en la irregularidad, ocurran investigaciones; delante de la justa causa necesaria, ocurra la imputación criminal y el desarrollo del proceso en el intento por obtener prueba de culpabilidad que genere responsabilidad. En todos estos momentos la actividad de la Administración y del Poder Judicial está orientada por la regla de *in dubio pro societate*, considerando que existan los elementos necesarios de justa causa para generar esa *duda* a ser esclarecida por la actividad investigativa de la Administración Pública<sup>1783</sup>.

No obstante, la simple distinción de nomenclatura no es más importante que el contenido asignado al principio. Es relevante observar que el uso de la nomenclatura “presunción de inocencia” no implica la total imposibilidad de investigar, de hacer pruebas o de imponer límites a los derechos de los acusados o imputados. El principio de la presunción de inocencia, conforme se ha mencionado, es tradicionalmente aplicado en la marcha procesal —y pre-procesal— a partir de las reglas de *in dubio pro societate* e *in dubio pro reo*. El principio implica tradicionalmente que, mientras exista justa causa, el Estado debe continuar con el intento de construir la verdad en el proceso. Es decir, desde que se presenten los elementos necesarios de una justa causa para investigar e imputar, las autoridades competentes deben obtener y autorizar la obtención de pruebas en el rito procesal, aunque existan dudas acerca de la materialidad o de la ilicitud de los hechos.

Esta regla de *in dubio pro societate* se basa en el interés público que justifica la búsqueda de la verdad y la consecuente responsabilidad de los culpables. Si no fuera así, solamente serían condenados los delincuentes sobre los cuales —desde el principio— no hubiera ninguna duda respecto de su culpabilidad, sirviendo el proceso solamente para *replicar* las pruebas anteriormente recogidas. El debido proceso en este aspecto se traduce en la

---

<sup>1782</sup> MENDES & BRANCO (2012: 545-547).

<sup>1783</sup> Sobre el tema, ver, por ejemplo, CAPEZ (2012: 205 y 312) hablando de momentos procesales en los cuales el juez y las autoridades policial y de la Fiscalía deben actuar con base en elementos de cognición todavía sumarios.

marcha adecuada para que se colecten las pruebas necesarias para la construcción de la verdad procesal. Adicional a la presunción de inocencia, para que ocurra responsabilidad, estas pruebas necesarias deben demostrar culpa (o culpabilidad). El debido proceso en este caso sirve también como una garantía a la sociedad de que el Estado intentará, por todos los medios y siempre resguardando los derechos de los acusados, obtener las pruebas necesarias que demuestren culpabilidad. Así se preserva la mencionada finalidad tradicional del Derecho Penal, de imponer responsabilidad a los culpables tutelando los derechos de los inocentes<sup>1784</sup>.

Sin embargo, cumplida la marcha procesal, realizados los actos probatorios justificables con base en la justa causa presente en el inicio de la imputación criminal, empieza a funcionar el principio del *in dubio pro reo* —también fundamentado en el principio de la presunción de inocencia—. Hasta este momento, la duda permitía a las autoridades continuar con la marcha procesal con el propósito de obtener, al máximo, la certeza dentro del proceso. El interés público permitía el ejercicio de actividades de obtención de pruebas como un intento para demostrar culpabilidad por los delitos en la presencia de duda. Vencida la marcha procesal y permanecida la duda, el principio de la presunción de inocencia implica en la decisión favorable a los investigados o imputados, en concreto, si al final del proceso penal el conjunto probatorio no demuestra la inocencia del acusado, pero tampoco es suficiente para probar su culpabilidad en el estándar necesario. Esta regla también será aplicable para el caso de insuficiencia de la justa causa para la próxima etapa procesal, por ejemplo, si la investigación policial termina sin relevantes evidencias a justificar la imputación por delitos, la duda también deberá generar decisión favorable a los acusados. Estas consideraciones sobre la aplicabilidad del principio de la presunción de la inocencia en el Derecho Penal tendrán relevancia también para el Derecho Administrativo sancionador. En especial, cuando este Derecho sancionador sea utilizado para imponer responsabilidad por hechos descritos también como delitos. Conforme se ha mencionado, la simple decisión legislativa de adoptar responsabilidad administrativa para imponer sanciones por delitos, con naturaleza de sanción, no justifican la reducción de las garantías procesales aseguradas a las personas físicas o jurídicas<sup>1785</sup>.

Por último, el principio de la presunción de inocencia, como un principio estructurante del proceso, también se relaciona con la amplia defensa para actuar y asegurar el derecho al silencio y a la no

---

<sup>1784</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

<sup>1785</sup> PÉREZ GIL (2017: 41). *Vid.* también apartado sobre las diferencias entre responsabilidad criminal y responsabilidad administrativa, en especial en los casos que el Derecho Administrativo sancionador es empleado para obtener las mismas finalidades del derecho criminal de prevención y represión de conductas delictivas.

autoincriminación<sup>1786</sup>. La garantía de la no autoincriminación es fundamental para que alguien sea considerado sujeto de derechos procesales de defensa<sup>1787</sup>. La presunción de inocencia —o de la no culpabilidad— asigna la carga de la prueba a la acusación, de manera que el acusado del supuesto delito tiene como prerrogativa no proveer ninguna información o prueba que pueda generar su condena o demostrar su responsabilidad —la no autoincriminación—. La garantía de la no autoincriminación implica, inclusive, que a los acusados se les garantiza el derecho a permanecer en silencio, a no declararse culpables, a no responder a preguntas ni presentar información o cumplir requerimientos para presentar pruebas<sup>1788</sup>, como regla general. En este aspecto, se asigna a los acusados la validez de una defensa que implica, no presentar respuesta y no contestar, y sí argüir de la acusación que produzca pruebas de los elementos del delito, incluso de culpabilidad. El proceso legal no puede ser considerado *debido proceso* sin el contenido de la presunción de inocencia, puesto que será, en realidad, un simulacro de proceso, o un simple *expediente*<sup>1789</sup>. En el Estado de Derecho, dadas esas garantías procesales, el silencio del acusado o su recusa a prestar esclarecimientos no puede ser considerado elemento de prueba de su culpabilidad<sup>1790</sup>.

En algunos sistemas jurídico, como el de Brasil, es posible que al acusado mienta delante de la autoridad judicial, puesto que, aunque no exista regla expresa sobre la posibilidad de su mentira, tampoco existe posibilidad de responsabilizarlo<sup>1791</sup>. Muchos otros desafíos existen en otros sistemas jurídicos relacionadas a la garantía a la no autoincriminación, por ejemplo, en Estados Unidos, la garantía está prevista en la quinta enmienda de la Constitución estadounidense, y fue desarrollada a partir de diversas decisiones judiciales<sup>1792</sup>. En algunas situaciones específicas, incluye la protección contra la obligación de entregar pruebas, pero no para todos los casos<sup>1793</sup>. Además, en el caso de recusa para entregar información, la Fiscalía puede obtener —tanto en la fase de investigación como en la fase procesal— una orden de inmunidad<sup>1794</sup>. En el caso de la jurisdicción federal, esa orden hace que el acusado sea obligado a prestar esclarecimientos y proveer información en su audiencia. Sin embargo, la inmunidad le

---

<sup>1786</sup> NEIRA PENA (2017: 226 y 235-236).

<sup>1787</sup> NEIRA PENA (2017: 236).

<sup>1788</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1789</sup> NEIRA PENA (2017: 264).

<sup>1790</sup> CAPEZ (2012: 428) hablando del artículo 186 del Código de Proceso Penal de Brasil.

<sup>1791</sup> CAPEZ (2012: 428) hablando sobre la posibilidad en Brasil de responsabilizar el acusado solamente por mentir sobre su identificación, pero no sobre las demás cuestiones del proceso o de prueba.

<sup>1792</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 611).

<sup>1793</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 615-616) hablando, por ejemplo, del testigo que tiene la obligatoriedad de entregar pruebas contra otros.

<sup>1794</sup> STRADER (2011: 371).

garantiza que las respuestas a las preguntas o la información suministrada directamente no podrán ser utilizadas contra él en el procedimiento ni en imputación posterior<sup>1795</sup>. Esta inmunidad no es necesariamente la misma que puede ser ofrecida a cambio de la colaboración con las investigaciones —la *transactional immunity*—, es simplemente una orden judicial que garantiza que la información proporcionada por el acusado no será utilizada contra sí mismo, el denominado *grant of use or derivative use immunity*<sup>1796</sup>. En este caso, la inmunidad es más restricta que la *transactional immunity* y no garantiza la no utilización de otras pruebas o elementos obtenidos por las autoridades sin ninguna relación con la audiencia del acusado. Además, se traduce en una obligación de entregar información, bajo responsabilidad criminal por incumplimiento de orden judicial. Esta obligatoriedad de entregar información a partir de la concesión de inmunidad tiene origen en el derecho de Inglaterra y fue considerada constitucional por la Suprema Corte en 1896<sup>1797</sup>.

### 3.1. Presunción de inocencia y personas jurídicas

No parece haber uniformidad entre los sistemas jurídicos sobre la aplicación de las garantías relacionadas al principio de la presunción de inocencia, aunque parezca uniforme la concepción de que el principio es aplicable a las personas jurídicas. En los sistemas europeos, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH considera el principio aplicable a las personas jurídicas, aunque su desarrollo esté originalmente relacionado con la idea de garantizar a las personas físicas el derecho a la libertad<sup>1798</sup>. Así funciona en España, donde el derecho a la presunción de inocencia está garantizado a las personas jurídicas, en especial considerando su responsabilidad penal. De hecho, los derechos garantizados a las personas físicas en un proceso no deben ser esencialmente diferentes de los derechos garantizados en el mismo proceso a las personas jurídicas, asegurada la debida modulación necesaria dada la propia naturaleza de estas últimas<sup>1799</sup>.

También en el caso de Brasil la presunción de inocencia es garantizado a las personas jurídicas como uno de los contenidos del debido proceso<sup>1800</sup>. Esto conlleva a la adecuada asignación de la carga de la prueba a quien acusa a las personas jurídicas de los hechos indebidos. Es interesante observar que en el sistema brasileño existe la posibilidad de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por hechos considerados delitos, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por *improbidad*

---

<sup>1795</sup> STRADER (2011: 371-372).

<sup>1796</sup> STRADER (2011: 371-372).

<sup>1797</sup> *Vid.* PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 631).

<sup>1798</sup> PÉREZ GIL (2017: 41).

<sup>1799</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 126).

<sup>1800</sup> DE ARAÚJO (2017: 249).



administrativa<sup>1801</sup> y de la Ley de la Empresa Limpia<sup>1802</sup>. En este sentido, las leyes son ejemplos de utilización especial del Derecho Administrativo sancionador como herramienta para generar prevención y represión de conductas consideradas delitos, de manera que no se podría imaginar un sistema de responsabilidad sin proveer garantías procesales que usualmente son típicas del proceso penal. Los derechos de defensa procesales son reconocidos por los tribunales brasileños, incluso en los procesos administrativos de responsabilidad, existiendo reconocimiento expreso de garantías como la del *in dubio pro reo* a las personas jurídicas en procesos administrativos<sup>1803</sup>.

En sentido distinto, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió que la garantía a la no autoincriminación de la quinta enmienda constitucional no es aplicable a las personas jurídicas<sup>1804</sup>. Esta es la conclusión en el caso *Hale v. Henkel*<sup>1805</sup> en el cual la Corte decidió que esa garantía es aplicable a personas naturales y no a empresas<sup>1806</sup>. La decisión tiene como base el argumento de que la quinta enmienda fue desarrollada para proteger los derechos únicamente de individuos, en especial y en lo que se refiere para prevenir la utilización de métodos deshumanos de compulsión, para garantizar el respeto por la inviolabilidad de la personalidad humana y preservar el derecho de cada individuo a tener su estancia privada en la cual puede desarrollar su vida<sup>1807</sup>. La Suprema Corte también consideró el poder del Estado de regulamentar las empresas, mencionando que las personas jurídicas son creaturas del Estado, y que, fueron creadas a partir de la actividad estatal, ejercen sus actividades bajo reserva para auxiliar la Administración y evaluar un eventual desvío o exceso en el uso de los poderes que les fueron asignados por el propio estado<sup>1808</sup>. Los individuos, de otra manera, no tienen ni el deber de comunicar sus intereses al Estado ni el de abrir “sus puertas” a las investigaciones en las cuales pueda ocurrir, al final, su incriminación<sup>1809</sup>. En resumen, como las personas jurídicas son creadas a partir de la ley, son sujetas a las exigencias de la ley,

---

<sup>1801</sup> En el caso de la ley de *improbidad* administrativa, la amplitud de descripción de las conductas indebidas incluye conductas consideradas delitos como, por ejemplo, el pago de soborno, el tráfico de influencia, entre otros. Ley 8.429/1992, art. 9.

<sup>1802</sup> Ley 12.846/2013.

<sup>1803</sup> El Superior Tribunal de Justicia, la más alta corte de apelación para cuestiones de evaluación de legalidad de los actos de altas autoridades del gobierno tiene decisiones reconociendo expresamente el derecho a presunción de inocencia a personas jurídicas en proceso administrativo. *Vid.* STJ, RMS no 24.584/SP, DJ 08.03.2010 Quinta Turma, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho.

<sup>1804</sup> *Vid.* PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 658).

<sup>1805</sup> *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

<sup>1806</sup> *Vid.* NEIRA PENA (2014: 200) hablando del caso *Hale v. Henkel* y *Braswell v. United States*, en el cual se explica que la quinta emenda no es aplicable a entidades colectivas.

<sup>1807</sup> *Vid.* PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 658).

<sup>1808</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 658) hablando del caso *Hale*.

<sup>1809</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 658).

independientemente de los derechos constitucionales garantizados a las personas físicas<sup>1810</sup>.

Sin embargo, la Suprema Corte consideró que las personas jurídicas pueden defenderse a partir del derecho de la cuarta enmienda constitucional contra el secuestro de documentos corporativos, en caso de secuestro desproporcional o innecesario de documentos o información<sup>1811</sup>. También consideró que los propietarios exclusivos de empresas pueden alegar a la quinta enmienda para no proveer documentos e información acerca de la empresa<sup>1812</sup>. Esta protección no se amplía a las personas que actúan en nombre de las empresas y que por ello son detentoras de sus documentos. Estos están obligados a proveer los documentos e información solicitados, sin la posibilidad de alegar la protección de la quinta enmienda<sup>1813</sup>. La Corte, en algunos casos, consideró que los detentores de información empresarial tenían la obligación de proveerla a la Administración, incluso cuando esto pueda conllevar a la incriminación del propio individuo<sup>1814</sup>.

La Corte estadounidense apuntó dos factores para determinar la asignación de garantías constitucionales a las personas jurídicas. El primero, hace falta identificar si la no asignación de las garantías generará la posibilidad de abuso de autoridad o de ejercicio de poder por parte del gobierno. El segundo, hace falta identificar si el ejercicio de estas garantías por parte de las personas jurídicas impide a la Administración implementar la ley de manera efectiva<sup>1815</sup>. Así, se observa que la presunción de inocencia aplicable a personas jurídicas tiene una amplitud más restricta comparado con las personas físicas. Estos argumentos están fundamentados en el hecho de que las garantías fueran desarrolladas para personas físicas y de que, en diversas situaciones, la propia naturaleza de las personas jurídicas requiere una modulación de las garantías procesales. La carga de la prueba, sin embargo, permanece con la acusación incluso en los casos de imputación criminal de personas jurídicas. De esta manera, el estándar que obliga a la Fiscalía a probar más allá de la duda razonable preserva el contenido del principio de la inocencia aplicable en un Estado de Derecho.

Otro aspecto relacionado con la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminación es la existencia de obligatoriedad de suministrar documentos. Para decidir si existe la obligatoriedad, la jurisprudencia estadounidense menciona la necesidad de evaluar dos factores. El primero, si los documentos y la información son de resguardo obligatorio en virtud de los reglamentos —*regulatory*— y no necesariamente en virtud de

---

<sup>1810</sup> STRADER (2011: 368-369).

<sup>1811</sup> NEIRA PENA (2014: 200).

<sup>1812</sup> STRADER (2011: 369).

<sup>1813</sup> STRADER (2011: 369).

<sup>1814</sup> STRADER (2011: 369).

<sup>1815</sup> NEIRA PENA (2014: 200).

obligaciones de la ley penal. El segundo, si el resguardo de los documentos y de la información es razonablemente compatible con la finalidad de la reglamentación<sup>1816</sup>. Confirmados los dos factores, los individuos no pueden alegar el derecho a la no autoincriminación para recusarse en proveer los documentos o la información<sup>1817</sup>. Aunque a las personas jurídicas no les sea extensible el derecho a la no autoincriminación de la quinta enmienda en Estados Unidos, conforme se ha mencionado, estas decisiones demuestran un estándar de limitación a la obligatoriedad de suministrar los documentos. De hecho, la obligación existe solamente en los casos de documentos de resguardo y confección obligatorios (lo que persiste, aunque resulte en demostrar la práctica de delito).

Esto ejemplifica que el estándar de asignación de la presunción de inocencia a personas jurídicas es distinto entre los sistemas jurídicos. Como resultado, en algunos países —como en España— la investigación y el proceso penal podrá ser más difícil y costoso para las autoridades, dado un nivel de protección más amplio<sup>1818</sup>. En otros países, como Estados Unidos, parece posible imputar responsabilidad a las personas jurídicas de manera más fácil. No obstante, aunque no se asigne la garantía contra la no autoincriminación de la quinta enmienda constitucional, otros derechos procesales y otras garantías, como la de protección contra secuestro abusivo de documentos e información, pueden ser utilizados para proteger a las personas jurídicas en la imputación criminal<sup>1819</sup>.

### **3.2. Presunción de inocencia y acuerdos de colaboración**

El principio de la presunción de inocencia, también denominado por algunos como de la presunción de la no culpabilidad<sup>1820</sup>, tiene su amplitud especialmente desarrollada en relación con las finalidades tradicionales del Derecho Penal, funcionando como un limitador a la actividad estatal de imponer responsabilidad a los culpables y, al mismo tiempo, tutelar a los inocentes<sup>1821</sup>. Debido a su importancia, el principio también es una relevante fuente para el control del desarrollo de las herramientas de justicia negociada.

En el esquema del Estado de Derecho, para que el Estado promueva la prevención y la represión de las conductas indeseables, a través de la imposición de límites de derechos de libertad —y propiedad—, es necesario utilizar un debido proceso. Este proceso es el soporte material para la imposición de la responsabilidad a los culpables, a través de la concretización de la verdad procesal, pero también funciona como el

---

<sup>1816</sup> *Vid.* STRADER (2011: 368).

<sup>1817</sup> STRADER (2011: 368).

<sup>1818</sup> NEIRA PENA (2014: 205).

<sup>1819</sup> NEIRA PENA (2014: 205).

<sup>1820</sup> *Vid.* MENDES & BRANCO (2012: 545-547).

<sup>1821</sup> Sobre las finalidades tradicionales del derecho criminal, *vid.* FERRAJOLI (2002: 483).

soporte para el desarrollo de las garantías que tutelan a los inocentes<sup>1822</sup>. En la esencia de estas garantías está la presunción de inocencia, que impone a los acusados ante la marcha procesal —o mismo la marcha investigativa— una situación privilegiada en relación con la Administración Pública: a esta última es asignada la carga de la prueba. La situación de inocencia —o situación de no culpabilidad— significa la verdadera imposibilidad de que el Estado promueva la responsabilidad sin antes intentar obtener todas las pruebas mientras se garantiza el ejercicio de todos los derechos de defensa. En realidad, la situación de no culpabilidad implica, incluso, que al final de una investigación penal no se pueda hacer la imputación de los investigados sin el necesario soporte de elementos de justa causa. En este aspecto, la presunción de inocencia pone a la Administración y al Estado, como responsables de la promoción de la justicia penal, todo el peso de la prueba y de las formalidades de la ley y del proceso.

Es importante considerar que en el principio de la presunción de inocencia y sus garantías se encuentra el potencial que las herramientas de justicia negociada presentan, para conllevar a la obtención de pruebas de manera rápida. De un lado están las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, con su rol para hacer imputaciones, decidir acerca de la obtención de pruebas y del ejercicio de garantías a los acusados. Una vez demostrada la materialidad y la culpabilidad en el estándar aplicable, estas autoridades pueden adoptar las medidas necesarias para la búsqueda de la responsabilidad de los culpables<sup>1823</sup>. Por otro lado, están los supuestos delincuentes, que además de su estatus de investigados, imputados o acusados, son titulares de derechos y garantías procesales como tutela de su presunción de inocencia. La situación de no culpabilidad es lo que separa el interés abstracto del Estado de responsabilizar y la implementación de la responsabilidad en el caso concreto. Vencer la situación de no culpabilidad implica, en el modelo del proceso penal tradicional, toda la marcha procesal con todas las garantías asignadas a los investigados e imputados. La justicia negociada, como herramienta, puede actuar exactamente en este punto, sacando esta distancia entre el interés de punir y la conclusión de la vía necesaria para ello.

La presunción de inocencia asigna a los supuestos responsables por los delitos varias consecuencias jurídicas, algunas verdaderas protecciones procesales, que incluso son expresamente constitucionalizadas en diversos

---

<sup>1822</sup> *Vid.* apartados anteriores sobre el debido proceso para más información sobre el contenido de verdad del proceso y su función de soporte material para el desarrollo de las otras garantías y derechos procesales.

<sup>1823</sup> En este sentido, por ejemplo, para cada medida adoptada por las autoridades será necesario cumplir un estándar mínimo. Por ejemplo, para investigar, generalmente será necesario un estándar de noticia de delito. Para imputar por delitos, generalmente será necesario un estándar de justa causa para la persecución penal. Además, para generar una condena, será necesario un estándar todavía más alto de prueba de materialidad y autoría.

sistemas jurídicos<sup>1824</sup>. Los contenidos principales que se pueden mencionar como resultado de la presunción de inocencia son el derecho al silencio, el derecho a la no autoincriminación y la asignación de la carga de la prueba a la acusación<sup>1825</sup>. Estos tres contenidos tienen relación con la justicia negociada. A través de ellos los supuestos delincuentes —antes del ejercicio probatorio del proceso— tienen el derecho de aguardar a que la Administración actúe y desarrolle la investigación y la colecta de pruebas si lo que se intenta es obtener una condena.

Para pasar a la marcha procesal basta al real delincuente —todavía en su situación de no culpable— entregar las pruebas necesarias para demostrar su culpabilidad, o proveer la información para que las autoridades obtengan estos elementos con facilidad. En esencia, el real culpable, detentor de todo el conocimiento acerca de sus hechos, es quien tiene a su disposición todo lo necesario para que la tarea del Estado de imponerle responsabilidad sea simplificada —o, incluso, omitida—. La justicia negociada idealmente actúa en este aspecto del estado de no culpabilidad, ofertando al real delincuente<sup>1826</sup> incentivos para renunciar a su estatus y colaborar con la actividad para imponer responsabilidad —o al menos ofertando al presunto delincuente un discurso de la importancia de su colaboración con la realización de la justicia<sup>1827</sup>—. De esta manera, lo que las herramientas de justicia negociada requieren muchas veces de los investigados, acusados e imputados es no mantener el silencio, entregar información que incrimine a sí mismos y, además, entregar pruebas contra sí mismos —o al menos auxiliar al máximo en ello—.

Esta renuncia al estado de no culpabilidad podrá ser más amplia o no, conforme el sistema jurídico y la herramienta de justicia negociada empleada y conforme a las ventajas para las partes. Como ventajas para la Administración y el Poder Judicial se puede mencionar el ahorro de tiempo y de costos de la investigación y persecución criminal, además de la seguridad de obtener una condena<sup>1828</sup>. La justicia negociada también

---

<sup>1824</sup> El derecho es constitucionalizado, por ejemplo, en el caso de Brasil y en el caso de Estados Unidos. Sobre Brasil, *vid.* MENDES & BRANCO (2012: 545). En el caso de Estados Unidos, *vid.* STRADER (2011: 367) hablando del derecho de la no autoincriminación previsto en la quinta emenda a la constitución.

<sup>1825</sup> NEIRA PENA (2017: 226).

<sup>1826</sup> Aquí se menciona real delincuente de manera abstracta, puesto que hay muchas críticas, al menos en el caso de Estados Unidos, sobre los incentivos e influencia que las herramientas de justicia negociada tienen sobre personas inocentes, a punto de generar falsas confesiones. *Vid.* apartado sobre las críticas en el sistema de Estados Unidos, en el capítulo anterior, relativo a la confesión de inocentes.

<sup>1827</sup> Es el caso, por ejemplo, de los *guilty pleas* sin oferta de mitigación de pena que puede ocurrir en Estados Unidos. Sin embargo, aún en esos casos, el acusado evita los costes sociales y económicos del proceso y, conforme a los guías de sentencia, la autoridad judicial puede mitigar la responsabilidad en virtud de la colaboración. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139-141).

<sup>1828</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

posibilita que se evite audiencia de testigos, en especial de las víctimas, un procedimiento muchas veces considerado duro y lento<sup>1829</sup>. También posibilita la concentración de los recursos de investigación en menos casos, para auxiliar en la optimización de la actuación de la Policía, de la Fiscalía y la reducción de los tramites procesales para la sentencia. Otra ventaja de las herramientas es la posibilidad de una condena sin que se judicialice un error en la colecta de pruebas realizada por la autoridad, incluso policial<sup>1830</sup>.

Para el investigado, estas herramientas posibilitan el ahorro de tiempo y recursos en abogados y defensa, además de reducir la exposición de los acusados al proceso y a la imagen negativa de la imputación<sup>1831</sup>. Generan también un mayor control sobre el resultado de la condena, puesto que el origen será a partir de una negociación<sup>1832</sup>. Estas ventajas de la justicia negociada pueden ser consideradas ventajas procesales, puesto que representan ahorro con el proceso y con los múltiples costes del proceso.

Otro tipo de ventajas también pueden ser extraídas de la colaboración de los acusados con el sistema judicial, que implican el incremento de la amplitud de las investigaciones, del proceso o de la imposición de responsabilidad. Son ventajas no meramente procesales, que tienen un contenido de materialidad, con relación a la autoridad pública y al sistema judicial, que puede ser objetiva, relacionada con los hechos delictuosos, puede ser subjetiva, relacionada con los involucrados en los delitos o puede estar relacionada con la imposición y cumplimiento de la sanción o penalidad, por ejemplo, la prisión voluntaria del acusado ausente o el pago voluntario de multas y resarcimiento de daños. Con relación a los acusados esta materialidad estará relacionada con la eventual mitigación de pena y de imposición de sanciones. En realidad, algunas herramientas de justicia negociada pueden generar exención de responsabilidad, mientras otras generan la reducción de imputación o la reducción del *quantum* de sanción impuesta.

Conforme a la herramienta de justicia negociada y las ventajas posibles, la confesión y la renuncia a los derechos procesales, es decir, la renuncia al estado de la no culpabilidad será más amplio o menos amplio. Por ejemplo, en el caso de los *guilty pleas* de Estados Unidos, en los cuales los acusados hacen un acto de confesión mixto y una renuncia a derechos o de los *plea bargaining*, en que existe una negociación con la Fiscalía para confesión y renuncia a cambio de mitigación de penalidad<sup>1833</sup>, las ventajas serán usualmente ventajas procesales —ahorro de utilización de costes y recursos y adjudicación más rápida del caso—. Sin embargo, si el *plea bargaining* incluye colaboración con otros procesos o con las investigaciones, la

---

<sup>1829</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1830</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1831</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1832</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141).

<sup>1833</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161) hablando del caso *Boyking v. Alamaba*.

Administración Pública también podrá obtener con el caso ventajas materiales, desde ampliar el conocimiento de los hechos hasta obtener información respecto de otras personas involucradas en los delitos. Incluso esa parecería ser la esencia del uso de los *deferred prosecution agreements* con personas jurídicas en Estados Unidos<sup>1834</sup>. En estos casos, las personas jurídicas firman un acuerdo de colaboración a cambio de no sufrir imputación criminal bajo la condición de proveer pruebas e información sobre los hechos indebidos, tanto sobre la extensión como sobre la identidad de los individuos involucrados, entre otras obligaciones que pueden asumir<sup>1835</sup>.

En todos estos ejemplos de herramientas de justicia negociada, los acusados se ponen de acuerdo en renunciar a su estado de culpabilidad. Esta renuncia puede ser más amplia, como en el caso del *guilty plea*, o puede ser sobre aspectos específicos de prueba o del hecho, por ejemplo, en el caso de una persona jurídica que firma un DPA para colaborar y resarcir por los daños e implementar programas de cumplimiento. En estos términos, los acuerdos de colaboración —como herramientas de justicia negociada— producen una mitigación de las garantías del principio de presunción de inocencia a través de la renuncia de derechos a cambio de ventajas.

Otro ejemplo de acuerdo, que puede ser mencionado es el de Brasil con la Ley de la Empresa Limpia<sup>1836</sup>, acuerdo que puede ser firmado solamente con personas jurídicas —no con individuos— y requiere efectiva colaboración en la presentación de información y pruebas sobre los hechos ilícitos y sobre los individuos en ellos involucrados<sup>1837</sup>. En este caso, la ley brasileña no permite la colaboración para obtener resultados simplemente procesales, como el ahorro de tiempo y costes para obtener la condena. El sistema brasileño exige de la persona jurídica interesada en firmar el acuerdo que presente ventajas materiales a la Administración Pública, a saber, la información necesaria para la continuidad de la investigación con relación a las personas físicas involucradas en los hechos<sup>1838</sup>. El foco principal de la mencionada ley es la responsabilidad por supuestos de corrupción, de manera que la información y documentos de la propia empresa acerca de los ilícitos y de los beneficiarios puede ser muy útil para la Administración en el ahorro de tiempo con las investigaciones y con la obtención de pruebas. No obstante, esta colaboración no es meramente procesal, puesto que implicará el incremento objetivo y, quizá, subjetivo de las investigaciones. En contrapartida por su colaboración, a la persona

---

<sup>1834</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 148).

<sup>1835</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 148). Para más sobre el tema, *vid.* también apartado sobre el sistema de Estados Unidos en el capítulo anterior.

<sup>1836</sup> El acuerdo de lenidad previsto en el artículo 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>1837</sup> ATHAYDE (2019: 275-279).

<sup>1838</sup> ATHAYDE (2019: 294-96) hablando de los beneficios para las investigaciones.

jurídica se le ofrece la mitigación de multa y eventual exención de otras sanciones<sup>1839</sup>.

De este modo, las herramientas de justicia negociada son verdaderos incentivos a la renuncia de derechos, en especial el del principio de la inocencia a ser desarrollado y basado en el debido proceso. Conforme la opción legislativa de cada país, estas herramientas podrán generar ventajas procesales o también ventajas materiales, como la ampliación de las investigaciones de los supuestos.

El principio de la presunción de inocencia funciona como limitador de la capacidad de la Administración Pública para imponer responsabilidad. Con relación, específicamente a acuerdos —sean para mera confesión o sean los que incluyen colaboración amplia de las investigaciones— el principio también funciona como límite en toda la etapa de negociación, puesto que a los investigados o imputados se les garantiza la oportunidad de no renunciar a sus derechos, de no confesar y de no entregar pruebas de autoincriminación. Después de haber firmado el acuerdo, la efectiva renuncia a los derechos hace que los acusados o imputados tengan los deberes de cooperar conforme a los términos acordados. De esta manera, diversos ordenamientos jurídicos tienen normas para obligar a la colaboración, como imposición de sanciones en caso de incumplimiento de los deberes de colaboración o incluso el retorno de la imputación inicial con la posibilidad de utilización —al menos parcial— de las evidencias y pruebas producidas en el acuerdo. Por ejemplo, en Estados Unidos los acuerdos de *plea bargaining* pueden ser ejecutados bajo las reglas de interpretación del derecho contractual<sup>1840</sup>. También en Estados Unidos, la Suprema Corte decidió que el incumplimiento con la no colaboración total en las investigaciones y juicios relacionados posibilita a la Fiscalía rehacer la imputación penal sobre la cual hubo acuerdo de *plea bargaining*<sup>1841</sup>.

### **3.3. Presunción de inocencia y programas de cumplimiento**

Las normas y leyes sobre programas de cumplimiento y responsabilidad de las personas jurídicas están relacionadas también con relevantes problemas de afectación del principio de la presunción de inocencia o, cuando menos, con el derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas, en los supuestos en los cuales se impone a las empresas el auto reporte como medida necesaria para evitar su responsabilidad<sup>1842</sup>.

---

<sup>1839</sup> ATHAYDE (2019: 290-294). Más información sobre la herramienta en el Capítulo VI.

<sup>1840</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 172-75) hablando del caso *Santobello v. New York*, en el cual la Suprema Corte decidió la posibilidad de cumplimiento forzoso de los acuerdos.

<sup>1841</sup> *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. (1987). *Vid.* también CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 175).

<sup>1842</sup> Por ejemplo, en el caso del sistema de EE.UU., en el cual la Fiscalía Federal puede requerir el reporte voluntario y la confesión para concluir un caso sin efectos de condena o de



En la actualidad, diversas personas jurídicas adoptan programas de gestión y control con la implementación de estructuras, códigos y procedimientos para evitar la comisión de actos ilícitos o incluso delitos en el desarrollo de las actividades empresariales, comerciales o de otra naturaleza<sup>1843</sup>. Estos programas son usualmente denominados programas de cumplimiento —o *compliance programs*—. Ellos son planteados muchas veces con el objetivo de cambiar la cultura de negocios de personas jurídicas, y pueden tener como foco desde cuestiones como el cumplimiento de políticas de servicio al consumidor o producción de productos a partir de normas de preservación del medioambiente<sup>1844</sup> hasta el foco en la prevención de conductas verdaderamente delictuosas, como soborno, utilización de abuso laboral, entre otras<sup>1845</sup>. Los programas son desarrollados a partir de normas y procedimientos generalmente basados en estándares internacionales con la adecuación, conforme el caso, para los sectores específicos de actuación de la persona jurídica<sup>1846</sup>. Es común que los programas sean planteados con algunos elementos en común, en especial el compromiso de la alta administración de la persona jurídica, la implementación de políticas y procedimientos internos, el adecuado registro y formalización de las actividades empresariales en el desarrollo de los negocios, una estrategia eficaz de análisis de riesgo, la designación de equipo específico responsable por el programa, actividades de capacitación, de monitoreo e investigación interna, además de mitigación de riesgos y desvíos de conducta<sup>1847</sup>.

En estos moldes y considerando la prevención de delitos, los programas de cumplimiento son considerados la forma más eficaz de evitar la investigación y la consecuente imputación penal<sup>1848</sup>. Para ello, hace falta

---

registro penal. Más información en los Capítulos II y III. Ver también FCPA DOJ Guide, p. 54-55 y 75-76.

<sup>1843</sup> Hay ejemplos de entidades sin fines de lucro y órganos de la Administración Pública que también adoptaron programas de cumplimiento, muchas veces denominados programas de integridad. *Vid.* Recomendación de la OCDE sobre la Integridad Pública, Org. for Econ. Cooperation & Dev., <http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Sin embargo, el análisis de este apartado está relacionado con la responsabilidad de las personas jurídicas, de manera que los programas de cumplimiento y el principio de la presunción de inocencia serán abordados a partir del paradigma de la responsabilidad de empresas y la práctica de delitos.

<sup>1844</sup> Como ejemplo de empresa con programa de cumplimiento direccionado a la responsabilidad social y del medio ambiente se puede mencionar la empresa brasileña Natura Cosméticos. *Vid.* Ética e Compliance, Natura, <https://www.natura.com.br/etica-compliance> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). *Vid.* también Natura, Responsabilidade Social, <http://www.responsabilidadesocial.com/perfil/natura/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1845</sup> Sobre el tema, *vid.* DEMING (2018: 3).

<sup>1846</sup> Sobre la normativa de España, basada en regla internacional ISO, *vid.* CASANOVAS (2017).

<sup>1847</sup> DEMING (2018: 13-63).

<sup>1848</sup> DEMING (2018: 4).

que la autorregulación de la empresa prohíba las conductas delictuosas y adopte medidas para mitigar o corregir los desvíos de manera temporal<sup>1849</sup>. La adecuada estructuración de programas de cumplimiento resultaría en cambios en la cultura corporativa, a partir de la creación de diversos incentivos internos. En primer lugar, las políticas y la capacitación harían que los empleados y directivos tuvieran conocimiento de los estándares adecuados. La formalización de procedimientos haría que la empresa tuviera registro de las operaciones y pudiera, si es necesario, obtener documentos e investigar supuestas irregularidades. El análisis de riesgo haría que ese esfuerzo de autorregulación fuera adaptado para las realidades del negocio o del modelo empresarial. El monitoreo, en especial mediante el uso de *red flags* haría que la empresa tuviera el potencial de efectivamente descubrir desvíos. La adopción de medidas sanadoras y disciplinarias tendría el efecto de prevención general, a través de la punición de los involucrados por los desvíos. De este modo, el ciclo del programa funcionaría divulgando la información de las conductas indeseables, monitoreando las actividades, investigando internamente y adoptando sanciones en casos de desvíos.

Toda esta estructura representa un costo para las personas jurídicas. En primer lugar, la estructura en sí misma representa gastos con la contratación o especialización de empleados y consultores, además de representar una inversión en la implementación de procedimientos más formales y complejos. Existe la expectativa de que este coste sea mitigado por la reducción del riesgo de que las personas jurídicas estuvieran involucradas en desvíos, conforme se ha mencionado<sup>1850</sup>. En segundo lugar, el rastreo de desvíos (a través del programa o no) puede generar también costes a la imagen de la persona jurídica, que por ello puede sufrir pérdidas financieras relacionadas con la pérdida de consumidores y clientes o la propia reducción del valor de mercado, por ejemplo. Debido a este riesgo de generar costes y prejuicios a las personas jurídicas, los gobiernos de diversos países han debatido y adoptado normas para crear incentivos para que las personas jurídicas adopten medidas de cumplimiento.

Organismos internacionales también sirven de foro para este debate, incentivando a sus estados miembros a adoptar un sistema legal que conlleve al desarrollo de programas de cumplimiento que eficazmente

---

<sup>1849</sup> DEMING (2018: 4).

<sup>1850</sup> Aunque se mencione la economicidad del desarrollo de un programa de cumplimiento, hay una preocupación en el mercado sobre los costes de dichos sistemas, en especial los costes ocultos para empresas sujetas a reglamentación de diversos países y en las más diversas áreas. Como ejemplo, *vid.* Clarity on Compliance: the future of compliance, KPMG (junio 2016) <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/ch/pdf/ch-clarity-on-compliance-en.pdf> e Internal controls over financial reporting, KPMG (2017) <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/co/pdf/2018/10/internal-controls-over-financial-reporting%20-%20Part%202.pdf>.

reduzcan la práctica de delitos y hechos ilícitos<sup>1851</sup>. La idea es que los países utilicen modelos de imposición de responsabilidad a personas jurídicas para garantizar la responsabilidad de los individuos que en realidad están involucrados en los delitos. Esta estrategia tiene su base en la concepción de que, si la responsabilidad recae solamente en la persona jurídica no generará los efectos deseables. Por ejemplo, en el caso de empresas de capital abierto, las personas involucradas generalmente no son dueñas de las personas jurídicas —o si lo son, son de una pequeña parte<sup>1852</sup>—. En esta situación, los empleados y directivos que eventualmente practican delitos lo hacen por interés personal, ya sea para recibir un pago específico o para incrementar su productividad, obtener un nuevo proyecto o contrato, entre otras posibilidades<sup>1853</sup>. El modo eficaz de actuar en la prevención de delitos, en este caso, sería haciendo que el delito no compense, o con que los beneficios obtenidas con el delito sean menores que los costes de la conducta<sup>1854</sup>. Esto se puede hacer incrementando los costes de los delitos y reduciendo los probables beneficios. Sin embargo, el gobierno no tiene como generar este tipo de incentivos dentro de las empresas sin su ayuda<sup>1855</sup>. La Administración Pública no dispone ni de recursos para monitorear a todas las personas jurídicas y sus empleados todo el tiempo; ni para obtener con facilidad la información y las pruebas necesarias para hacer la imputación de los individuos involucrados en delitos<sup>1856</sup> —y esta falta de fondos es una de las probables causas, en primer lugar, de la denominada crisis del sistema penal tradicional—.

La manera eficaz de incentivar a las personas jurídicas para ayudar en esta actividad de prevención sería mediante el desarrollo de programas de cumplimiento, con medidas para impedir la práctica de los delitos —por ejemplo, de pagos de soborno— y con la obligatoriedad de reportar a las autoridades<sup>1857</sup>. En este modelo, las empresas tendrían la obligatoriedad de implementar un sistema que realizara eficazmente el monitoreo y las investigaciones internas. A partir, del rastreo de desvío, las empresas tendrían la obligatoriedad de reportar a la Administración, y las ventajas ofrecidas para mitigar la responsabilidad de las personas jurídicas estarían basadas en el adecuado cumplimiento de estos deberes<sup>1858</sup>. De esta manera, deberían ser garantizadas a las personas jurídicas las mayores ventajas —

---

<sup>1851</sup> Por ejemplo, el WGB/OECD hizo consulta pública en 2016 y presentación a los estados parte de la Convención Anticorrupción de la OCDE sobre la responsabilidad de personas jurídicas en la cual la profesora Jennifer Arlen habló sobre los programas de cumplimiento y la responsabilidad de personas jurídicas. ARLEN (2016a).

<sup>1852</sup> ARLEN (2016a: 5).

<sup>1853</sup> ARLEN (2016a: 5).

<sup>1854</sup> ARLEN (2016a: 5). *Vid.* también RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>1855</sup> ARLEN (2016a: 5).

<sup>1856</sup> ARLEN (2016a: 5).

<sup>1857</sup> ARLEN (2016a: 8).

<sup>1858</sup> ARLEN (2016a: 8).

incluso la exención de responsabilidad corporativa— en los casos de un sistema de cumplimiento eficaz que identifique el riesgo, produzca investigación interna y, resulte en un auto reporte y completa colaboración con las investigaciones y con la responsabilidad de los individuos involucrados<sup>1859</sup>. Este sistema generaría un incremento en los costes de los delitos, puesto que significaría que las personas jurídicas estarían realizando el monitoreo efectivo de sus empleados y directivos, y en caso de desvíos, investigarían y reportarían a las autoridades.

El desarrollo de legislación en estos moldes significa la obligatoriedad de las personas jurídicas de hacer el reporte voluntario de las irregularidades descubiertas e investigadas. Además, la colaboración con las autoridades tiene que ocurrir de manera eficaz<sup>1860</sup>, lo que implica entregar documentos internos e información de la propia empresa. No obstante, a las personas jurídicas, al menos en algunos sistemas jurídicos y a partir de la modulación necesaria, debería ser garantizado el derecho a no presentar pruebas contra sí mismas como consecuencia del principio de la presunción de inocencia y el derecho de no declararse culpables<sup>1861</sup>. En este aspecto, las obligaciones relacionadas a la implementación de un programa de cumplimiento —incluso con obligación de hacer auto reporte— podrían traducirse en violación al derecho de no declararse culpable<sup>1862</sup>. Es interesante observar que, en Estados Unidos, un sistema en el cual no se asigna el derecho a la no autoincriminación a las personas jurídicas<sup>1863</sup>, es un sistema de cumplimiento que puede implicar en una violación de las garantías contra el secuestro desproporcionado de documentos empresariales y la presunción de inocencia de las personas jurídicas, de manera general, puesto que podrá significar una verdadera inversión en la carga de la prueba.

### **3.4. La presunción de inocencia, el sistema de cumplimiento y la obligatoriedad de colaborar**

Conforme se ha mencionado, el reglamento de programas de cumplimiento puede originar la obligatoriedad de reporte voluntario de las personas jurídicas, lo que, al menos en abstracto, significa una violación a los derechos y garantías procesales, en especial al principio de la presunción de inocencia y al derecho a la no autoincriminación<sup>1864</sup>. Es importante considerar también que, incluso en los casos en que el sistema legal no prevea la obligatoriedad de la implementación del programa de

---

<sup>1859</sup> ARLEN (2016a: 8-9).

<sup>1860</sup> ARLEN (2016a: 8-9).

<sup>1861</sup> Sobre la aplicabilidad del principio a las personas jurídicas, *vid.* apartado anterior. *Vid.* también RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 124).

<sup>1862</sup> *Vid.* LOZANO-HIGUERO PINTO (2017: 89).

<sup>1863</sup> *Vid.* apartado anterior.

<sup>1864</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO (2017: 89).

cumplimiento, las consecuencias jurídicas de la no existencia del programa en casos de descubierta de delitos hacen que dichos programas sean virtualmente mandatorios<sup>1865</sup>. Además, conforme el sistema jurídico, el reglamento de los programas (y de la evaluación de su eficacia) puede ser planteado de diversas maneras, lo que podrá significar diversos niveles de mitigación del principio de la presunción de inocencia.

Para el adecuado análisis del tema, es necesario, en primer lugar, evaluar la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva de las personas jurídicas. De manera resumida, la responsabilidad objetiva genera la responsabilidad, aunque la persona jurídica no haya actuado con culpa y aunque no haya ocurrido la comisión por omisión de delitos<sup>1866</sup>. En otras palabras, incluso en las situaciones en las cuales no sea posible demostrar la omisión de la persona jurídica, de sus representantes y directivos, habría responsabilidad. Este tipo de responsabilidad funciona como incentivo contra la adecuada implementación de programas de cumplimiento y cultura de *compliance*<sup>1867</sup>, porque se quita a las personas jurídicas el incentivo para adoptar medidas para identificar la ocurrencia de delitos<sup>1868</sup>. En este aspecto, un sistema legal que determine la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas por la práctica de ilícitos por parte de sus empleados y directivos con independencia de la actuación de la empresa para prevenir o evitar el delito, no parece ser el que producirá los mejores incentivos para las empresas.

El sistema brasileño de la Ley Anticorrupción añade a la responsabilidad objetiva un interesante rasgo de elemento de culpabilidad. Aunque dicho sistema esté basado en la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas por supuestos de corrupción, existe la posibilidad de mitigación de las sanciones en caso de la adopción de un sistema de cumplimiento y de auto reporte<sup>1869</sup>. De esta manera, no es un sistema que se puede considerar de responsabilidad objetiva pura, puesto que la actuación de las personas jurídicas con la adopción de un programa y el auto reporte pueden generar mitigación de la pena<sup>1870</sup>. Esto no ocurre en países como Estados Unidos, que adoptan un sistema amplio de responsabilidad corporativa, en el cual generalmente existe responsabilidad por hechos realizados por empleados o directivos en beneficio de las personas

---

<sup>1865</sup> DEMING (2018: 4). *Vid.* también ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 857).

<sup>1866</sup> Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, *vid.* SCHÜNEMANN (2004: 19-25).

<sup>1867</sup> ARLEN (2016a: 7).

<sup>1868</sup> ARLEN (2016a: 7). *Vid.* también ARLEN & KRAAKMAN (1997: 687-779).

<sup>1869</sup> El tema es desarrollado con mayor amplitud en el próximo capítulo. *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 29-30).

<sup>1870</sup> En este sentido, el sistema de la Ley de la Empresa Limpia valora la conducta de las personas jurídicas antes de los hechos —por la existencia previa de programa de *compliance*— y después —por el reporte voluntario y la colaboración con las investigaciones—. *Vid.* el Capítulo VI.

jurídicas<sup>1871</sup>. Otros países adoptan un sistema en el cual solamente en caso de hechos realizados por directivos habrá responsabilidad de las personas jurídicas. Existen aún otros modelos legislativos en los cuales no habrá responsabilidad solo si las personas jurídicas adoptaren un sistema de cumplimiento efectivo<sup>1872</sup>.

Para el adecuado análisis de la justicia negociada es relevante observar, en todos estos casos, el nivel de exigencia del auto-reporte y la colaboración de las personas jurídicas para efectos de evaluación del funcionamiento del principio de la presunción de inocencia. De todos modos, no parece simple plantear en el ordenamiento jurídico los incentivos adecuados para la colaboración sin la potencial violación de derechos de las personas jurídicas. Por ejemplo, si el criterio de la ley para la no imposición de responsabilidad incluye la exploración de los hechos por la propia empresa, la investigación interna y el auto reporte con amplia colaboración, las personas jurídicas estarán en una posición en la cual si no confiesan y renuncian a sus derechos y garantías procesales —en especial su derecho de no presentar pruebas contra si misma— serán responsabilizadas<sup>1873</sup>. Poco importa si la ventaja es garantizada en el acuerdo o en vía de responsabilidad a través del cómputo de la sanción a ser impuesta. En ambas situaciones de concesión de ventajas habrá una sospecha de violación del principio de la presunción de inocencia. Normas que obliguen a la autoridad a que negocie el acuerdo que solamente otorgue las máximas ventajas por la colaboración de la persona jurídica en el caso de reporte voluntario y colaboración con entrega de todos los documentos internos parece conllevar a un mecanismo contrario al principio de la presunción de inocencia —o al derecho relacionado de no declararse culpable—. Normas que autorizan al juez la imposición de mitigación de sanción al máximo solamente en las mismas situaciones —descubierta por la propia empresa, investigación interna y auto-reporte con amplia obtención de documentos e información— parecen también conllevar al mismo incentivo sistémico: solamente en los casos en los cuales las empresas descubren y hacen el auto reporte habrá las máximas ventajas.

Transponiendo el caso para un supuesto hipotético con una persona física, sería lo mismo que limitar los máximos efectos de las circunstancias atenuantes de delitos solamente a los casos en los que los propios delincuentes reporten sus acciones delictivas a la Policía, voluntariamente, y colaboren con las investigaciones de manera plena. Esto es distinto de ofrecer una circunstancia atenuante por un reporte voluntario de delitos con confesión u ofertar una atenuación por la plena colaboración con las investigaciones. Es importante mencionar que el hecho de que se atenúa la

---

<sup>1871</sup> ARLEN (2016a: 7). *Vid.* también apartado en capítulo anterior sobre la responsabilidad de personas jurídicas en Estados Unidos.

<sup>1872</sup> ARLEN (2016a: 7-8).

<sup>1873</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO (2017: 89).

pena de quienes confiesan no es considerado un equívoco: el reto es identificar si ocurre una efectiva vulneración de las garantías procesales relacionadas a la garantía de la presunción de inocencia cuando la única manera de obtener las máximas ventajas es realizando el auto-reporte, incluso antes del descubrimiento de los hechos por parte de las autoridades.

Una alternativa sería permitir que la actuación de las personas —de los individuos y de las empresas— en la mitigación de los daños, de la colaboración una vez descubiertos los delitos, incluso con confesión, también generaran las máximas ventajas. En una hipótesis más concreta, si las autoridades descubren lavado de activos realizado por una persona jurídica y la colaboración de esta entidad comprueba la práctica de pago de sobornos en diversas contrataciones públicas a lo largo de los años, esta colaboración puede ser mucho más relevante (por su dimensión) que de una persona jurídica que reporta voluntariamente un pago de soborno a un representante de aduana. Si el sistema garantiza las máximas ventajas solamente en caso de auto-reporte, la segunda persona jurídica —con una colaboración importante, pero pequeña comparada con la primera— será la que obtendrá las mayores ventajas. La primera persona jurídica, debido a la ausencia de espontaneidad de su colaboración, no obtendrá las más amplias ventajas por colaborar, con indiferencia de la relevancia de su colaboración con el interés público.

Sin embargo, si cualquiera de estos elementos —la descubierta a partir del auto monitoreo, la investigación interna y el reporte voluntario con amplia colaboración— no fuera considerado en el sistema legal como factor para escalonar la reducción de la responsabilidad, no se producirá en el seno de la empresa los incentivos más adecuados para la colaboración<sup>1874</sup>. La necesidad de escalonar la mitigación de responsabilidad tiene relación con las diversas opciones que la empresa —o sus directivos— pueden adoptar en casos de descubierta de delitos. Por ejemplo, a partir de una denuncia, una empresa puede decidir no hacer nada o puede investigar el hecho, corregir y reportar el caso a las autoridades. En este aspecto, la responsabilidad —o la reducción de la responsabilidad— debe ser escalonada considerando, en primer lugar, la efectividad del programa de cumplimiento en identificar los desvíos. Si no fuera así, la persona jurídica no tendrá interés en hacer un programa que efectivamente identifique delitos. En segundo lugar, la mitigación de responsabilidad debe ser más grande si la persona jurídica, además de identificar, hace una investigación y adopta medidas para corregir el desvío. En último lugar, la más grande reducción —o incluso la exención de responsabilidad— debe ser garantizada solamente cuando la empresa también hace el auto reporte y colabora con las investigaciones para posibilitar la responsabilidad de los individuos y el resarcimiento de

---

<sup>1874</sup> ARLEN (2016a: 7-8).

los daños<sup>1875</sup>. Conforme se ha mencionado, escalar la reducción de responsabilidad basado en estos factores garantiza un incremento en los costes del delito e incrementa la percepción de los individuos involucrados respecto a la alta probabilidad de responsabilidad individual<sup>1876</sup>.

El caso de sistemas que simplemente asignan como defensa suficiente la existencia de un programa de cumplimiento —incluso en los supuestos en los cuales sea necesario comprobar su eficacia— también parece presentar retos para la presunción de inocencia y la efectividad de implementación de una cultura de cumplimiento. Cuando la simple existencia del programa de cumplimiento es suficiente para la exención de responsabilidad, puede ocurrir un incentivo para que este programa no actúe detectando los casos, o si detecta, que la persona jurídica no realiza el reporte voluntario y no colabora con las investigaciones de los otros involucrados. En estos casos, se reducirá el efecto de la prevención general del programa de cumplimiento, puesto que los empleados y directivos percibirán un sistema débil con una reducida capacidad para generarles responsabilidad por la práctica de actos indebidos (porque el sistema no conllevará a la adecuada investigación y reporte a las autoridades).

En el caso de España, por ejemplo, la existencia de un programa de cumplimiento puede generar incluso exención de responsabilidad criminal a las personas jurídicas —conforme el sentido literal del Código Penal<sup>1877</sup>—. Un argumento que se suele utilizar en estos casos es la necesidad de evaluar la *efectividad* de los programas de cumplimiento para decidir si mitigan o no la responsabilidad. No obstante, conforme ya hemos mencionado, si el contenido de la asignación del rótulo de programa eficaz incluye la eficacia del sistema en detectar irregularidades, promover la investigación interna y el reporte voluntario con colaboración, se está delante de un incentivo completo para el desarrollo de un sistema de prevención de delitos, pero con un posible reflejo en la violación de derechos y garantías procesales. Por otro lado, si la evaluación de la efectividad del programa es más abstracta, sin considerar el caso concreto y asignando a la persona jurídica la decisión de reportar o no, se estará delante de un sistema de incentivos que tiende a promover programas de cumplimiento más formales, o que identifican algunos hechos, pero no otros. En otras palabras, se estará delante de un sistema que preserva el derecho a la no autoincriminación, pero que no genera todos los incentivos necesarios para la implementación de programas de cumplimiento eficaces<sup>1878</sup>.

---

<sup>1875</sup> ARLEN (2016a: 7-8).

<sup>1876</sup> *Vid.* apartado anterior. *Vid.* también ARLEN (2016a: 5-6).

<sup>1877</sup> *Vid.* SAURA ALBERDI (2017: 27%).

<sup>1878</sup> En este sentido, con alguna similitud con la situación de las personas físicas, a quienes no es requerido auto incriminarse. No obstante, por ejemplo, en el sistema estadounidense, conforme a lo mencionado en el Capítulo III, el funcionamiento del *plea bargaining* conlleva a



En resumen, la evaluación de la eficacia de un programa de cumplimiento es compleja y requiere la definición de muchos factores relacionados al propio objetivo del sistema jurídico<sup>1879</sup>. En esta definición de factores más o menos importantes para aceptar reducir o incluso aplicar exención de responsabilidad no parece ser posible optar por respetar en el máximo estándar los derechos procesales y al mismo tiempo generar los más amplios incentivos para el cambio de la cultura de cumplimiento de las personas jurídicas. A lo mejor hace falta que el sistema jurídico defina las conductas delictivas que serán sancionadas de manera más intensa, así como adoptar espacios de discrecionalidad a la Administración y al Poder Judicial para evaluar las circunstancias del caso concreto y la justicia de la responsabilidad a ser aplicada.

### **3.5. La presunción de inocencia como límite en utilización de las informaciones derivadas del acuerdo**

El principio de la presunción de inocencia, como derecho de defensa procesal, se relaciona con el derecho de la no autoincriminación y sus vertientes: el derecho al silencio y el derecho a no declararse culpable ni contra si mismo<sup>1880</sup>. Estos derechos, cambian conforme a los diversos ordenamientos jurídicos, son aplicables en mayor o menor amplitud a la defensa de las personas jurídicas en el caso de imputación por delitos<sup>1881</sup>. Al mismo tiempo, para que un sistema legal adopte los mayores incentivos a la actuación de las personas jurídicas en la creación de una cultura de cumplimiento y de prevención a la comisión de delitos, deberá considerar una estructura de responsabilidad escalonada, en especial a partir de la obligatoriedad de sistemas de control que sean capaces de identificar conductas indebidas, investigar internamente, promover medidas de mitigación y conllevar a las personas jurídicas a realizar el auto-reporte y colaborar plenamente con las autoridades en la imputación de los individuos involucrados<sup>1882</sup>.

Por ello, la más amplia colaboración de las personas jurídicas sería capaz de generar la más eficaz prevención de ilícitos a través de la asignación

---

la imposición de sanciones mayores a los que no se auto incriminan (o que no confiesan y que no se ponen de acuerdo con la Fiscalía).

<sup>1879</sup> Como ejemplo de guía de evaluación de programa de cumplimiento en caso de irregularidad, *vid.* Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (septiembre de 2018), <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1880</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOÓ SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1881</sup> En Europa, el principio tiene amplitud más grande do que en Estados Unidos, en el cual no se reserva a las personas jurídicas el derecho a no autoincriminación. NEIRA PENA (2014: 200 y 205-206).

Ver también apartado anterior sobre el principio de la presunción de inocencia y las personas jurídicas.

<sup>1882</sup> ARLEN (2016a: 7-8).

de las mayores ventajas a las personas jurídicas eficazmente colaboradoras. Sin embargo, tal sistema jurídico puede ser considerado en conflicto con los derechos y garantías de las personas jurídicas por contener cláusula que *obliga* a la colaboración y la declaración de culpabilidad<sup>1883</sup>. Para esta conclusión, poco importa si existe una obligación explícita en la ley para la adopción de este modelo de cumplimiento con auto-reporte y colaboración o si el sistema jurídico garantiza solamente a las personas jurídicas, que cumplen estos elementos de colaboración, a cambio de las máximas ventajas posibles<sup>1884</sup>. En ambos casos el desafío será identificar que incentivos pueden promover la adecuada cultura de cumplimiento para prevenir irregularidades practicadas por empleados y directivos en las empresas sin implementar un sistema de violación de derechos procesales de las personas jurídicas.

La negociación de la colaboración de las empresas con las autoridades puede ser utilizada, en este aspecto, a partir de un diseño institucional que module las obligaciones de colaboración y garantice seguridad y certidumbre de las consecuencias de la renuncia de estos derechos por las personas jurídicas. Para ello, el desarrollo de la presunción de inocencia y sus consecuentes derechos deben ser planteados en tres momentos de la colaboración de las personas jurídicas con las investigaciones. El primer momento es el de la negociación del acuerdo en sí, que alberga los primeros contactos con las autoridades y la identificación de objeto de la colaboración y posibles ventajas mutuas, hasta la definición de los términos del acuerdo. El segundo momento ocurre tras la firma del acuerdo, con su ejecución, con el cumplimiento de las condiciones de colaboración y de utilización de las ventajas ofrecidas por la Administración, aunque provisionales —por si acaso no hubiera, en este momento, conclusión definitiva del caso—. El tercer momento estará relacionado con el eventual incumplimiento de las condiciones del acuerdo. En este caso también hace falta plantear los derechos de las personas jurídicas colaboradoras, con la observación de cómo deben ser implementadas o ejecutadas las obligaciones o utilizada la información y las pruebas entregadas en colaboración.

En el momento de la negociación de la colaboración serán presentados, por la persona jurídica colaboradora, su potencial de colaboración y sus condiciones para colaborar. De esta manera, la autoridad podrá identificar la utilidad y la necesidad de aceptar la colaboración, además de identificar las posibles ventajas con relación a la responsabilidad que pueden ser otorgadas. En esta fase, el sistema jurídico puede prever condiciones para el desarrollo del acuerdo. Hay una estimación de que las condiciones de ejecución del acuerdo serán más complejas cuanto más relevante sea la

---

<sup>1883</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO (2017: 89).

<sup>1884</sup> *Vid.* apartado anterior. *Vid.* también DEMING (2018: 4) y ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 857).

colaboración en el aspecto ampliativo de las investigaciones y la consecuente imposición de responsabilidad a otras personas involucradas. En este sentido, la mera aceptación de la persona jurídica, a través de su representante, de la pena a través de una *confesión* —o asunción de culpabilidad— y renuncia a los derechos procesales no generaría muchas condicionantes para ser ejecutadas posteriormente, porque sería una modalidad de colaboración más simple<sup>1885</sup>.

De manera distinta ocurrirá en los casos en los cuales la colaboración de las personas jurídicas implique en ampliación del conocimiento de las autoridades acerca de los hechos indebidos y de los otros participantes de las conductas delictuosas. Para estas situaciones, si el sistema legal permite la colaboración de las personas jurídicas para ampliar el conocimiento de los hechos y de los otros involucrados, el sistema tiene un desarrollo que conlleva a la complejidad de los actos de colaboración. La persona jurídica —o la persona colaboradora— deberá realizar actos posteriores a la firma del acuerdo, como entregar pruebas, presentar testigos o representantes para hablar con autoridades y también para actuar en procesos judiciales como medio de prueba. Aún otras condiciones pueden ser impuestas para aceptar la colaboración de las personas jurídicas, como por ejemplo la recomposición de los daños, la implementación de instancias de control y monitoreo del programa de cumplimiento.

En estos términos, las condiciones para la colaboración pueden estar relacionadas a los hechos del proceso en si o también pueden estar relacionadas con otras cuestiones del sistema de prevención y represión de delitos no relacionadas directamente a los hechos bajo investigación o negociación. Por ejemplo, en Estados Unidos la colaboración de la persona jurídica puede generar pruebas e información de los hechos necesarias para la imputación de las personas físicas responsables por los delitos<sup>1886</sup>. Ese tipo de colaboración —auxiliando en la responsabilidad a los individuos— incrementa el efecto preventivo del sistema criminal a partir de la aplicación de responsabilidad en el caso concreto<sup>1887</sup>. Como ejemplo de condiciones relacionadas al resarcimiento de los daños e indemnización pueden ser mencionados los acuerdos de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia de Brasil<sup>1888</sup>. Este tipo de condición para la colaboración también es relevante

---

<sup>1885</sup> Como ejemplo se puede mencionar el caso de *guilty plea* o *plea bargaining* en Estados Unidos, en el cual el acusado, persona física o jurídica, acepta confesar y renunciar a su derecho al juicio para obtener una reducción en las imputaciones o en el quantum de la condena. *Vid.* CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>1886</sup> GARRETT (2008: 918-919) hablando de la confesión de personas jurídicas que genera información sobre los empleados responsables por los delitos. *Vid.* también HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 148).

<sup>1887</sup> ARLEN (2016a: 7-8).

<sup>1888</sup> En el caso específico del acuerdo de lenidad de Brasil, el artículo 16, §3 de la Ley 12.846/2013 menciona que el acuerdo no generará la exención de reparar el daño, sin explicitar que la reparación debe ser hecha a través de una cláusula del acuerdo. Sin embargo, conforme a

para el incremento en la prevención de delitos puesto que posibilita quitar a los delincuentes los beneficios obtenidos a través de la imposición de responsabilidad<sup>1889</sup>. Esto se puede hacer a partir de diversas formas: requiriendo la recomposición de los daños y la indemnización a las víctimas, o bien aplicando decomiso de bienes y de lucros obtenidos<sup>1890</sup>.

Con relación a quitar los beneficios obtenidos con el delito, es importante considerar que la simple recomposición de los daños puede no ser suficiente, porque en un caso concreto el daño financiero causado puede ser menor que los beneficios<sup>1891</sup>. Por último, como ejemplo de condiciones relacionadas a la prevención general sin efecto concreto en los hechos ilícitos objeto de la negociación se puede mencionar, en el caso de Brasil, las cláusulas del acuerdo que imponen deberes de mejorar o implementar sistemas de cumplimiento<sup>1892</sup>. La imposición de estas cláusulas también es posible en el sistema estadounidense, incluso con la designación de un monitor externo para evaluar el adecuado desarrollo de las medidas de cumplimiento deseables<sup>1893</sup>. Este último tipo de cláusula tiene como finalidad obligar a las personas jurídicas a hacer la prevención de delitos a través de la mencionada sistematización de políticas y procedimientos internos.

Para la negociación de la colaboración y definición de las cláusulas acerca de la cooperación con las investigaciones e imputación de otras personas involucradas, así como para la confección de las cláusulas relacionadas al resarcimiento de los daños y la pérdida de las ganancias obtenidas, la persona jurídica colaboradora deberá presentar a las autoridades datos e información originalmente resguardados por el principio de la presunción de la inocencia. La propia negociación en sí

---

la reglamentación federal y la aplicación de las reglas del acuerdo, las autoridades brasileñas requieren de las personas jurídicas involucradas la declaración de ganancias obtenidas con los hechos ilícitos. De esa manera, la reparación de los daños puede ser considerada como una condición del acuerdo. *Vid.* ATHAYDE (2019: 284-289) hablando de la actuación de la CGU y de la AGU en la negociación de acuerdos de lenidad con personas jurídicas en Brasil.

<sup>1889</sup> ARLEN (2016a) y RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004). Iniciativas de organismos internacionales —como el WGB/OECD y el Banco Mundial— también indican la importancia de quitar de las personas jurídicas las ventajas obtenidas con los delitos. *Vid.* Stolen Asset Recovery Initiative, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery, <https://star.worldbank.org/publication/identification-and-quantification-proceeds-bribery> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>1890</sup> *Vid.* ATHAYDE (2019: 284-289) hablando de la estrategia de la CGU y de la AGU para identificar los daños causados y del lucro obtenido a partir de los delitos, y de la imposición de devolución de esos valores como cláusula de los acuerdos de colaboración. *Vid.* también Stolen Asset Recovery Initiative, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery, *supra*.

<sup>1891</sup> El guía de identificación y cuantificación de las ventajas obtenidas con soborno ejemplifica y presenta casos concretos y metodologías diferentes para la imposición de responsabilidad financiera que genere real prevención de delitos. *Vid.* Stolen Asset Recovery Initiative, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery, *supra*.

<sup>1892</sup> ATHAYDE (2019: 279-284).

<sup>1893</sup> GARRETT (2008: 934).

implica que la persona jurídica tenga un *que* ofrecer a la Administración Pública. De este modo, el sistema legal tiene que garantizar al colaborador la preservación de la información a partir de las garantías de la presunción de inocencia, al menos hasta que se firme el acuerdo. Es decir, la Administración quiere estos datos para imponer las cláusulas de colaboración, entonces hay interés de conocer detalles de los hechos y de las ganancias obtenidas. Sin embargo, sin la negociación, la persona jurídica no tendría, salvo excepcionalmente, el deber de suministrar estos datos. Por ello, para generar seguridad jurídica a los colaboradores, todos los datos prestados en el ámbito de la negociación deben ser considerados resguardados y no podrán ser utilizadas en contra de la persona jurídica que intenta colaborar hasta que se firme efectivamente el acuerdo. Ni tampoco las pruebas o documentos obtenidos a partir de la información ofertada podrán ser utilizadas, salvo su obtención independiente de los datos de la negociación. Si no fuera así, habría violación del derecho a no auto-incriminarse. Esto parece ser el modelo del sistema brasileño de la Ley de la Empresa Limpia<sup>1894</sup>.

Por otro lado, la decisión de firmar el acuerdo expresa la opción de la persona jurídica por renunciar a su derecho de presunción de inocencia — en los términos del acuerdo— y dar a conocer a la Administración la información y las pruebas entregadas como condición de la colaboración. Hasta este momento, la eventual asunción de responsabilidad, la información acerca de la conducta de empleados y directivos y las pruebas de las ventajas indebidas entregadas por la persona jurídica y desconocidas, de otra manera, de la Administración Pública, eran resguardadas por el principio de la presunción de inocencia. La actividad de negociar la colaboración genera una situación interesante en la cual la Administración tiene conocimiento de hechos ilícitos —en realidad delitos— y su forma de ejecución, pero está imposibilitada (temporalmente) para utilizar esta información y para hacer la imputación a los involucrados<sup>1895</sup>. A partir, de la firma del acuerdo, el titular de las garantías procesales efectivamente renuncia a ellas a cambio de una reducción o exención de su responsabilidad. Solamente esta renuncia debe tener la capacidad de tornar válida la utilización de estas pruebas e información. De lo contrario, si se permite a la Administración utilizar los datos presentados en el ámbito de la negociación, se generará una situación de incertidumbre que muy probablemente desincentive la colaboración.

La protección de la información también deberá ocurrir en los casos en que la propia persona jurídica colaboradora o la Administración deciden por

---

<sup>1894</sup> ATHAYDE (2019: 310-313).

<sup>1895</sup> La Ley de la Empresa Limpia en Brasil y su reglamentación expresamente mencionan la imposibilidad de utilizar la información de la negociación antes de la firma del acuerdo o si la firma no ocurre. ATHAYDE (2019: 310-313). *Vid.* también SIMÃO & VIANNA (2017: 113-15).

no firmar el acuerdo<sup>1896</sup>. De hecho, la Administración Pública puede decidir que aceptar la colaboración no cumple con el interés público. Por ejemplo, en un determinado caso, la Administración puede previamente tener información y pruebas suficientes para hacer la imputación por los delitos. También puede decidir que la información y las pruebas presentadas por el potencial colaborador no son suficientes para generar una reducción de responsabilidad. Esto puede ocurrir por la poca amplitud de la información y de las pruebas, en el caso de la colaboración que amplía el alcance de las investigaciones o también por que la marcha procesal no justifica que se acepte una confesión, como puede pasar si la persona jurídica decide renunciar a sus derechos frente a la certidumbre de la condenación por sentencia.

Por otro lado, la persona jurídica que intenta colaborar puede decidir que las ventajas ofertadas a cambio de su información y sus documentos no son suficientes para compensar por los daños de su colaboración. En este aspecto, no se puede impedir que las empresas realicen un análisis de coste beneficio y que concluyan que no merece la pena aceptar las condiciones de la colaboración. Los más diversos factores pueden ser evaluados por las personas jurídicas para decidir colaborar o no: desde costes con imagen hasta la no reducción de las sanciones en un nivel indeseable. En estos casos, tanto la retirada de la empresa como del rechazo de la propuesta por parte de la Administración, la información y pruebas presentadas en las negociaciones deben ser protegidas y no pueden ser utilizadas para la investigación, dado el principio de la presunción de inocencia y los derechos derivados, conforme se ha mencionado<sup>1897</sup>. Esa prohibición en el uso de las pruebas e información deberá ser absoluta, de manera que no sean utilizadas ni en contra de la persona jurídica que intentó negociar ni en contra de otras personas.

Después de firmado el acuerdo, la información y los documentos presentados por la persona jurídica colaboradora deben ser utilizados solamente en los términos de lo acordado, en especial con relación al colaborador. Esto es importante para la adecuada implementación de incentivos para la colaboración en el sistema, en el cual él que intenta confesar y renunciar a sus derechos procesales tiene la certidumbre de que podrá negociar sus condiciones y que su confesión y renuncia no generarán efectos indeseables o imprevisibles. El acuerdo fue originado a partir de una actividad de negociación y estipulación de condiciones recíprocas, de manera que la renuncia a la presunción de inocencia abre guarida para la aceptación de la buena fe de los negociantes, en especial en lo que se refiere

---

<sup>1896</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 113-15) hablando del sistema jurídico de Brasil.

<sup>1897</sup> Este es el modelo adoptado en Brasil, en la Ley de la Empresa Limpia. ATHAYDE (2019: 310-313).

con las condiciones de la negociación<sup>1898</sup>. Aunque las garantías procesales hayan sido renunciadas, a partir de una expectativa de cumplimiento de condiciones. Naturalmente pueden ocurrir consecuencias indeseables o imprevisibles para el colaborador o para la Administración, como resultado del acuerdo<sup>1899</sup>. No obstante, la ausencia de la buena fe como un mínimo a ser garantizado en la ejecución de las condiciones del acuerdo y la utilización de la información generada traerá incertidumbre al sistema de colaboración.

Por último, después de que sea firmado el acuerdo, el eventual incumplimiento de las condiciones negociadas también tendrá efectos potencialmente nocivos para el colaborador, y deberá ser evaluado bajo el estándar de buena fe de los negociantes. Si el colaborador incumple sus deberes de colaboración, el sistema tiene que asignar a la Administración la manera de ejecutar las condiciones o quitar las ventajas suministradas, como la exención o reducción de responsabilidad. En este momento, la renuncia a los derechos y garantías procesales ya es efectiva, de manera que la información y pruebas proporcionadas por el colaborador que incumple el acuerdo no son más preservados, por sus derechos de silencio y de no autoincriminación.

De este modo, declarado como incumplido el acuerdo, la Administración debe tener la posibilidad de utilizar la información y pruebas obtenidas contra terceros y contra el colaborador que fue causa del incumplimiento. La ausencia de esta posibilidad generaría un sistema que incentiva el incumplimiento de las condiciones negociadas. Por ejemplo, en el caso de las personas jurídicas, aceptar los términos del acuerdo resultará en ventajas con relación a la imposición de responsabilidad. Si el incumplimiento genera solamente efectos civiles o efectos no relacionados a la responsabilidad mitigadas, el incentivo a las personas jurídicas será para aceptar las condiciones propuestas para recibir la mitigación y después incumplir con las condiciones a partir de la noción de que su responsabilidad criminal o administrativa estará mitigada<sup>1900</sup>. El

---

<sup>1898</sup> RIBEIRO (2017: 243) hablando de la buena fe objetiva que debe ser garantizada en el acuerdo de lenidad de Brasil.

<sup>1899</sup> A ese respecto, el sistema brasileño, conforme analizado en el próximo capítulo, no permite que el acuerdo considere como efectivamente resuelto el resarcimiento de los daños. ATHAYDE (2019: 284-289). De ese modo, el sistema permite que la información y pruebas suministradas por la persona colaboradora sirvan para evaluar posteriormente a la firma del acuerdo si los daños fueron adecuadamente resarcidos. Eso genera un ámbito de incertidumbre puesto que el colaborador, en las negociaciones del acuerdo, no tendrá el real conocimiento del valor a ser devuelto a la Administración como recomposición de los perjuicios causados.

<sup>1900</sup> El reto es que, en el caso del acuerdo de colaboración la persona jurídica colaboradora intenta obtener de la administración una mitigación en su pena. Si el incumplimiento grave de sus deberes de colaboradora genera solamente consecuencias civiles, como multa civil, el sistema de colaboración permite que las personas decidan por colaborar con la expectativa de librarse de la responsabilidad criminal—o administrativa—para después resolver la cuestión a partir de responsabilidad civil o contractual. Sin embargo, una cuestión relevante para los sistemas es

incumplimiento por parte del colaborador que tenga gravedad suficiente para generar el rechazo del acuerdo debe generar efectos relevantes a la parte que incumple. En estos términos, la consecuencia que parece la más adecuada es permitir que la confesión y la información y las pruebas entregadas sean utilizadas en el proceso de imposición de responsabilidad. Con relación a la responsabilidad mitigada, el sistema jurídico tendrá que garantizar el retorno de la imputación en el caso de exención de responsabilidad o la pérdida de las reducciones en las sanciones ya impuestas<sup>1901</sup>.

Una importante consecuencia de un sistema de colaboración planteado de esta manera es la seguridad de obtención de ventaja para la Administración, especialmente en el caso de que la colaboración de la persona jurídica genere información y pruebas acerca de los hechos indebidos. Como lo presentado por la empresa para negociar el acuerdo podrá ser utilizado, el incumplimiento por parte del colaborador no siempre generará la total pérdida de las ventajas obtenidas por la Administración. Por esto es importante que, durante la negociación, la Administración tenga acceso a datos e información relevantes y formalice esto, a través de adecuados registros de colaboración. De este modo, en caso de una eventual recusa para continuar colaborando después de firmado el acuerdo, la Administración tendrá acceso —al menos parcial— a la información y pruebas ofertadas por el colaborador. Con ello, el riesgo para el interés público en aceptar herramientas de justicia negociada es reducido.

En resumen, la firma del acuerdo parece expresar la renuncia al derecho de la presunción de inocencia y las garantías relacionadas, con la expresa aceptación de la persona jurídica de la posibilidad de utilizar la información y pruebas exhibidas durante la negociación del acuerdo de colaboración. Aunque incumplido por parte de la persona jurídica, el derecho de la Administración de utilizar dichos elementos de prueba, se reduce el riesgo de afectación del interés público en utilizar la herramienta de justicia negociada cualificada.

Esto no tendrá tanta relevancia en el caso las herramientas de justicia negociada que impliquen en mera confesión y renuncia a los derechos procesales. En los sistemas que permiten dicha modalidad de justicia negociada, las ventajas para la Administración están generalmente

---

plantear la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de la colaboración sin ofender a las reglas del *non bis in idem*.

<sup>1901</sup> En Estados Unidos, la Suprema Corte autorizó la utilización de las declaraciones realizadas por colaborador testigo en el proceso. El acusado —una persona física— aceptó *plea bargaining* a cambio de mitigación de su responsabilidad y actuó como testigo contra los demás acusados del crimen. El proceso de los demás acusados fue nulificado posteriormente, y el colaborador recusó volver a juicio para actuar como testigo. La Fiscalía consideró incumplida su colaboración y retornó la imputación original, utilizando sus declaraciones como colaborador en el primer juicio, obtuvo su condena a pena de muerte. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 175-78) hablando del caso *Ricketts v. Adamson*.



relacionadas con el ahorro de tiempo y recursos utilizados para llevar a cabo la imputación criminal generados a partir de la aceptación de la imputación y la condena. En estos casos, es usual que la confesión y la renuncia sea realizada delante de la autoridad judicial o por ella aprobada, a ejemplo de Estados Unidos. En el caso estadounidense, el imputado solamente puede retirar su confesión y renuncia a derechos acordada con la Fiscalía —el *guilty plea*— y debidamente aprobada por el juez si presenta una fundamentación justa y razonable para ello<sup>1902</sup>. En estos términos, como lo que renuncia es al juicio, mientras no hay la aceptación o la sentencia, es razonable que el sistema legal permita la retractación y el retorno de la marcha procesal. Como consecuencia, la Administración no obtendrá las ventajas de la herramienta de justicia negociada —el ahorro de tiempo y recursos—.

Los derechos y garantías procesales presentarán otros retos con relación al incumplimiento de la colaboración de los acusados, como eventuales restricciones al *non bis in ídem*, así como la necesidad de resolver los casos en que la colaboración resulte en inmunidad o perdón judicial. La solución de esas situaciones no parece estar relacionada con el principio de la presunción de inocencia, pero sí a las características de cada sistema jurídico. Una de las posibilidades es, por ejemplo, adecuar el sistema de manera que sea posible implementar la reducción o exención de responsabilidad acordada solamente después de la total colaboración.

#### **4. PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y AMPLIA DEFENSA**

Los principios de contradicción y de amplia defensa son garantías ejercidas a partir del debido proceso, de igual modo que el principio de la presunción de inocencia y sus garantías relacionadas<sup>1903</sup>. La presunción de inocencia en la marcha de la imputación penal implica la asignación de la carga de la prueba en la acusación<sup>1904</sup>. Además, implica también en derechos como el de mantener el silencio, el de no declararse culpable, no responder a preguntas ni entregar información solicitada<sup>1905</sup>. El contenido de la presunción de inocencia con la debida asignación de la carga de la prueba califica al proceso como debido, más que como una simple formalidad de acusación y condena<sup>1906</sup>, y se relaciona con la (re)construcción de la verdad en el proceso, como un elemento necesario para la imposición de responsabilidad y una limitación de los derechos a la

---

<sup>1902</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 178-79).

<sup>1903</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2014: 6%). MENDES & BRANCO (2012: 554) hablando del debido proceso como *sobreprincipio*. DE ALMEIDA MENDONÇA & GARCÍA-RODRÍGUEZ (2018: 139-140) comentan de su importancia para la acusación y para la defensa.

<sup>1904</sup> NEIRA PENA (2017: 226 y ss.).

<sup>1905</sup> BAJO FERNÁNDEZ, FEIJÓO SÁNCHEZ & GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016: 89%).

<sup>1906</sup> NEIRA PENA (2017: 263 y ss.).

libertad o a la propiedad<sup>1907</sup>. Los principios de contradicción y de amplia defensa también califican la construcción de la verdad procesal. La presunción de inocencia, por un lado, genera la asignación de la prueba en la acusación, y los mencionados principios, por otro lado, genera las garantías de efectiva participación de los acusados e imputados en el proceso. Esta participación en el proceso debe ser desarrollada tanto en relación con la colecta de información como en las actividades de obtención de pruebas y en la evaluación de estos elementos, a través de la producción de argumentos y explicaciones de lo que efectivamente estos elementos significan para la verdad de los hechos y las consecuencias jurídicas recurrentes.

Los principios de contradicción y de amplia defensa tienen contenidos diversos, pero actúan, en la marcha procesal, muchas veces de manera conjunta. Así, es común que sean presentados y desarrollados en sistemas jurídicos como complementares<sup>1908</sup>. El derecho a la defensa —o de amplia defensa— implica la posibilidad de utilización de todos los medios de defensa lícitos en el proceso. Proviene de la noción de que, en el Estado de Derecho, los acusados tienen garantizada no solamente oportunidad de manifestación en el proceso, sino también tienen el derecho a la prestación de la justicia<sup>1909</sup>. Esta pretensión a la tutela jurídica significa la garantía del derecho de la información, el derecho a la manifestación y el derecho de considerar sus argumentos<sup>1910</sup>. El derecho de la información es integrante de la defensa como presupuesto necesario para la actuación y el ejercicio de los actos que se consideran adecuados. En estos términos, la autoridad —el Poder Judicial u otra autoridad— tiene el deber de notificar y comunicar efectivamente al el investigado o al acusado. Como esta comunicación tiene la finalidad de posibilitar el ejercicio de las garantías, ella tiene que contener la información necesaria acerca de los actos procesales, por ejemplo. A partir de la comunicación, hace falta la oportunidad para manifestarse, conforme sea el caso, en las etapas del proceso.

Estos derechos de defensa tienen límites, por ejemplo, conforme el tipo de procedimiento, un sistema jurídico podrá no asignar toda la extensión del derecho de defensa a los involucrados, en especial en el caso de

---

<sup>1907</sup> *Vid.* apartado anterior sobre el debido proceso, hablando sobre la construcción de la verdad en el proceso como elemento necesario para la imposición de limitaciones a los derechos fundamentales.

<sup>1908</sup> La Constitución brasileña, por ejemplo, menciona la asignación de los dos principios en el mismo precepto constitucional. *Vid.* Constituição Federal (CFB) art. 5.º, LV (Brasil). Mendes y Blanco, hablando sobre el derecho constitucional brasileño y los procesos penales y administrativos también analizan los dos principios en conjunto. MENDES & BRANCO (2012: 473 y ss.).

<sup>1909</sup> MENDES & BRANCO (2012: 473).

<sup>1910</sup> MENDES & BRANCO (2012: 474) hablando del Tribunal Constitucional alemán y la tradición constitucional brasileña.

procedimientos previos de investigación<sup>1911</sup>. Sin embargo, es en el proceso penal que el derecho a la defensa obtiene su más profundo desarrollo<sup>1912</sup>. Este desarrollo se relaciona con el interés público en la descubierta de la verdad, de imponer responsabilidad a los culpables y tutelar a los inocentes, garantizando justicia en las decisiones de limitación de los derechos fundamentales de libertad y de propiedad<sup>1913</sup>.

La garantía a la amplia defensa generalmente involucra la defensa técnica (o defensa por abogado) y la autodefensa<sup>1914</sup>. La autodefensa se relaciona con los actos procesales que pueden ser practicados por el propio acusado o investigado, tanto en la obtención de pruebas, como en la presentación de argumentos. Mientras algunos sistemas no admiten la defensa en el proceso penal basada solamente en la autodefensa, otros sistemas jurídicos permiten que la autodefensa sea considerada suficiente en algunos procesos, siempre y cuando estén debidamente notificados los acusados del riesgo y posibles consecuencias de su decisión de renunciar al derecho de la representación por abogado<sup>1915</sup>. Sin embargo, incluso en los sistemas que posibilitan que la defensa sea hecha solamente por el acusado o investigado, generalmente hace falta que esta defensa sea ejercida de manera técnica, es decir, hace falta que no sea simplemente una explicación de los hechos o de las conductas, sino una argumentación con contenido de análisis jurídico<sup>1916</sup>. Además, el derecho de defensa técnica generalmente implica también la evaluación de efectividad de la conducta del abogado en su actuación en el proceso.

Por ejemplo, en Brasil, la jurisprudencia de la más alta corte judicial indica la necesidad de considerar nula la defensa realizada por abogado si ella no presenta por lo menos el análisis y la contradicción de los elementos básicos de la imputación, independientemente de si esta defensa es realizada por abogado contratado por el acusado o defensor designado

---

<sup>1911</sup> MENDES & BRANCO (2012: 473).

<sup>1912</sup> MENDES & BRANCO (2012: 473).

<sup>1913</sup> FERRAJOLI (2002: 483) hablando sobre el binomio del proceso criminal tradicional de responsabilizar a los culpables tutelando a los inocentes.

<sup>1914</sup> CAPEZ (2012: 65-66).

<sup>1915</sup> En Brasil, por ejemplo, hace falta que la defensa técnica sea ejercida por abogado en proceso criminal como regla general. MENDES & BRANCO (2012: 475). En Estados Unidos, de manera distinta, los acusados pueden, en determinadas circunstancias, renunciar al derecho de representación por abogado. Sin embargo, hace falta una evaluación por parte del juez de la capacidad del acusado de comprender su renuncia de derechos y de realizar su defensa delante de la autoridad judicial y del tribunal de jurados. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 242) (hablando del caso de *Faretta v. California* y la conclusión de la posibilidad de auto-representación, mencionando, inclusive, la prohibición de auto-representación en apelación).

<sup>1916</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 249-254). En el caso *Indiana v. Edwards*, 554 U.S. 164 (2008), la Suprema Corte de Estados Unidos decidió que el estándar para representarse sin abogado en el proceso es más elevado que el estándar para ser considerado acusado en proceso.

judicialmente<sup>1917</sup>. En Estados Unidos, de igual modo, la Suprema Corte decidió, en el caso *Strickland v. Washington*, que toda conducta de un abogado que esté debajo de los estándares de actuación profesional y genere perjuicio a la defensa debe ser considerada constitucionalmente ineficaz, garantizando al acusado un nuevo juicio<sup>1918</sup>. Dada esta amplitud del derecho, la comunicación de los elementos de la imputación y de las etapas del proceso es indispensable para posibilitar el adecuado ejercicio de la defensa. La autodefensa generalmente incluye actos como consultar con el abogado y el derecho de presentarse en el proceso para exponer oralmente su versión de los hechos.

No obstante, la autodefensa es un derecho (o una facultad) de los acusados e investigados, de manera que la regla general es la no obligatoriedad del ejercicio de actos procesales de defensa personal, incluso para resguardar adecuadamente el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al silencio y el derecho a la no autoincriminación. Bajo esta perspectiva, las consecuencias jurídicas para la ineffectividad de la defensa técnica y para la ausencia de la autodefensa son muy diferentes. En el primer caso, la ausencia de defensa técnica puede conllevar, muchas veces, a la invalidez del proceso y de la imposición de la responsabilidad. La actuación del acusado en el proceso presentando su defensa personal, de otra manera, como una facultad, puede o no ser ejercida, y su ausencia debido a la renuncia por parte del acusado usualmente no genera nulidad o invalidez del proceso.

Conforme se ha mencionado, la defensa efectiva está basada en el adecuado conocimiento de la marcha procesal y de las pruebas en el proceso. Este conocimiento y el ejercicio de la defensa puede ser restricto o incluso inexistente en los procedimientos previos de la investigación. No obstante, a partir de la definición del uso de estos elementos de los procedimientos de investigación previos en la marcha procesal, su conocimiento es necesario para la adecuada defensa<sup>1919</sup>. En este aspecto, si se habla de un proceso y no de un procedimiento de simple investigación, todos los elementos que basan la acusación o la imputación deben ser conocidos por la defensa para el adecuado respeto a la garantía procesal. En este sentido, la imputación criminal cambia la naturaleza de la información o documento, requiriendo el adecuado conocimiento por parte del imputado. En Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal generalmente considera que un acusado o investigado tiene también derecho a conocer los elementos del proceso meramente investigativo

---

<sup>1917</sup> MENDES & BRANCO (2012: 474-475).

<sup>1918</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 124-127) hablando del caso *Strickland* y de los demás casos relacionados y los estándares para evaluación de la conducta del abogado y del perjuicio.

<sup>1919</sup> MENDES & BRANCO (2012: 474-477).

incluso antes de la imputación<sup>1920</sup>. De esta manera, todas las pruebas formalizadas en el proceso —lo que excluye pruebas todavía en realización— deben ser accesibles a los investigados<sup>1921</sup>.

En Estados Unidos, la Suprema Corte decidió que la acusación tiene que proveer a la defensa toda las pruebas y documentos favorables y que sean materialmente relevantes para la inocencia de los acusados o para su culpabilidad<sup>1922</sup>. Aunque la Fiscalía tenga buena fe en no presentar estas pruebas —en el caso de desconocimiento de la totalidad de los elementos colectados, por ejemplo— la supresión de documentos materialmente favorables al acusado representa una violación al derecho del debido proceso<sup>1923</sup>. En la decisión inicial, la Corte había mencionado la necesidad de que la defensa requiriera a la Fiscalía presentar información existente que fuera favorable al acusado. En casos posteriores, la Suprema Corte estadounidense decidió que la Fiscalía debe informar a la defensa de la existencia de elementos probatorios favorables, mismo en los casos que no existe requerimiento de los acusados<sup>1924</sup>. En todo caso, para generar una nulidad, hace falta que la defensa demuestre que la no presentación de las pruebas resultó en perjuicio concreto. Sin embargo, estos casos permiten la declaración de nulidad, por ejemplo, cuando la Fiscalía no informa que un testigo utilizado en el proceso recibió *plea bargaining* para hablar contra los otros acusados<sup>1925</sup>. De este modo, se observa que, en Estados Unidos, la cuestión del conocimiento de las pruebas obliga a la Administración a suministrar incluso elementos fuera del proceso pero que puedan tener relevancia para la defensa, como presupuesto lógico para que el abogado —y el acusado, conforme el caso— ejerza adecuadamente la defensa técnica.

El principio de contradicción se relaciona con la defensa puesto que se concretiza a partir de la garantía de que el acusado —y su abogado— puedan participar del proceso y de los actos procesales añadiendo su versión a la verdad formalizada en el proceso. Este principio pone a la parte como colaborador necesario del desarrollo procesal, de manera que es ejercido bajo la ciencia de los actos procesales y la participación<sup>1926</sup>. La ciencia puesto que, así como ocurre con la garantía de amplia defensa, el acusado solamente puede ejercer sus derechos procesales a partir de la ciencia de los actos y los contenidos del proceso. La manifestación, puesto que necesita

---

<sup>1920</sup> MENDES & BRANCO (2012: 476).

<sup>1921</sup> MENDES & BRANCO (2012: 476).

<sup>1922</sup> *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

<sup>1923</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 130) hablando del caso mencionado *Brady*.

<sup>1924</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 131). *Vid.* también *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976) y *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667 (1985).

<sup>1925</sup> *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972).

<sup>1926</sup> CAPEZ (2012: 64).

tener esta posibilidad de actuar para demostrar su versión a la autoridad responsable por la emisión del juicio en el caso<sup>1927</sup>.

La contradicción puede ser ejercida en los actos materiales de obtención de pruebas o de producción de los argumentos sobre las pruebas. En este sentido, a los acusados les debe ser garantizado, por ejemplo, participar en las audiencias de testigos para que puedan realizar sus preguntas<sup>1928</sup>. También debe ser garantizado el conocimiento de las solicitudes realizadas por la Fiscalía, para sobre ellos manifestarse antes de las decisiones en el proceso. Algunos actos procesales requieren que este derecho de participar sea reducido/limitado o realizado posteriormente. Por ejemplo, en el caso de medidas cautelares, la ley puede contener elementos que justifican la manifestación del acusado solamente después de concedida de manera cautelar o provisional la medida solicitada. De igual modo, en el caso de la colecta de pruebas documentales, la contradicción será ejercida a partir de la ciencia del acusado y su posibilidad de manifestación acerca de la documentación recuperada. Es interesante observar, en este caso, que la contradicción puede ocurrir al mismo tiempo que se produce el acto procesal o posteriormente. En el caso de una audiencia de testigo, conforme se ha mencionado, la contradicción deberá ocurrir, como regla, en la propia audiencia. En el caso de elementos producidos en la investigación, reunidos como pruebas documentales en el proceso, la contradicción ocurrirá posteriormente, a partir de la ciencia y de la oportunidad de manifestación. Esto significa que algunos actos procesales exigirán información previa a la defensa, para facultarle la participación, y otros actos exigirán notificación posterior, para facultarle la manifestación.

El principio de contradicción funciona como una regla de ampliación de la defensa. La garantía de amplia defensa permite que los acusados utilicen los medios de pruebas lícitos, es decir, presenten sus pruebas y sus argumentos. La contradicción permite que los acusados participen en toda la marcha procesal, incluso en los actos originados a partir de la acusación. Esto posibilita a la defensa demostrar su versión e intentar influenciar la opinión de la autoridad responsable por la emisión de la decisión del caso. Como en el caso de la autodefensa, la contradicción es una garantía del acusado que puede o no ser ejercida. Su renuncia no necesariamente generará nulidad en el proceso, desde que exista evidencia de voluntariedad<sup>1929</sup>. El no ejercicio de los derechos de contradicción es considerado, incluso, una posible estrategia de defensa<sup>1930</sup>, en la cual el acusado observa el intento de la acusación para obtener las pruebas necesarias y en consecuencia conseguir la condena.

---

<sup>1927</sup> CAPEZ (2012: 65).

<sup>1928</sup> RIBEIRO (2017: 70) hablando de *processo administrativo sancionador* de la Ley de la Empresa limpia de Brasil.

<sup>1929</sup> RIBEIRO (2017: 70).

<sup>1930</sup> RIBEIRO (2017: 70).

Tanto la amplia defensa como la contradicción implican el derecho de apreciación por parte de la autoridad responsable de la decisión<sup>1931</sup>; quién tiene que considerar los elementos presentados no solo por la acusación, sino contrastarlos con lo presentado por el acusado, en su defensa. Esto exige la evaluación de las pruebas y de los argumentos jurídicos presentados, y el juzgador debe demostrar la capacidad de imparcialidad y de comprensión de estos elementos y explicaciones<sup>1932</sup>. Más allá de simplemente conocer la actividad procesal de la defensa, la autoridad responsable por la decisión debe considerar de manera detallada la producción de los elementos de defensa<sup>1933</sup>. El debido proceso, en este punto, actúa como soporte material para la reproducción de la verdad a partir del principio de la presunción de inocencia y de los derechos de defensa y de contradicción, como verdadera tutela de los inocentes en el proceso. La decisión —en el proceso penal, la sentencia— tiene que considerar estos argumentos presentados como un todo, y para efectos de control, debe tener en su motivación el registro de las pruebas y de las normas o leyes utilizadas por la autoridad para llegar a la conclusión. De esta manera, en el desarrollo del proceso se garantizan los derechos de defensa y en la motivación de las decisiones se materializa la importancia que estos derechos tuvieron en el caso concreto.

Conforme se ha mencionado, es en el proceso penal que los derechos de amplia defensa y de contradicción tienen su más profundo efecto<sup>1934</sup>. Esto está relacionado con las posibilidades de conclusión del proceso penal y de la imputación, en especial con la restricción a derechos y garantías fundamentales, como derechos a la libertad y a la propiedad. También el desarrollo de la verdad procesal está relacionado con la más amplia aplicación de los mencionados principios en el Derecho Procesal penal, no solamente por las posibles restricciones, sino también por la noción del Derecho Penal como herramienta para propiciar la prevención de conductas socialmente indeseables<sup>1935</sup>.

No obstante, la modernización de diversos ordenamientos jurídicos contempló, en los últimos años, la adopción de otras soluciones de sanción para imponer responsabilidad por la práctica de hechos indebidos<sup>1936</sup>. Como ejemplo se puede mencionar el caso de las personas jurídicas y la falta de un estándar internacional que delimite la naturaleza de la responsabilidad, de manera que algunos países implementan responsabilidad penal, otros, por sus tradiciones jurídicas, implementan

---

<sup>1931</sup> CAPEZ (2012: 64-65).

<sup>1932</sup> MENDES & BRANCO (2012: 474).

<sup>1933</sup> MENDES & BRANCO (2012: 474).

<sup>1934</sup> MENDES & BRANCO (2012: 4747).

<sup>1935</sup> *Vid.* apartado anterior en este capítulo sobre las diferencias entre el derecho criminal y el Derecho Administrativo sancionador.

<sup>1936</sup> ENGELHART (2014: 54-56).

responsabilidad civil o administrativa<sup>1937</sup>. Este esfuerzo está relacionado directamente con la necesidad de prevenir y reprimir conductas consideradas delitos, a través de responsabilidad no penal. Aunque se mencione que las sanciones civiles y administrativas no pueden generar restricción a los derechos a la libertad, si pueden generar restricciones a otros derechos fundamentales, en especial a la propiedad. Además, pueden generar punición<sup>1938</sup> —y no simplemente responsabilidad civil de reparación de daños—. Otros ejemplos de estrategias desarrolladas para prevenir y sancionar conductas consideradas delitos son el decomiso civil de productos derivados de delitos y la responsabilidad civil o administrativa por enriquecimiento ilícito<sup>1939</sup>. De hecho, en algunas situaciones, la adopción de responsabilidad administrativa —o civil— en realidad sirve para los propósitos de prevención y represión de conductas consideradas delitos: propósitos tradicionales del Derecho Penal. En estos casos, los estándares de contradicción y de amplia defensa no deberían ser reducidos a los niveles de las tradiciones del Derecho Civil o del Derecho Administrativo común, pero deben tener su contenido ajustado y extendido a la verdadera finalidad de la responsabilidad y al peso que la sanción (como punición) represente.

#### **4.1. Contradicción y de amplia defensa con relación a las personas jurídicas**

El proceso penal como medio para realizar las finalidades de prevención y represión de conductas indeseables, a través de la imposición de la restricción de derechos, implica la asignación de derechos y garantías procesales a las partes acusadas de las prácticas indebidas. El hecho de incluir a las personas jurídicas como parte del proceso generará la necesidad de adaptación de éste —y de las investigaciones y otros actos relacionados— de manera que no represente la violación a los derechos relacionados al debido proceso<sup>1940</sup>. De esta manera y conforme a lo mencionado, las garantías del debido proceso deben ser asignadas a las personas jurídicas con las modulaciones necesarias, dado su desarrollo tradicional a partir de la consideración de las personas naturales<sup>1941</sup>. Específicamente con relación al principio de contradicción y de amplia defensa, deben ser asignados a las personas jurídicas imputadas en el proceso penal —o en el proceso administrativo sancionador que tenga las mismas finalidades del proceso

---

<sup>1937</sup> *Vid.* ENGELHART (2014: 54-55) y el ejemplo de Brasil en el Capítulo VI.

<sup>1938</sup> BRODOWSKI (2014: 218-219).

<sup>1939</sup> Más información sobre estos temas, *vid.* BLANCO CORDERO (2011), FABIÁN CAPARRÓS (2017a: 323 y ss.) y BLANCO CORDERO (2012). En Brasil, la *Ley de Improbidad Administrativa* prevé sanciones aplicables a casos de enriquecimiento ilícito.

<sup>1940</sup> NEIRA PENA (2014: 198).

<sup>1941</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114). *Vid.* también PÉREZ GIL (2017: 41).



penal tradicional<sup>1942</sup>—. Esta modulación podrá cambiar conforme el sistema jurídico y sus referencias procesales, y tendrá tanta importancia como la posibilidad de la implementación de punitivos que generen verdaderas restricciones a derechos fundamentales<sup>1943</sup>.

No obstante, la reglamentación de estos derechos en el sistema jurídico tendrá diversos desafíos, en especial en lo que se refiere a las personas que representarán a la persona jurídica en el proceso. La contradicción y la amplia defensa implican la posibilidad de participación personal del acusado y de la presentación de la versión de los hechos y de los argumentos. Esto se concretiza parcialmente, a partir de la garantía del acusado para comparecer a las audiencias y participar en los actos procesales. Sin embargo, en el caso de la persona jurídica, sus representantes, directivos y prepuestos no son la persona jurídica en sí. En este aspecto, las estrategias de defensa, el conocimiento de los hechos, incluso la participación individual en los hechos indebidos podrá estar pulverizados en diversos individuos. Por esto es importante que el sistema jurídico tenga reglas específicas relacionadas a la participación de los representantes de la persona jurídica, en especial para la actuación de los directivos y representantes de la persona jurídica que no estuvieron involucrados en los hechos indebidos. Muchas veces estos son los representantes con el real interés de defender a la persona jurídica, además de los dueños y propietarios. Es importante considerar que estos últimos, simplemente por su derecho a la propiedad, no necesariamente tendrán el derecho de representar o hablar por la persona jurídica en todos los casos<sup>1944</sup>.

Otra cuestión relevante con relación al derecho a la defensa se relaciona con la posibilidad de conflicto de interés entre los dirigentes, representantes o empleados de la persona jurídica que estuvieren involucrados en los hechos indebidos. En estos casos, el agente que actuó en la conducta indebida puede tener el interés de no presentar información y pruebas para no generar su propia incriminación. Para garantizar sus derechos personales relacionados al debido proceso, puede ser necesario posibilitarle la no participación en el proceso. En otras palabras, forzar o penalizar a la persona jurídica por no obtener información de sus agentes involucrados en los delitos puede significar un incentivo para la violación de los derechos de las personas físicas. Como alternativa a ello, el sistema puede incentivar que las personas jurídicas realicen una investigación interna, hagan reporte

---

<sup>1942</sup> *Vid.* apartado anterior. *Vid.* también apartado específico sobre Derecho Administrativo sancionador. En el caso de Brasil, la contradicción y la amplia defensa en los procesos administrativos están previstos en el orden constitucional, conforme el art. 5.º, LV de la Constitución Federal.

<sup>1943</sup> *Vid.* apartado anterior sobre criterios para evaluación de las sanciones, en especial con relación a los criterios de Estados Unidos y los relacionados a la aplicación de punitivos y de estrategias para prevenir y reprimir conductas consideradas delitos.

<sup>1944</sup> Por ejemplo, en el cual propietarios no tengan competencia para actuar en la administración de la persona jurídica.

voluntario y cooperen con las autoridades, para entregar pruebas e información que auxilien en la imposición de responsabilidad individual a sus agentes, si estuvieren en búsqueda de un acuerdo<sup>1945</sup>. En este caso, el sistema garantizaría los derechos procesales de las personas físicas y al mismo tiempo posibilitaría a la persona jurídica ejercer, si fuera el caso, su amplia defensa en el proceso, presentando la documentación y la información de su investigación interna, sin la obligatoriedad de presentar como testigos a los responsables individuales por los delitos.

La investigación interna realizada por la persona jurídica podrá tener más importancia en el caso de un sistema de cumplimiento en sí mismo. No que el sistema no sea importante, pero el sistema de control seguramente tendrá fallos (hubo incumplimiento), y aunque sea planteado adecuadamente en términos formales, la evaluación de su eficacia puede ser considerada a partir del caso concreto. En este aspecto, generar algún tipo de detección —aunque provocado por denuncia— e investigación pueden ser considerados las principales pruebas de efectividad del sistema<sup>1946</sup>.

El hecho de que un sistema garantice ventajas —como exención de responsabilidad o su reducción— a las personas jurídicas que efectivamente realicen investigaciones internas a partir de sus sistemas de cumplimiento reduce los costes empresariales de las medidas de prevención de delitos, o sea, incrementa la posibilidad de que las empresas auxilien al Estado en la prevención de conductas consideradas socialmente indeseables. Por ejemplo, en el sistema federal de Estados Unidos, la decisión de una empresa de no realizar la investigación de una conducta sospechosa puede ser arriesgada, puesto que la auto detección, la investigación interna y el reporte pueden generar la no imputación de la persona jurídica y la consecuente no imposición de responsabilidad penal por los hechos<sup>1947</sup>. Para realizar dichas investigaciones, las empresas en Estados Unidos muchas veces utilizan un *in house counsel*, o un abogado contratado como empleado para actuar de tiempo completo en la empresa. En este sistema, las reglas del privilegio entre clientes y abogados también son aplicables a

---

<sup>1945</sup> En realidad, esa estrategia de ofrecer mitigación de responsabilidad a las personas jurídicas a partir de la implantación de sistemas de control que identifiquen los hechos ilícitos promueva la investigación interna y resulten en auto-reporte y colaboración con las investigaciones es considerada la mejor política pública para implementar la cultura de cumplimiento y la prevención de ilícitos a partir de la colaboración de las personas jurídicas. ARLEN (2016a).

<sup>1946</sup> Aquí se habla de eficacia del sistema considerando que hubo hecho indebido. La concepción de que si el sistema es eficaz no habrá ningún desvío parece excesiva para efectos de responsabilidad de la persona jurídica. El sistema sirve para generar incentivos que actúen para prevenir la conducta ilícita por parte de individuos, pero no para realmente impedir con total certidumbre que los individuos no practiquen dichas conductas. Además, la manera del sistema generar prevención también será basada en los casos prácticos, en la demostración de que la empresa actúa detectando, investigando y auxiliando las autoridades en la implementación de responsabilidad a los individuos. STRADER (2011: 355-356). *Vid.* también DEMING (2018: 2).

<sup>1947</sup> STRADER (2011: 349).

los contratados como *in house counsel*<sup>1948</sup>, lo que posibilita la actuación en todo momento de un empleado de la empresa, con conocimiento jurídico, para evaluar situaciones sospechosas y denuncias de actos indebidos, sin la preocupación de que esos abogados sean llamados posteriormente para actuar como testigos contra la persona jurídica<sup>1949</sup>. Además, también posibilita a la persona jurídica hacer una investigación interna y coleccionar las pruebas necesarias para instruir su decisión de reportar o no a las autoridades<sup>1950</sup>. Tal solución jurídica también se traduce en un incentivo a la cultura de emplear a un abogado para que esté disponible para esclarecer las dudas de los demás empleados y directivos acerca de las conductas que deben ser adoptadas o que fueron adoptadas en las relaciones de negocio. En este sentido, estimula la cultura de adopción de la diligencia debida en las relaciones de negocio.

De esta manera, el sistema estadounidense permite que la persona jurídica tenga empleados responsables para responder a las dudas y realizar las investigaciones y obtención de pruebas internamente. Ese rol del *in house counsel* parece ser de gran importancia para el posterior ejercicio de contradicción y de amplia defensa, puesto que posibilita a la persona jurídica efectivamente investigar sin el riesgo de que los empleados utilizados en la investigación —los abogados— sean llamados posteriormente para funcionar como testigos contra la empresa. Al mismo tiempo, la investigación interna no representa —si está conducida dentro de las reglas de normalidad— violación de los derechos a la presunción de inocencia de los empleados y directivos involucrados en las actividades delictivas. Además, el sistema de incentivos se vuelve completo con la decisión de no hacer la imputación por delitos, si la empresa utiliza esa investigación interna para realizar el reporte y colaborar con las autoridades en la solución del caso y la consecuente implementación de responsabilidad a los individuos involucrados en los hechos. En el caso de Brasil, además de las tradiciones jurídicas, la propia Ley de la Empresa Limpia prevé que a la persona jurídica le serán garantizados los derechos a la contradicción y a la amplia defensa<sup>1951</sup>.

#### **4.2. Contradicción y amplia defensa con relación a los acuerdos**

Las garantías de contradicción y de amplia defensa generan la necesidad de definir diversos retos relacionados a los acuerdos de negociación, incluso en los casos en que la colaboración significa simplemente la confesión y renuncia al juicio con la expectativa de la reducción de la pena —o la

---

<sup>1948</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 699).

<sup>1949</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 699).

<sup>1950</sup> PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 699).

<sup>1951</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

reducción en la imputación—. Para el adecuado desarrollo de las negociaciones, hace falta que se conozcan los intereses, las cuestiones y las posiciones de las partes<sup>1952</sup>. En estos términos, hace falta que las partes identifiquen los problemas sobre los cuales se hará la negociación, los bienes y ventajas pretendidos por las partes a partir de la negociación y las razones y argumentos de las partes sobre estos elementos<sup>1953</sup>. De igual modo, para la negociación de acuerdos de colaboración, sean más simples o más complejos, hace falta una cantidad de información sobre los hechos, para que las partes alcancen una conclusión —lo que incluye el conocimiento del rol de la parte colaboradora en ellos y el soporte probatorio existente—. Además de conocerlos, es relevante la evaluación de estos elementos, sus probables consecuencias jurídicas, como imposición de penalidad, además de la identificación de las ventajas pretendidas y la concreta posibilidad de obtención de esas ventajas. Estos elementos serán conocidos de manera conjunta por ambas partes —la autoridad y la defensa—. No obstante, conforme el caso concreto, podrá o no existir una gran asimetría de información entre esas partes negociantes, de manera que una de las partes tenga una gran cantidad de información no disponible para la otra.

En relaciones contractuales privadas, resguardadas bajo cláusulas excepcionales, la asimetría de información es en muchas ocasiones utilizada como herramienta por las partes negociantes para intentar extraer del acuerdo o del contrato las más amplias ventajas. No obstante, la utilización de las herramientas de justicia negociada en los casos penales —o en los procesos de aplicación de sanción— conlleva un contenido relevante de intereses públicos<sup>1954</sup>. De esta manera, una negociación para acuerdo en el ámbito de la justicia negociada implica en primer lugar para el interés público, promover la prevención y represión de conductas socialmente indeseables, como presupuesto de la capacidad del Estado para imponer restricciones a derechos a través de la imposición de puniciones.

En segundo lugar, la utilización de herramientas de justicia negociada implica también el cumplimiento del interés público para permitir que esta imposición ocurra de manera más eficaz, sea simplemente porque ocurrirá más rápidamente, porque generará la ampliación de las investigaciones, o porque será más económica a la Administración. Por último, el permiso para que el Estado imponga puniciones a conductas de personas —físicas o jurídicas— también implica en la necesidad de asignar garantías procesales

---

<sup>1952</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 131-133). Conforme a los autores, las cuestiones son los problemas relacionados a las negociaciones y a las tratativas, los intereses, lo que cada uno procura alcanzar, y las posiciones son las *razones, justificativas o argumentos* sobre las cuestiones o sobre los intereses.

<sup>1953</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 131-133).

<sup>1954</sup> *Vid.* apartado anterior sobre las ventajas de la colaboración y de la utilización de herramientas de justicia negociada.

a los acusados e imputados, para garantizar la tutela de los inocentes<sup>1955</sup>. Por ello, aunque las negociaciones tradicionalmente signifiquen —muchas veces de manera deseable— una asimetría de información, el hecho de que las herramientas de justicia negociada en el ámbito del Derecho Penal —o sancionador— estén relacionadas con intereses públicos hace que se requiera del sistema de negociación determinadas estructuras para resguardo de dichos intereses.

De hecho, el primer reto de la negociación de acuerdos y de la amplia defensa está relacionada con la necesidad de que la Administración provea información suficiente acerca del conocimiento que tiene de los hechos. La aceptación de un acuerdo de colaboración es una verdadera estrategia de defensa, puesto que frente a la certidumbre de la condena —o al menos de la gran posibilidad de la condena y de los costes del proceso— la parte decide colaborar a cambio de una reducción en su punición. Esto significa que ya existe una instancia de defensa o, en otras palabras, ya existe una instancia de acusación. La expresión parece impropia en este momento puesto que la negociación no es tradicionalmente desarrollada a partir de una relación procesal con partes antagónicas y con intereses contrapuestos.

Sin embargo, la negociación en el ámbito del Derecho Penal —o administrativo— ocurre a la sombra de la relación procesal que potencialmente generará la condena penal o administrativa. En estos términos, parece necesario que la Administración provea adecuado conocimiento de la información que detiene tanto sobre la culpabilidad como sobre la no culpabilidad de los potenciales colaboradores<sup>1956</sup>. Proveer esta información a la defensa en la negociación de acuerdos también parece ser la estrategia que más se adecua al binomio del Derecho Penal de promover la responsabilidad de los culpables y tutelar al derecho de los inocentes<sup>1957</sup>. Si existe la obligatoriedad de demostrar el soporte probatorio del caso en la etapa inicial, existe la posibilidad de reducción de las imputaciones penales indebidas, porque que las partes podrán debatir sobre la insuficiencia del caso mientras negocian las condiciones de posible colaboración, y esto es necesario para garantizar la tutela a los inocentes.

La obligatoriedad de proveer los datos también hace que los acusados, delante del suficiente soporte probatorio, tengan la oportunidad de evaluar de manera racional los incentivos para colaborar con el sistema. De esta manera se puede optimizar la imposición de responsabilidad a los delincuentes en la medida de su culpabilidad. Estas conclusiones son,

---

<sup>1955</sup> *Vid.* apartado anterior sobre el debido proceso. *Vid.* también FERRAJOLI (2002: 483) hablando sobre la tutela de los inocentes.

<sup>1956</sup> Como ejemplo, en Estados Unidos, delante de la imputación criminal, la Fiscalía tiene que informar a la defensa sobre todos los elementos que puedan significar materialmente ventaja para defensa, como *exculpatory or impeaching material*. *Vid.* HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 130-34).

<sup>1957</sup> FERRAJOLI (2002: 483).

seguramente, basadas en el planteamiento ideal, en el cual la Administración tiene la información y las pruebas necesarias para hacer la imputación penal —o *administrativa*— a partir de sus esfuerzos de investigación. Sin embargo, en el caso concreto, habrá muchas situaciones en las cuales no existirán pruebas suficientes en los procedimientos preliminares y de investigación, para demostrar la culpabilidad de verdaderos delincuentes. De igual modo, la ausencia de contradicción y de dilación probatoria en las fases iniciales de la investigación también podrán generar indicios de culpabilidad de personas inocentes, debido a la falta de elementos exculpatorios o que esclarezcan las zonas de dudas e incertidumbre<sup>1958</sup>. En todos los casos, proveer a la defensa con la información de las investigaciones existentes en el momento de las negociaciones parece ser la providencia más adecuada acerca del derecho de amplia defensa, por permitir el conocimiento necesario para la definición de la estrategia de defensa a ser adoptada.

No obstante, la obligatoriedad de informar a la parte acusada los elementos de la investigación generarán desafíos para la Administración. Información sobre investigaciones todavía no concluidas, en especial en los casos que involucren a otras personas, podrá generar perjuicio para la eventual obtención de pruebas. Estos problemas serán tan relevantes como más grave fuera la conducta indebida. Por ejemplo, en el caso de investigaciones sobre blanqueo de capitales relacionadas a corrupción y otros delitos, si la Administración tiene que suministrar todas las pruebas e información existentes, proveerá a la acusación datos sobre cuestiones que pueden estar todavía bajo investigación, de manera que dará la pista para que los delincuentes cambien sus conductas con la finalidad de obstaculizarlas.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil tiene en sus manos la decisión de garantizar a los acusados en investigación policial la obtención del elemento de información o de prueba, aunque no haya concluido el procedimiento<sup>1959</sup>. Sin embargo, y especialmente para los casos de recogida de pruebas más complejas, como la interceptación telemática y otras medidas de prueba invasivas a la intimidad, la jurisprudencia del tribunal indica la necesidad de informar a la defensa solamente cuando esté debidamente concluida y documentada la prueba<sup>1960</sup>. Para ello, la autoridad que investiga debe formalizar las providencias de las pruebas todavía no concluidas en autos separados de los de la investigación, para posibilitar el

---

<sup>1958</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, existen críticas sobre los incentivos del sistema de *plea bargaining* que genera con que inocentes acepten acuerdos de confesión y renuncia a derechos procesales a cambio de evitar los costes del proceso criminal y obtener alguna mitigación en su responsabilidad. *Vid.* apartado sobre la crítica al sistema de Estados Unidos relacionado con la confesión de inocentes.

<sup>1959</sup> MENDES & BRANCO (2012: 475-476).

<sup>1960</sup> MENDES & BRANCO (2012: 475-476).

acceso de la defensa a la parte de la investigación ya debidamente documentada<sup>1961</sup>.

El segundo reto relacionado con los acuerdos de colaboración es que, como a los acusados e imputados se les garantiza el derecho a la contradicción y la amplia defensa, no les debe ser requerido presentar todos los elementos que serán utilizados en la defensa mientras negocian su potencial colaboración. Los sistemas jurídicos tendrán reglas específicas para la presentación de pruebas en los momentos específicos<sup>1962</sup>, sin embargo, estas obligaciones no parecen adecuadas mientras no se empieza la imputación por las prácticas delictivas, puesto que pueden significar hacer previsible las estrategias de defensa —y eventualmente la violación del derecho a la presunción de inocencia y al silencio—. De igual modo, la contradicción es una facultad procesal del acusado, y parece estar relacionada con la visión tradicional de la relación procesal. Sin embargo, conforme se ha mencionado, la protección de contradicción como facultad en la fase de negociación se relaciona al hecho de que esta fase está conectada con una eventual futura relación procesal que podrá resultar en la imposición de punición. Así, la posición de la Administración en la negociación debe ser considerada mixta, y no simplemente de negociador, puesto que el Estado a través de la Administración representará, en el potencial proceso penal, la parte acusadora. Por esto, ejercer la contradicción en la negociación también debe ser considerada como una facultad.

Sin embargo, la negociación del acuerdo de colaboración entre la Administración y el eventual acusado exigirá la renuncia de derechos procesales, en lo que se refiere al ejercicio de amplia defensa y de contradicción. Esta renuncia no será meramente procesal, sino también significará una confesión o aceptación de culpabilidad y de imposición de responsabilidad. Además, en los casos en que la colaboración significa proveer información y pruebas sobre los hechos y sobre los demás involucrados, la actividad de colaborar significará materialmente entregar pruebas e información incluso contra sí mismo. En este aspecto, aunque deba ser siempre garantizado a los acusados la contradicción y la amplia defensa, incluso en la negociación, materialmente la negociación no tiene como ocurrir, o a lo mejor no tiene como generar de verdad un acuerdo, si no existiera al menos la confesión —o la asunción de veracidad de los

---

<sup>1961</sup> MENDES & BRANCO (2012: 475-476) hablando del procedimiento necesario de utilización de autos distintos en las investigaciones, con el propósito de por un lado posibilitar el acceso por la defensa, y por otro posibilitar la continuidad de producción de pruebas en sede de investigación que todavía no deben ser conocidas por las partes puesto que no conclusas, como escuchas de teléfono y otras pruebas.

<sup>1962</sup> En los casos criminales federales Estados Unidos, la defensa es obligada a informar sobre la utilización de alibi como estrategia para la defensa antes de la audiencia del juicio. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 104), hablando del *Federal Rules of Criminal Procedure*.

hechos—<sup>1963</sup>. Este rasgo parece estar en el núcleo de la efectividad de la participación de personas jurídicas en el combate a la corrupción, debido a la especial naturaleza de las personas jurídicas en comparación con las personas físicas. En primer lugar, debido al hecho de lo que materialmente corresponde a la colaboración con las autoridades en una herramienta de justicia negociada. Conforme se ha mencionado, la colaboración puede variar desde la mera confesión y renuncia al juicio, para recibir la sentencia sin los costes tradicionales del proceso y con alguna expectativa de mitigación de penal, hasta una colaboración cualificada, que signifique proveer información y pruebas acerca de los hechos indebidos y demás involucrados<sup>1964</sup>.

En segundo lugar, en el caso de la delincuencia de personas jurídicas, materialmente quien practica las conductas indebidas son personas físicas, actuando bajo dirección, comando o control de las personas jurídicas. En este aspecto, la mera confesión de la persona jurídica, aceptando los hechos y renunciando al juicio, implicará en la aceptación de que algún individuo —o individuos— son responsable por la práctica de conductas ilícitas. No hay posibilidad de que la confesión de la persona jurídica no implique en la incriminación de por lo menos una persona física, aunque dicha confesión no la nombre. Por ello, también puede ocurrir que los sistemas jurídicos permitan o la mera aceptación de culpabilidad y de la sanción o la más completa colaboración con las investigaciones. En la primera situación, por ejemplo, un determinado sistema jurídico puede adoptar como estrategia implementar herramientas de justicia negociada con confesión y renuncia al juicio de personas físicas simplemente para no tener que lidiar con los costes del proceso. En el otro extremo, el sistema jurídico puede requerir de la persona jurídica colaboradora la más amplia colaboración, que signifique además de aceptar la sanción, la reparación de daños y el pago de indemnización a las víctimas, la total colaboración con las investigaciones de los hechos indebidos. La más amplia colaboración, en este sentido, conllevará a la obtención de información acerca de las personas físicas responsables por los hechos, su extensión y la reparación necesaria. Conforme a lo mencionado, este modelo de colaboración es considerado como el que hace que realmente se incentive a las personas jurídicas a implementar una cultura de cumplimiento y de auxiliar a los gobiernos en la lucha contra los delitos y la corrupción<sup>1965</sup>. Esta colaboración amplia implica que la persona jurídica realice una investigación interna, reporte

---

<sup>1963</sup> Considerando que la colaboración de quien no asume participación en los ilícitos o no asume ninguna responsabilidad es, en realidad, la colaboración de un testigo o de un *whistleblower*.

<sup>1964</sup> El *guilty plea* de Estados Unidos, por ejemplo, puede significar una mera confesión y renuncia al proceso para recibir una condena más rápida, sin los costes del proceso criminal. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 161).

<sup>1965</sup> ARLEN (2016a: 5-8).



voluntario y colabore con las autoridades en las investigaciones y procesos que buscan imponer responsabilidad a los individuos<sup>1966</sup>. Si solamente en estos casos es asignada a la persona jurídica las más amplias ventajas, el sistema tendrá un incentivo para la total renuncia a la amplia defensa y la contradicción desde el inicio de la colaboración. La definición de lo que significa la más amplia colaboración, conforme a los determinados delitos, parece ser importante para garantizar que se obtengan estos resultados mencionados. O sea, la persona jurídica colaboradora tiene que comprobar la adecuada extensión de su investigación y su adecuada sujeción a las exigencias relacionadas a la colaboración, como proveer documentos, resarcir daños y entregar pruebas en proceso de responsabilidad de los individuos responsables por las conductas. Por lo anterior, estos elementos significan una amplia renuncia a los derechos de defensa de las personas jurídicas para colaborar con las autoridades y generar, a través de su colaboración, reducción o exención de responsabilidad.

El tercer reto sobre las garantías de contradicción y la amplia defensa en la negociación de colaboración está relacionado con del eventual control de la negociación y de la decisión de la Administración de aceptar o no los términos del acuerdo. Conforme se ha mencionado, aunque se considere que se está en la negociación, la actividad de proveer información para debatir las cláusulas de un acuerdo ocurre siempre bajo la sombra de la continuidad de un proceso de responsabilidad penal o administrativo. Un sistema jurídico puede garantizar amplia discrecionalidad a la autoridad para decidir si acepta o no la colaboración en el ámbito de la justicia negociada o puede requerir evaluación de elementos para adoptar una decisión vinculada sobre la posibilidad o imposibilidad de acuerdo de colaboración<sup>1967</sup>. En el caso de la amplia discrecionalidad de las autoridades en la toma de decisión sobre la posibilidad o no de colaboración, la negociación probablemente será objeto de un bajo o ningún control jerárquico o judicial<sup>1968</sup>. La garantía a la contradicción y a la amplia defensa, en estos casos, no tendrá más importancia en la actividad de negociación, lo que no ocurrirá en un sistema que adopta elementos vinculantes —o al menos con un menor grado de discrecionalidad— para la toma de decisión sobre la posibilidad o no de aceptar un acuerdo de colaboración. Si el sistema jurídico requiere de la autoridad la motivación, considerando determinados elementos (previstos en ley o reglamento) de cumplimiento

---

<sup>1966</sup> ARLEN (2016a: 5-8).

<sup>1967</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, el sistema jurídico garantiza a la Fiscalía amplia discrecionalidad para decidir a quién imputar, porque imputar, además de posibilitar discrecionalidad en las decisiones relacionadas a la utilización del *plea bargaining*. CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31-32) hablando de la amplia discrecionalidad de la Fiscalía y de los factores que deben ser considerados en la toma de decisión.

<sup>1968</sup> *Vid.* en el capítulo anterior el apartado de las críticas sobre el sistema de Estados Unidos relacionadas con la falta de control de la discrecionalidad de la Fiscalía.

del interés público, para aceptar colaboración o rechazarla, la participación de los supuestos involucrados en la negociación debe generar un proceso con el estándar de formalidad necesario para registrar estos elementos de interés público. En este aspecto, la contradicción y la amplia defensa tendrán el contenido de garantizar que las partes que tengan interés en colaborar también formalicen sus razones y sus compromisos de colaboración, y que esta formalización posibilite, posteriormente, el control de las decisiones de la autoridad.

De manera ejemplificativa, si un sistema considera que la autoridad debe aceptar colaboración amplia si el supuesto acusado entrega pruebas e información acerca de los hechos y de los demás involucrados, este supuesto acusado debe tener garantizado su derecho de presentar —aunque en ámbito de negociación— su capacidad para entregar pruebas e información necesarias. En otros términos, si el interés público justifica que la autoridad evalúe en el caso concreto determinados elementos para identificar el adecuado uso de una herramienta de justicia negociada, el interés público también justificará que los potenciales colaboradores tengan oportunidad de presentar —como una verdadera estrategia de defensa— cómo y en qué medida pretenden cumplir el interés público en el ámbito de la negociación<sup>1969</sup>. No obstante, también es importante que se considere que las herramientas de justicia negociada tienen, relación con el Derecho Penal, con la finalidad de generar una decisión más rápida, posibilitando el uso eficiente de los recursos disponibles, sea simplemente evitando el juicio o actuando como verdadero medio de obtención de pruebas y de reparación de daños. Si se asignan a las personas colaboradoras los derechos procesales en la misma amplitud y en las mismas dimensiones que en el proceso tradicional, la herramienta de colaboración podrá resultar en un proceso formal y que perderá una de las finalidades originales de su desarrollo.

## **5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad es el principio fundamental del Estado de Derecho y esta categorización está registrada de manera expresa en la casi totalidad de las constituciones modernas<sup>1970</sup>. En su esencia, el principio representa la sumisión del Estado a la ley y a los límites de actuación del administrador<sup>1971</sup>. Está relacionado con el Poder Legislativo porque a este corresponde la competencia para editar el derecho, para positivar las reglas. Se relaciona con el Poder Ejecutivo porque administrar es aplicar la ley

---

<sup>1969</sup> La ley que prevé la colaboración premiada en Brasil, por ejemplo, menciona que de la colaboración deben resultar en determinados elementos de interés público, para ampliar la amplitud de la investigación y auxiliar en la producción de las pruebas. Sin embargo, no se pretende evaluar en este punto si la referida disposición legal implica en derecho subjetivo a la colaboración premiada. Ley 12.850/2013, art. 4.

<sup>1970</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

<sup>1971</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

como oficio, y al Poder Judicial porque este tiene la competencia para aplicar la ley en el contencioso<sup>1972</sup>.

El principio de legalidad implica, en diversos contenidos, el principio de reserva legal, según el cual solamente a partir de la disposición de la ley se puede establecer una restricción a los derechos de individuos o de la colectividad<sup>1973</sup>. Actúa limitando la voluntad del administrador —o de cualquier otra persona— a la supremacía de la ley; e implica en la necesidad de existencia de la ley no solamente para proveer la capacidad de la Administración para adoptar decisiones, sino también para limitar la discrecionalidad y proveer contornos a los actos administrativos<sup>1974</sup>. Supone también en el principio democrático, a partir de las competencias del Poder Legislativo y del ejercicio de reglas de representación de mayoría y minoría. Al Poder Legislativo, con base en las normas constitucionales y a partir del ejercicio de la democracia, le es reservado atribuir competencias y los límites del Ejecutivo. De manera que el Estado Democrático adopta un orden jerárquico en la toma de decisiones: primero el constituyente atribuye los derechos, después el legislador ejerce su competencia y, a partir de la ley, el administrador adopta las decisiones prácticas<sup>1975</sup>.

El principio de legalidad tiene especial relación con el Derecho Penal, conocido a partir de la máxima *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Este vínculo es expresado también a partir del principio democrático y del principio de la separación de los poderes —todos interconectados e interdependientes del principio de legalidad—, de manera que en un Estado de Derecho no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni puede haber pena sin provisión legal<sup>1976</sup>. Esta vinculación de la legalidad con el Derecho Penal tiene dos lados muy marcados: el primero, el principio de legalidad significa que cualquiera intervención en el ámbito de las libertades debe ser basada en una ley; el segundo, las decisiones sobre la criminalización de las conductas solamente pueden ser adoptadas por quienes tengan legitimidad democrática para tal efecto<sup>1977</sup>. De hecho, toda la actuación de reprimir y prevenir a delitos —o conductas socialmente indeseables— en el Estado Democrático está basada en el principio de legalidad. Así, el principio democrático y la separación de los poderes implica, en este ámbito, que no solamente la definición de los delitos, sino también el ejercicio por parte del Estado de su derecho de punir, el modo de ejercicio de las garantías procesales, la aplicación de la pena y toda una suerte de actividades relacionadas al Derecho Penal; son definidas a través de la aplicación de ley democráticamente desarrollada.

---

<sup>1972</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

<sup>1973</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

<sup>1974</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860-861).

<sup>1975</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860-861).

<sup>1976</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

<sup>1977</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

Otra consideración sobre el principio de legalidad y el Derecho Penal está relacionada con la certidumbre de la actuación del Estado, como una manera de garantizar el adecuado desarrollo social. *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege* significa la ley anterior es necesaria para que los ciudadanos distinguan con certidumbre lo que es una conducta regular de lo que no es regular, o lo que no es socialmente deseable. Hace falta la ley para que los individuos identifiquen que una conducta es considerada un delito, y esta ley tiene que ser anterior, hace falta que sea escrita y, además, cierta<sup>1978</sup>. Estas características de la ley penal son la base del sistema de prevención general y del principio de culpabilidad<sup>1979</sup>. La prevención general es la certeza de la ley, la probabilidad de la imputación y de la pena que hace que los individuos decidan no realizar las conductas indeseables<sup>1980</sup>. Este paradigma es muy distinto de la concepción del Estado absoluto, en el cual el Derecho Penal podría ser utilizado para punir a los individuos a partir del deseo del gobernante absoluto. El Estado democrático de Derecho implica el uso del Derecho Penal como *ultima ratio* en el sistema jurídico con el propósito de prevenir al máximo la realización de conductas reprochables. Esta función preventiva ocurre si la ley es cierta —los individuos tienen condiciones de comprenderla y conocerla—, si la ley es anterior —para que los individuos sepan cuales conductas no realizar—. De igual modo, los elementos del delito y de la sanción también tienen que ser ciertos y anteriores. En esto se incluyen los elementos fácticos u objetivos de las conductas y los elementos subjetivos. Así el aplicador de la ley —tanto la autoridad responsable por la imputación y por la acusación como la autoridad responsable por el juicio— tendrá los límites legales para imponer las restricciones a derechos de libertad y propiedad con base en la culpabilidad de cada uno de los involucrados en los hechos.

Este concepto de ley, para efectos del principio de legalidad, debe ser comprendido a partir de las tradiciones del sistema jurídico de cada país. Por ejemplo, el sistema del *common law* posibilita la construcción de contenidos de norma y ley a partir de la actuación no sólo del Poder Legislativo, sino también del Poder Judicial. En estos términos, lo relevante para las limitaciones en el Estado de Derecho es que esta construcción de ley siga las tradiciones democráticas y con respeto a los derechos de los individuos. Es relevante para el proceso de prevención general que los

---

<sup>1978</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

<sup>1979</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

<sup>1980</sup> O al menos eso es lo que el análisis económico del Derecho considera como expectativa de los individuos que actúan de manera racional, a partir de incentivos racionales. En ese sentido, habrá individuos que no estén albergados por los efectos de la prevención general de la ley criminal dado que su conducta no está basada esencialmente en incentivos y factores racionales. *Vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004) hablando del sistema de incentivos del Derecho sancionador, en especial el contraste de los beneficios y los costes de las conductas ilícitas, y la no aplicación de los mismos incentivos a los agentes que se comportan de manera irracional.

individuos comprendan los comportamientos que son indeseables y las posibles sanciones a estos comportamientos.

En el caso de Estados Unidos, a partir de intentos para sistematizar los sistemas penales —en especial de los estados federados, dado que cada uno tiene competencia para instituir delitos<sup>1981</sup>— se considera en la actualidad que virtualmente todo el sistema está registrado en ley aprobada por el Poder Legislativo —*statutes*—<sup>1982</sup>. De hecho, los estados federados que tienen un sistema penal denominado *common law jurisdiction* son estados que codificaron los delitos y conceptos criminales desarrollados a partir de las decisiones judiciales<sup>1983</sup>. Otros Estados, de manera distinta, adoptaron códigos y leyes basadas en un modelo desarrollado por el *American Law Institute* denominado *Model Penal Code* —Código Penal Modelo— en la década de 1960<sup>1984</sup>. El *Model Penal Code* fue desarrollado a partir de un amplio debate sobre la necesidad de reformas en el sistema criminal de los estados, en los cuales la unificación de conceptos y modernización de la ley penal fue considerada<sup>1985</sup>. Algunas de las preocupaciones de los partidarios de estas reformas eran: el desarrollo de conceptos penales muy vagos, delitos sin víctima o que éstos afectaran prioritariamente a la población más necesitada y a las minorías<sup>1986</sup>.

En la práctica, aunque adoptado un modelo o el otro, los Estados mezclaron conceptos de *common law* con los conceptos del *model penal code* en su codificación<sup>1987</sup>. Este esfuerzo para normalizar a partir de leyes —*statutes*<sup>1988</sup>— los delitos, los elementos de culpabilidad, los estándares para evaluación de factores agravantes y atenuantes, es muy importante para el incremento de la prevención general y la implementación de la pena basada en el principio de la culpabilidad. Es un esfuerzo en el sistema de Estados Unidos que trae certidumbre, anterioridad y claridad, de manera que los individuos tengan más facilidad para distinguir lo que la ley considera delito.

Más allá de esto, es a partir de la motivación de las decisiones —judiciales o administrativas— que los interesados pueden solicitar o realizar el control de la legalidad, de la imparcialidad y de la justicia de la actuación

---

<sup>1981</sup> Ver SCHOENBAUM (2016: 298), mencionando como primer factor para la complejidad del sistema criminal estadounidense el hecho de que cada Estado federado tiene competencia para instituir delitos, además de las competencias del gobierno federal.

<sup>1982</sup> TASLITZ (2009: 113).

<sup>1983</sup> TASLITZ (2009: 113).

<sup>1984</sup> SCHOENBAUM (2016: 300).

<sup>1985</sup> SCHOENBAUM (2016: 300).

<sup>1986</sup> SCHOENBAUM (2016: 300).

<sup>1987</sup> SCHOENBAUM (2016: 300).

<sup>1988</sup> En el sistema de *common law*, las decisiones judiciales comúnmente son fuente primaria de ley, conforme a las reglas de jurisdicción y de caso precedente. De ese modo se utiliza el término *statute* para hablar de las leyes emitidas por el Poder Legislativo.

estatal, tanto del Poder Judicial como de las demás autoridades<sup>1989</sup>. En diversas situaciones, a variar conforme el sistema jurídico, estos reflejos del principio de legalidad que posibilitan el control de las decisiones y de la actuación de las autoridades están indiscutiblemente relacionados con el principio del debido proceso, porque es a partir del cumplimiento de los ritos necesarios, de las formalidades definidas, que se registra formalmente el contenido y la motivación de las decisiones y de los actos de los poderes públicos. En estos términos, el debido proceso sirve de soporte para el control de la adecuada aplicación del principio de legalidad. Las más diversas reglas de investigación y actuación demuestran esta correlación entre debido proceso y la legalidad en los sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el caso brasileño, hay obligatoriedad de instauración de proceso o investigación policial delante de la noticia de la comisión de delito. Esta obligatoriedad de investigar/procesar está basada en el principio de la oficialidad, en el caso, como reflejo del principio de legalidad<sup>1990</sup>.

### **5.1. Legalidad y discrecionalidad**

El principio de legalidad tiene importante relación con el modelo del Derecho Penal tradicional. En diversos sistemas jurídicos, la autoridad responsable por la investigación y la imputación tiene que dirigir su conducta por el principio de la obligatoriedad<sup>1991</sup>, como pasa en el caso de Brasil<sup>1992</sup>, de España y otros sistemas de Europa continental<sup>1993</sup>, por ejemplo. En estos términos, el principio de la obligatoriedad determina que la autoridad —Fiscalía o Policía<sup>1994</sup>— tiene que hacer la investigación e/o imputación al caso presentes los criterios de la ley, sin espacio a la discrecionalidad, en especial porque el Derecho Penal trata materialmente de bienes indisponibles. El principio (de la obligatoriedad) también es denominado principio de legalidad<sup>1995</sup>, pero en este caso con contenido específico. El Derecho Penal tiene la función de prevenir y reprimir conductas consideradas indeseables socialmente. Conforme se ha mencionado, esto se realiza a partir de la responsabilidad de los culpables, pero considerando también la tutela de los inocentes. Como resultado, las sanciones —o penas— pueden resultar en verdaderas restricciones a derechos fundamentales, sean relacionados a libertades o a propiedad. Por ello es común que la autoridad responsable tenga la obligación de ejercer su función dado que la ley no le permite margen de discrecionalidad para la

---

<sup>1989</sup> CAPEZ (2012: 69).

<sup>1990</sup> CAPEZ (2012: 118).

<sup>1991</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>1992</sup> CAPEZ (2012: 160) y MARTÍNEZ DALMAU (1999: 192-193).

<sup>1993</sup> NEIRA PENA (2014: 205).

<sup>1994</sup> Considerando, por ejemplo, que la Policía puede ser responsable por parte de la investigación de los delitos.

<sup>1995</sup> CAPEZ (2012: 160).

actuación: violado el bien jurídico que la norma intentaba proteger, debe haber investigación e imputación, para que la aplicación de pena funcione como herramienta preventiva. Por ello la utilización de la terminología *principio de legalidad* aquí tiene un contenido específico, demostrando la necesidad de actuación vinculada a la autoridad frente al presupuesto de la ley: la obligatoriedad. En estos casos, el propio sistema jurídico —a partir de sus tradiciones— impondrá la aplicación de la ley de manera obligatoria para promover la finalidad de prevención y represión<sup>1996</sup>.

Por otro lado, un sistema que permita amplia discrecionalidad a la autoridad policial o a la Fiscalía para investigar o hacer la imputación penal está diametralmente opuesto al sistema que adopta el principio de la obligatoriedad-legalidad<sup>1997</sup>. En el primer sistema mencionado, notificado el presupuesto fáctico al cual corresponde una descripción de delito, las autoridades tienen que actuar bajo el paradigma del principio de legalidad. En el segundo, aunque hubiera el presupuesto fáctico, la autoridad tiene la posibilidad de evaluar criterios —que podrán ser incluso de política o de utilidad social— para decidir si hace o no la investigación, si hace o no la imputación y contra quienes ejerce la acción penal<sup>1998</sup>. Como ejemplo del sistema que adopta la oportunidad —o la discrecionalidad<sup>1999</sup>— está el de Estados Unidos. En este sistema, tanto la Policía como la Fiscalía tienen la posibilidad de decidir no investigar o no hacer imputación, a partir de una decisión administrativa<sup>2000</sup>. No obstante, esta discrecionalidad está relacionada con la decisión de no investigar o no hacer la imputación —o hacerla de manera reducida, considerando solamente parte de los delitos, por ejemplo<sup>2001</sup>—. La decisión de hacer la imputación es reglada porque sigue todos los límites del Derecho, y hace falta demostrar justa causa y los elementos del delito a través de la obtención de pruebas lícitas.

Aun así, estos sistemas no parecen perfectos, opuestos con relación al principio de legalidad, puesto que en los dos el principio funciona como un

---

<sup>1996</sup> Conforme se ha mencionado, en el caso de EE.UU., la actuación de la Fiscalía delante de la práctica de delitos es regida por el principio de oportunidad, que permite a la Administración decidir cómo ejecutar la política criminal. Ver el capítulo específico sobre la colaboración en el sistema de *common law* estadounidense.

<sup>1997</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>1998</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>1999</sup> Se adopta la utilización de la palabra *discrecionalidad* al revés de oportunidad dado que el término en inglés de Estados Unidos es *prosecutorial discretion*. En realidad, en este sistema no hay distinción del término entre la discrecionalidad de la Administración no relacionada con el cumplimiento de la ley y de los reglamentos administrativos y la discrecionalidad de la Fiscalía. En ambos casos se emplea el término *discretion*: para hablar del principio de la oportunidad y la discrecionalidad administrativa. Ver CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 37) exponiendo sobre la discrecionalidad de la Fiscalía.

<sup>2000</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

<sup>2001</sup> Para más información sobre discrecionalidad en el sistema de Estados Unidos, ver apartados sobre debido proceso y sobre legalidad. Ver también *id.* y CHEMERINSKY & LEVENSON (2018).

límite de la Administración Pública, tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo y Judicial. Para hacer la investigación, los dos sistemas exigen la ocurrencia del presupuesto fáctico descrito como delito. Lo mismo ocurre con la imputación, con el incremento de que hace falta la justa causa, es decir, los sistemas requieren un contenido fáctico (materialmente demostrado) mínimo para permitir el enjuiciamiento del caso. Para la condena, tanto los sistemas de Europa continental, como de Estados Unidos y de Brasil requieren —cada uno a su manera— el más alto contenido probatorio que garantice certidumbre sobre los hechos manteniendo estándares de garantías procesales.

Las distinciones entre los dos sistemas —el de la legalidad-obligatoriedad o el de la discrecionalidad-oportunidad— está en la decisión de investigar o imputar. La discrecionalidad permite que la autoridad decida no investigar o no imputar. Sin embargo, hasta esta decisión puede estar sujeta a criterios y reglamentos, como es el caso del *Department of Justice* de Estados Unidos, que tiene guías y manuales que instruyen a los fiscales sobre los factores que deben ser evaluados para decidir imputar o no. Sus decisiones también están sujetas a leyes, reglamentos éticos y profesionales<sup>2002</sup>. Todos estos elementos son reflejo del principio de legalidad en términos generales. La distinción es que, conforme se ha mencionado, las leyes —o, mejor dicho, el sistema jurídico— permiten la evaluación de criterios de política o de utilidad social de las investigaciones y de la imputación penal<sup>2003</sup>. Por ello, el punto central de la distinción de los sistemas está en la posibilidad de que la autoridad decida por no imputar o no investigar. Para las otras decisiones de la autoridad —de investigar y de imputar, por ejemplo— el principio de legalidad parece tener una relevancia similar en los dos tipos de sistema. Aquí es importante recordar que el sistema estadounidense permite no sólo la no investigación y el no enjuiciamiento total, pero lo permite también de manera parcial: los fiscales pueden decidir presentar cargos para algunos hechos y no otros, o en contra de algunas personas y no de otras.

Además, esto no es lo mismo que decir que en un sistema que adopte el principio de la obligatoriedad-legalidad, las decisiones sobre la implementación de las políticas públicas e interés social no tendrán relevancia en la investigación y en la imputación por delitos. Factores como la creación de instancias en la Policía y la Fiscalía con mayor o menor cantidad de recursos para investigar e imputar, o como la carga de trabajo individual de los fiscales y la mayor o menor importancia que se dé a su especialización, serán también relevantes para las decisiones sobre imputación. Un fiscal con centenas de casos de robos para investigar y

---

<sup>2002</sup> Ver CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 37-52), comentando los límites de la discrecionalidad de la Fiscalía estadounidense.

<sup>2003</sup> Ver CAPEZ (2012: 160).



enjuiciar tendrá que, de alguna manera, priorizar su trabajo. Aunque se diga que tenga obligatoriedad de proponer el enjuiciamiento de todos los casos, en diversas situaciones el exceso de trabajo orillará al fiscal a priorizar que, al final, resultarán en decisiones de no enjuiciar dado el transcurso de tiempo, la ausencia de elementos probatorios mínimos, entre otros. Este argumento no demuestra que los dos tipos de sistemas funcionan de la misma manera, sin embargo, demuestra que en los dos sistemas existe un espacio relevante de legalidad, y en los dos hay también un espacio más o menos relevante de discrecionalidad/oportunidad. La distribución de esta discrecionalidad en el sistema, por otro lado, puede ser muy distinta: en el caso de Estados Unidos, conforme se ha mencionado, además de la discrecionalidad de organizar el servicio de la Fiscalía, los propios fiscales pueden decidir por hacer o no la imputación.

## **5.2. Legalidad y personas jurídicas**

Conforme se ha mencionado, el principio de legalidad es fundamental para el Estado de Derecho, puesto que representa la sumisión del Estado a la ley, limitando la actuación del administrador<sup>2004</sup>. El principio de legalidad tiene aún más interés en la aplicación del Derecho Penal, en especial a partir de la prohibición de existencia del delito o de pena sin ley anterior y cierta<sup>2005</sup>. Para que se concrete el objetivo del Derecho Penal de generar prevención de delitos o de conductas indeseables, hace falta que los individuos conozcan con antelación y con claridad cuáles son las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas de su práctica<sup>2006</sup>. Esta misma conclusión puede ser ampliada a las personas jurídicas: si es interés de la sociedad promover la prevención de conductas a partir de la imposición de responsabilidad criminal a personas jurídicas, hace falta que las conductas indeseables y las penas posibles sean conocidas previamente y de manera cierta. La misma conclusión debe ser extendida para la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por la práctica de conductas descritas como delitos. Si la decisión legislativa es adoptar responsabilidad administrativa de personas jurídicas para conductas que son descritas como delitos, es decir, posibles de generar imposición de responsabilidad criminal a otros agentes —personas físicas— la prevención de las conductas indeseables posiblemente ocurrirá solo cuando empleada la misma estrategia del Derecho Penal. En este caso, si el intento es prevenir y crear incentivos para que determinados hechos no ocurran, hace falta que estos hechos sean conocidos previamente y, además, que las consecuencias negativas —las sanciones— también lo sean.

---

<sup>2004</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

<sup>2005</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

<sup>2006</sup> MENDES & BRANCO (2012: 508-509).

De igual modo, en el Estado de Derecho hace falta la autorización por parte del representante democrático para que se imponga un límite a los derechos de los individuos<sup>2007</sup>, y la actividad de sancionar o imponer pena a las personas jurídicas se traduce en una intervención en el ámbito de libertades de los individuos. Por un lado, la imposición de responsabilidad a una persona jurídica siempre representa la imposición indirecta de responsabilidad a los inversores o a los propietarios<sup>2008</sup>. Por otro lado, el hecho de reconocer a las personas jurídicas como sujetos de derechos fundamentales por sí mismo se les resguarda de intervenciones por parte de la Administración sin la sumisión al principio de legalidad, o sin sumisión a la autorización legal<sup>2009</sup>.

La distinción entre responsabilidad penal o administrativa —o civil— resulta casi indiferente con relación a este resguardo del principio de legalidad: la limitación a la intervención a los derechos de libertad y propiedad debe ser extensible a todas las actividades de la Administración<sup>2010</sup>. Conforme se ha mencionado, el principio de legalidad se relaciona con el Poder Legislativo dada su competencia para editar el derecho, al Poder Ejecutivo debido a su competencia para aplicar la ley de oficio y, al Poder Judicial, dada su competencia para aplicar la ley en el contencioso<sup>2011</sup>. También la decisión de sancionar para prevenir conductas socialmente indeseables debe ser autorizada por una ley democráticamente desarrollada e implementada dentro de los límites definidos en la propia ley. Estos límites deben considerar simetría con los límites de la legalidad aplicada al Derecho Penal si el Derecho Administrativo sancionador empleado sirve para desestimular conductas consideradas delitos<sup>2012</sup>. De hecho, la aplicación del principio de legalidad en el Derecho sancionador implica en restricciones a la actividad de la Administración Pública incluso en los casos que exista algún espacio de discrecionalidad en la toma de

---

<sup>2007</sup> Considerando como paradigma un sistema de Estado Democrático de Derecho de una democracia representativa, con división de rol entre —por lo menos— los tres poderes: ejecutivo, judicial y legislativo.

<sup>2008</sup> AYDIN (2014: 314-315).

<sup>2009</sup> El TEDH reconoce la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas. Ver BRODOWSKI (2014: 213). También en Estados Unidos la legislación criminal federal reconoce a las personas jurídicas el mismo tratamiento dado a las personas físicas en la ley criminal. Ver 1 U.S.C. § 1 (explicitando, en el original: *the words “person” and “whoever” include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals*). Ver también PODGOR, HENNING, ISRAEL & KING (2018: 25).

<sup>2010</sup> Resulta casi indiferente porque, las consecuencias de la responsabilidad podrán o no estar bajo afectación de derechos fundamentales. BRODOWSKI (2014).

<sup>2011</sup> MENDES & BRANCO (2012: 860).

<sup>2012</sup> Ver apartado sobre derecho criminal y derecho sancionador. Además, el hecho de que las tradiciones jurídicas de un país justifiquen que sea adoptado un sistema de responsabilidad administrativa a personas jurídicas con la finalidad de prevenir e la comisión de delitos no es justificativa para la reducción de derechos y garantías de defensa. Ver PÉREZ GIL (2017: 37) y NIETO GARCÍA (2018: 126-128).

decisiones, por ejemplo, si fuera el caso con relación a las herramientas de justicia negociada<sup>2013</sup>.

Por último, es importante que se observe que asignar derechos a las personas jurídicas es esencial para el desarrollo de sus actividades. Las personas jurídicas tienen su especial importancia para permitir la organización de individuos en la consecución de finalidades e intereses de la sociedad, que no serían obtenidos sin una estructura formal empresarial<sup>2014</sup>. En este sentido, no hay interpretación posible que asegure las finalidades del Derecho Penal —o incluso de este Derecho Administrativo sancionador— y respete las tradiciones del Estado de Derecho sin que a las personas jurídicas le sean asignados los mismos estándares de aplicación del principio de legalidad asignados a las personas físicas, manteniendo la modulación necesaria<sup>2015</sup>.

### **5.3. Legalidad y los acuerdos de colaboración**

Conforme se ha mencionado, existen distinciones relevantes entre los sistemas que permiten a la Fiscalía —y otras autoridades— emplear discrecionalidad en la toma de decisiones con relación a hacer o no el enjuiciamiento de los casos criminales, y los sistemas en los cuales las autoridades son obligadas a promover la imputación de los acusados. Sin embargo, estos sistemas no son diametralmente opuestos. El punto central de la distinción está en la posibilidad de que, en un sistema, factores de ejecución de política criminal y de interés colectivo en la persecución sean determinantes para no enjuiciar los casos específicamente considerados. De esta manera, se puede argumentar que las herramientas de justicia negociada no son necesariamente incompatibles con los sistemas en los cuales la Fiscalía no tiene discrecionalidad, o en los sistemas en los cuales funciona el principio orientador de la obligatoriedad-legalidad<sup>2016</sup>. Aunque estas herramientas hayan sido desarrolladas tradicionalmente en los sistemas que adoptan reglas de discrecionalidad<sup>2017</sup>, esta característica no impide su adopción en otros sistemas con diversas tradiciones jurídicas.

Para implementar la justicia negociada, un sistema que tradicionalmente no permite discrecionalidad a los fiscales —u otras autoridades responsables— tiene básicamente dos posibilidades de adaptación: la primera, tal vez más obvia, es asignar a partir de la ley un ámbito de discrecionalidad para la autoridad, de manera que esta pueda

---

<sup>2013</sup> Sobre el tema, ver el apartado anterior.

<sup>2014</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

<sup>2015</sup> PÉREZ GIL (2017: 41).

<sup>2016</sup> NEIRA PENA (2014: 205) considera que, al menos en teoría, el poder para negociar acuerdos en los sistemas en los cuales no existe discrecionalidad de la Fiscalía es reducido comparado con los otros sistemas.

<sup>2017</sup> Ver el apartado en el capítulo anterior sobre el histórico de la colaboración en Estados Unidos. Ver también DERVAN (2012).

decidir por adoptar o no, en el caso concreto, un acuerdo u otra herramienta; la segunda posibilidad es asignar en la propia ley los elementos vinculantes que justifiquen la decisión de utilizar la herramienta de justicia negociada.

En el primer caso, habrá dos formas de asignar discrecionalidad a la autoridad, una más amplia y una más restricta. La discrecionalidad más amplia podría ser casi una *copia* del sistema estadounidense. La autoridad podría decidir no investigar o no imputar, y además podría decidir hacer un acuerdo, aceptar la colaboración o confesión y renuncia al juicio. La asignación de discrecionalidad más restringida implicaría que a la autoridad no le sería permitido desestimar un caso, a no ser que hubiera acuerdo o colaboración. Una discrecionalidad más restringida que la estadounidense, de manera que permitiera la decisión entre proponer acuerdo o hacer la imputación. Ambas soluciones implican asignar un grado de discrecionalidad a una autoridad que, muchas veces, no tenía esa discrecionalidad como tradición jurídica. La primera solución parece tener un impacto más grande en el cambio de las tradiciones del sistema que originalmente no era regulado por el principio de oportunidad.

La segunda posibilidad, en su caso, implica mantener las tradiciones del sistema jurídico, no permitiendo un espacio de discrecionalidad claro a la autoridad. Es decir, delante del crimen, la autoridad debe hacer la investigación y el enjuiciamiento. La ley puede prever los elementos que determinen que la autoridad utilice una herramienta de justicia negociada. La ley de la delación premiada brasileña, por ejemplo, tiene diversas condicionantes para que la Fiscalía acepte negociar con los delincuentes, entre ellos, que de la colaboración resulte la identificación de otros involucrados en los delitos, la revelación de la estructura jerárquica e, incluso, la recuperación de las ganancias del delito<sup>2018</sup>. Algunas de estas condiciones significan la obtención de resultados de colaboración que pueden ser mensurados y evaluados y, en el caso de Brasil, deberán ser presentados a la autoridad judicial para resultar en la efectiva reducción de la pena<sup>2019</sup>. Es decir, en teoría, está mantenido el principio de la obligatoriedad-legalidad aplicable a la actuación de la Fiscalía de Brasil<sup>2020</sup>, aunque la ley permita la adopción de herramienta de justicia negociada.

#### **5.4. Legalidad y control de los acuerdos de colaboración**

Conforme se ha mencionado, el principio de legalidad aplicada a los acuerdos de colaboración —o a herramientas de justicia negociada— conllevará a que la autoridad responsable por investigar, imputar o negociar la colaboración con los involucrados en los hechos delictivos, tenga más o

---

<sup>2018</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.

<sup>2019</sup> *Id.*

<sup>2020</sup> CAPEZ (2012: 160).

menos discrecionalidad para decidir. Por otro lado, es cierto que las actividades de negociación requieren alguna discrecionalidad, lo que puede ser garantizado de las más diversas maneras y su asignación en mayor o menor intensidad tendrá el efecto de proporcionar incentivos variados, conforme el sistema jurídico. En Estados Unidos, la Fiscalía —y la autoridad policial— tienen una amplia discrecionalidad en la toma de decisión por no investigar o no hacer la imputación criminal<sup>2021</sup>. Además, el sistema estadounidense es de colaboración amplia, en el cual la simple confesión y renuncia al juicio puede generar reducción en la imputación o en la pena<sup>2022</sup>. Por ello, la amplia discrecionalidad de la Fiscalía parece ser una característica indispensable para el adecuado funcionamiento de la justicia negociada de ese país, especialmente si se considera el desarrollo y resultado de estas soluciones, en especial de *guilty plea* y *plea bargaining*, que hace que más del noventa por ciento de los casos criminales sean resueltos sin que se desarrolle el juicio tradicional<sup>2023</sup>.

Esta amplia discrecionalidad, en especial con relación a los acuerdos de colaboración, genera diversas preocupaciones y críticas al referido sistema. Por ejemplo, que el exceso de discrecionalidad posibilita que los fiscales tengan una asimetría de poder de negociación, de manera que hasta personas inocentes acepten confesar falsamente para evitar la imputación penal<sup>2024</sup>. Además, la amplia discrecionalidad dificulta el ejercicio de control sobre las decisiones de las autoridades, por un lado, porque permite una ausencia de elementos de evaluación de sus decisiones. Por otro lado, porque muchas veces estas decisiones ocurren sin formalidad o sin la transparencia necesaria para que exista control por parte de la sociedad<sup>2025</sup>. Lo interesante es que la discrecionalidad y la ausencia de transparencia generan críticas del hecho de que inocentes prefieren aceptar acuerdos a lidiar con los fiscales y el proceso penal, o bien de que las sanciones aplicadas en casos de responsabilidad de empresas son más pequeñas de lo esperado, en especial si las personas jurídicas tienen origen estadounidense<sup>2026</sup>. Estas críticas apuntan a la conclusión de que el exceso de discrecionalidad, la ausencia de transparencia y de control generan desvíos sistémicos. Un ejemplo interesante son los datos que demuestran lo común que es hacer acuerdos con grandes empresas para el pago de multas, sin que la colaboración produzca consecuentemente imputación a ejecutivos o directivos<sup>2027</sup>.

---

<sup>2021</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 47).

<sup>2022</sup> Ver apartado en el capítulo anterior sobre colaboración amplia y colaboración cualificada.

<sup>2023</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 139).

<sup>2024</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141). Ver también DERVAN & EDKINS (2013).

<sup>2025</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142). Más información en los apartados sobre la crítica al sistema de Estados Unidos en el Capítulo III.

<sup>2026</sup> GARRETT (2017: 1499).

<sup>2027</sup> GARRETT (2017: 1499). Ver también GARRETT (2015b).

Aunque se considere que es necesario algún grado de discrecionalidad en la negociación de acuerdos de colaboración, la amplia discrecionalidad del sistema estadounidense —añadida a otras características, como la ausencia de control— les ha generado investigaciones y críticas a los resultados obtenidos a partir de la actuación de la Fiscalía<sup>2028</sup>. En este aspecto, el principio de legalidad, con el efecto de limitar la actuación de la Administración Pública, puede ser planteado para reducir la discrecionalidad de la autoridad competente para la negociación. La utilización del principio como elemento limitador en la justicia negociada puede proporcionar el incremento en la homogeneidad de los resultados obtenidos, además de permitir control de los actos a través del propio Poder Judicial y a través, de la aplicación también de soluciones que garanticen una mayor transparencia a los casos<sup>2029</sup>.

Sin embargo, esta “solución” no es implementada de manera simple, por una serie de factores: en primer lugar, el incremento de formalidades en la negociación y el incremento de instancias de control puede significar la dificultad práctica de actuar en los casos. Si la autoridad tiene que cumplir muchas formalidades para negociar el acuerdo, la herramienta de justicia negociada —que debería añadir rapidez y pragmatismo— puede volverse en un procedimiento complejo. Si estas formalidades fueren obligatorias para la toma de decisión y esto implicar que su incumplimiento total o parcial pueda ser contestado en el juzgado, además de alargar el procedimiento de negociación, se producirá incertidumbre con relación al resultado de la negociación. El empleo extremo de estas formalidades podría generar una instancia penal adicional, en la cual el acusado, antes de defenderse de los cargos en el juzgado, haría su defensa sobre la decisión de la autoridad de no aceptar su colaboración, o de no aceptar negociar un acuerdo para reducción de sanciones. El exceso de formalidades para negociar puede tornar el proceso complejo, costoso y lento.

En segundo lugar, la imposición de transparencia puede generar diversos incentivos negativos a la colaboración. Por ejemplo, en el caso de personas jurídicas, es conocido el efecto negativo a la imagen de una empresa debido a la imputación penal<sup>2030</sup>. De hecho, la imputación a personas físicas también genera efectos negativos, más allá de la imagen de las personas públicas, los costes psicológicos y financieros del proceso penal también pueden tener un efecto negativo a las personas físicas. De igual modo, si el intento de colaborar se vuelve público antes de la decisión sobre la aceptación o no de la colaboración, estas personas estarán anticipando eventuales riesgos de perjuicio a su imagen. Esto podrá producir un impacto

---

<sup>2028</sup> Ver también, en general, POWELL (2014) y EISINGER (2017) hablando de la actuación del DOJ.

<sup>2029</sup> Como ejemplos, ver capítulo II y la expansión de la colaboración de personas jurídicas en Reino Unido, Australia y Canadá.

<sup>2030</sup> Ver GARRETT (2014: 44) comentando la quiebra de Arthur Andersen.

negativo en especial en los casos de reporte voluntario, en los cuales las personas identifican los costes de informar los ilícitos antes de que las autoridades empiecen las investigaciones. Sin embargo, es exactamente en estos casos en que los sistemas deben generar la mayor cantidad de incentivos para la colaboración de los supuestos involucrados en los delitos<sup>2031</sup>, es decir, en los casos en los cuales las autoridades o no tienen ninguna información sobre los supuestos o tienen información insuficiente para investigar o hacer imputaciones criminales.

El exceso de transparencia acerca de los elementos de la colaboración también puede generar incentivos negativos, en el caso que la prueba de los ilícitos se dé proveyendo a la Administración información y documentos con valor comercial, secreto empresarial o cuya divulgación resulte en pérdida financiera a las empresas colaboradoras. La divulgación de la colaboración —o del mero intento de colaborar— en determinados casos, también podrá generar perjuicios en investigaciones en curso. Por ejemplo, en el caso de organizaciones criminales o cárteles, la colaboración podrá generar la necesidad de mantenerla en secreto hasta que las investigaciones lleguen al punto de generar pruebas suficientes para la imputación de los otros involucrados. Por todo ello, el exceso de transparencia o de instancias de control podrá generar un efecto negativo para el sistema de justicia negociada.

En tercer lugar, la total ausencia de discrecionalidad en la decisión de aceptar o no la colaboración de agentes involucrados en delitos también puede generar un exceso de inflexibilidad que imposibilite atender el interés público en el caso concreto. Por ejemplo, un sistema en que la autoridad —Fiscalía u otra autoridad administrativa— solamente pueda aceptar la colaboración de las personas que tengan posibilidad de proveer información acerca de la conducta ilícita, además de también resarcir los perjuicios causados por los hechos ilícitos, puede impedir la colaboración de agentes que o no tengan pruebas o información para proveer o no tengan recursos financieros para hacer la adecuada indemnización a las víctimas. En este sentido, alguna discrecionalidad puede ser esencial para promover una adecuada actuación del Estado frente a ilícitos. Por ejemplo, en el caso de pago de soborno por parte de empresas para obtener ventajas en grandes contrataciones públicas. El hecho de que la persona jurídica no tenga como hacer la total indemnización puede imposibilitar que le sea ofrecida reducción de responsabilidad a cambio de proveer información y documentos sobre los supuestos, aunque sea posible obtener los datos de las autoridades que recibieron los sobornos será más importante —en el caso concreto— que obtener la total reparación de los daños: las autoridades no investigadas o no imputadas penalmente continuarán con la posibilidad

---

<sup>2031</sup> Ver ARLEN (2016a) exponiendo sobre los incentivos para favorecer el efectivo combate a la delincuencia por parte de personas jurídicas.

de recibir nuevos sobornos y consecuentemente generar más daños a los fondos públicos.

La Ley de la Empresa Limpia de Brasil parece ilustrar esta situación en que el exceso de reglas puede imposibilitar acuerdos relevantes. En primer lugar, la Ley permite la colaboración solamente de personas jurídicas<sup>2032</sup>. En este caso, si la persona física y la persona jurídica tuvieran interés en colaborar para prestar la mayor colaboración posible, habrá una imposibilidad de hacerlo —o al menos de hacerlo en el proceso definido en la Ley de la Empresa Limpia, siendo posible, por ejemplo, añadir un proceso de delación premiada de la Ley 12.850/2013, si fuera el caso<sup>2033</sup>—. Además, la Ley solamente permite llevar a cabo acuerdos en los casos en que la persona jurídica sea la primera en manifestar su interés en colaborar, interrumpa su participación en los ilícitos y admita su participación en los supuestos, además de otros elementos<sup>2034</sup>. El colaborador tiene que promover la identificación de los otros involucrados en los hechos ilícitos y proveer información y pruebas sobre ello<sup>2035</sup>.

Si el colaborador es “el segundo” que intenta colaborar, la provisión de la Ley no permite que le sea dada la oportunidad de entregar pruebas e información acerca de los hechos y de los involucrados<sup>2036</sup>. Aunque la prestación de información y de pruebas sean de interés público, incluso en los casos que la empresa tuviera los medios financieros para promover el resarcimiento de los daños causados, la Ley prevé la colaboración solamente con la primera persona jurídica que manifiesta interés. También el hecho de la persona jurídica involucrada confiese, reconocer su culpabilidad y realizar el resarcimiento de los daños no es suficiente para garantizarle una reducción de sanción como consecuencia de su colaboración, si las autoridades ya detienen pruebas acerca de los hechos y de los involucrados. Esto porque la Ley requiere que la empresa colaboradora provea información y pruebas sobre los involucrados y sobre los delitos, es decir, desconocidas hasta entonces de las autoridades. En esta situación, aunque exista ventaja para el interés público —por ejemplo, obtener una condena reducida, pero con reparación integral e inmediata de los daños sin la necesidad de recurrir a una cobranza judicial— la Ley no permite la utilización de la herramienta de justicia negociada<sup>2037</sup>.

---

<sup>2032</sup> Ley 12.846/2013 (art. 16), hablando de la negociación del acuerdo de lenidad con personas jurídicas. Con relación a la información sobre la participación de personas físicas en los acuerdos de lenidad, ver Capítulo I, sobre el acuerdo firmado entre Odebrecht, AGU y CGU.

<sup>2033</sup> La Ley 12.850/2013 posibilita la colaboración de personas físicas involucradas en organizaciones criminales. Ver la Ley 12.850/2013.

<sup>2034</sup> CANETTI (2018: 192).

<sup>2035</sup> CANETTI (2018: 193).

<sup>2036</sup> Ver apartado específico sobre la colaboración de la Ley 12.846/2013 de Brasil en el próximo capítulo.

<sup>2037</sup> Conforme se ha mencionado, hace falta proveer pruebas e información para negociar acuerdo de lenidad con las autoridades de Brasil. Ver CANETTI (2018: 192).



A partir de lo que puede ser considerado los dos extremos —de amplia discrecionalidad o ausencia completa de discrecionalidad— se concluye que el adecuado planteamiento del principio de legalidad en la actividad de negociación de la Administración Pública puede generar efectos positivos en el sistema. Así, la aplicación de límites legales y reglamentares a la autoridad en su actividad de negociación puede mitigar las desventajas de los sistemas con amplia discrecionalidad en la negociación. Sin embargo, estos límites tienen que considerar el interés público y permitir un margen para la evaluación de su utilización: es una decisión legislativa autorizar la negociación de determinados casos solamente con personas jurídicas o con personas físicas, o solamente si hubiera completo resarcimiento de los daños, o incluso únicamente en los casos en que los colaboradores puedan proveer pruebas e información.

La elección de uno o más criterios por el legislador permite un resultado más homogéneo y algún incremento en el control —y quizá en la transparencia— de la utilización de las herramientas de justicia negociada. La adopción de un sistema que permita a la Administración evaluar los elementos necesarios con algún margen de discrecionalidad puede funcionar como la válvula necesaria para permitir el uso de la mejor alternativa posible al caso concreto, o para permitir el atendimento más amplio posible del interés público. Pero la inexistencia total de un criterio a ser evaluado hace que la decisión esté al arbitrio de la autoridad. En estos casos, debido a la existencia de otros incentivos en el sistema, los resultados pueden no ser los mejores posibles, o pueden ocurrir con una heterogeneidad que se traduzca en una desafección por el sistema de justicia criminal<sup>2038</sup>.

## **6. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

La igualdad, como valor y como principio, tiene una importancia que extrapola la concepción de garantía procesal puesto que es considerada un derecho fundamental<sup>2039</sup>. Además de dirigir la confección, interpretación y aplicación de las leyes, es un valor que orienta el sistema jurídico a punto de influir en el desarrollo de otros principios. Tal cual, el debido proceso, sirve de base para el ejercicio de otras garantías y derechos, sin embargo, a partir de una noción distinta, puesto que la igualdad influye en el sistema jurídico también fuera del proceso<sup>2040</sup>. En su caso, aunque sea un derecho fundamental relacionado con el desarrollo de la concepción de Estado de Derecho liberal, ha ganado todavía más importancia a partir del desarrollo de los derechos fundamentales de segunda generación, los derechos

---

<sup>2038</sup> Sobre el tema, ver los apartados en el capítulo anterior sobre las críticas al sistema de Estados Unidos. Ver también, en general, GARRETT (2014) y EISINGER (2017).

<sup>2039</sup> MENDES (2012: 153) y ALEXY (2002: 381 y ss.).

<sup>2040</sup> ALEXY (2002: 384 y ss.).

conocidos como sociales, relacionados a la asistencia social, a la salud, al trabajo, a la educación, etc.<sup>2041</sup>. En especial porque estos derechos exigen del Estado una actuación para establecer estándares de libertad real y de aplicación uniforme a todas las personas<sup>2042</sup>. A la igualdad inicialmente se le otorgaba una concepción formal y negativa, definida por la prohibición de que la ley estableciera diferencia entre los individuos<sup>2043</sup>. Posteriormente, en este segundo momento de desarrollo de los derechos fundamentales —con la concepción de los derechos sociales— la igualdad empieza a ser considerada sustancial, a partir de la noción de que los Poderes públicos son responsables de implementar una igualdad de oportunidad para todos<sup>2044</sup>. A partir de este momento, ocurre un cambio en la expectativa de actuación del Estado, el cual no requiere más el simple “no crear desigualdad”, pero si una acción propositiva en el sentido de disminuir eventualmente desigualdad. Empieza a ser adoptado un concepto realista de la igualdad, a partir de la concepción de posibilidad de que sea atribuido este tratamiento desigual a los desiguales con la finalidad de que, suplidas las diferencias, se obtenga verdaderamente una igualdad sustancial<sup>2045</sup>.

La igualdad, acompañada de la libertad, está en el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948<sup>2046</sup>. En Brasil, asimismo como en España, la importancia de la igualdad —y su relación con la libertad— está registrada en el marco constitucional. En el caso de Brasil, el principio está presente en la Constitución Federal en el preámbulo y también en el Artículo 5.º, relativo a los derechos fundamentales, junto con la mención a la libertad y otros derechos<sup>2047</sup>. En España, la libertad y la igualdad están presentes en el primer listado de valores del ordenamiento jurídico, en el art. 1.1 de la Constitución<sup>2048</sup>. Además, la norma constitucional también prevé la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para promover la igualdad efectiva entre los individuos y grupos de individuos<sup>2049</sup>. De la construcción de estas normas se observa la importancia de la igualdad y su relación con la libertad para la sociedad democrática, a partir de la adopción de una estructura que apunta a la necesidad de actuación del Estado para remover eventuales obstáculos a la igualdad, con la clara adopción de la concepción de igualdad real<sup>2050</sup>. De esta

---

<sup>2041</sup> MENDES (2012: 153).

<sup>2042</sup> MENDES (2012: 153).

<sup>2043</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60).

<sup>2044</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60).

<sup>2045</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60).

<sup>2046</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas (<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>).

<sup>2047</sup> Constituição Federal (CFB) prml. y art. 5 (Brasil).

<sup>2048</sup> Constitución Española (CE) art. 1.1.

<sup>2049</sup> *Id.* art. 9.2.

<sup>2050</sup> MORENO CATENA & CORTÉS DOMÍNGUEZ (2017: 306).

manera, la igualdad asume una dimensión más amplia, que simplemente indicar al Estado una obligación de abstención, concepto más tradicionalmente relacionado con los derechos de primera generación<sup>2051</sup>.

La relación de la igualdad con el Estado de Derecho tiene reflejos en el planteamiento del debido proceso y de los estándares de legalidad. El debido proceso justo se desarrolla a partir del movimiento liberal, en un impulso post Segunda Guerra, como una construcción contra los Estados totalitarios<sup>2052</sup>. Para este concepto, el tratamiento igualitario a ser garantizado por el Poder público a los diversos individuos, indiferentemente de su clase social o estatus en la sociedad, se desarrolla también a partir de las garantías procesales. El debido proceso materialmente considerado requiere normas y actuación que sean aplicables de manera igualitaria y sin favoritismos a los individuos y a los grupos. Considerar de manera distinta a los individuos sería permitir que el debido proceso fuera una herramienta para legitimar la intervención del Estado en el ámbito de los derechos privados —y fundamentales, muchas veces— de manera desigual, es decir, como la voluntad del Estado autoritario que resuelve los conflictos a favor de los suyos, con vulneración y violación de los derechos de los que no conforman el selecto grupo que ejerce el poder. En el marco normativo del Estado de Derecho, el debido proceso no puede ser ni planteado ni desarrollado para permitir el ejercicio material de las garantías procesales a partir de la identificación de clase social o económica de las partes en el proceso.

Además, la concepción de igualdad real también añade al debido proceso contenidos para mitigar la desigualdad de las partes, y para favorecer a los derechos de los individuos en contraposición al interés de punir del Estado. En Brasil, diversas reglas del proceso penal otorgan ventajas a los acusados en relación con la acusación y con el Estado<sup>2053</sup>. Como ejemplos se puede mencionar el hecho de que el investigado sea absuelto por insuficiencia de pruebas, la existencia de recursos exclusivos de la defensa y la revisión procesal que favorezca solamente al reo<sup>2054</sup>. Estas reglas, desarrolladas a partir del “favor rei”, son consideradas verdaderas atenuaciones de la igualdad entre las partes<sup>2055</sup>. Sin embargo, son reglas que generan un estándar de desigualdad para preservar equilibrio de poderes y la preservación de los derechos de los individuos contra la intervención indebida del Poder público en los derechos fundamentales.

---

<sup>2051</sup> MENDES (2012: 153).

<sup>2052</sup> GIMENO SENDRA (2015: 6%).

<sup>2053</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60).

<sup>2054</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60).

<sup>2055</sup> CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2006: 59-60). El *favor rei* es un principio que indica que el interés del acusado suplanta, en alguna medida, la pretensión de punir del Estado. Ver CAPEZ (2012: 64).

Otro reflejo del principio de la igualdad es la garantía de igualdad de armas en el proceso penal. En suma, la garantía significa que a la acusación y a la defensa deben ser suministradas oportunidades iguales de defensa y ataque<sup>2056</sup>. Estas posibilidades iguales deben ocurrir tanto en lo que se refiere a la obtención e impugnación de pruebas, como a la producción de argumentos y su contestación<sup>2057</sup>. En el caso de España, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho de igualdad de armas se desarrolla desde la Constitución Española a partir del derecho a la defensa y a la asistencia letrada, previsto en el art. 24.2<sup>2058</sup>. En el caso de Brasil, la igualdad procesal —el principio considerado equivalente a la igualdad de armas— es desarrollado a partir del art. 5.º de la Constitución Federal<sup>2059</sup>. Es importante que se observe que esa igualdad procesal incluye no solamente el tratamiento igualitario, sino también el tratamiento desigual en las situaciones de distinción, con la finalidad de generar un efectivo equilibrio entre las partes<sup>2060</sup>.

El derecho a la igualdad también se relaciona con el principio de legalidad. Incluso, la normativa constitucional de Brasil, España y de Estados Unidos expresan esa relación textualmente. El art. 14 de la Constitución Española menciona que “los españoles son iguales ante la ley...”<sup>2061</sup>. El texto de la Constitución continúa relacionando la igualdad con la imposibilidad de discriminación entre los individuos. La Constitución de Brasil utiliza una expresión similar en su art. 5.º, al mencionar que todos “são iguais perante a lei...”<sup>2062</sup>. Protección asemejada también consta de la Constitución de los Estados Unidos, en su decimocuarta enmienda, mencionando que “no state shall... deny any person within its jurisdiction the equal protection of the law”<sup>2063</sup>. De igual modo, la DUDH también menciona la igualdad delante de la ley en su art. 7, añadiendo el derecho “a la igual protección de la ley”<sup>2064</sup>. La relación del principio de igualdad con el principio de legalidad tiene importancia ampliada puesto que la ley, como norma abstracta, es el estándar utilizado para la aplicación del derecho, tanto por parte del Poder Judicial como de la Administración. La igualdad, en estos términos, sirve como una regla para la interpretación de todo el sistema jurídico e, incluso, en el caso de Brasil, conforme reconocido por el

---

<sup>2056</sup> GIMENO SENDRA (2015: 13%) y DE ALMEIDA MENDONÇA & GARCÍA-RODRÍGUEZ (2018: 140-142).

<sup>2057</sup> GIMENO SENDRA (2015: 13%).

<sup>2058</sup> GIMENO SENDRA (2015: 13%).

<sup>2059</sup> CAPEZ (2012: 64).

<sup>2060</sup> CAPEZ (2012: 64).

<sup>2061</sup> Constitución Española (CE) art. 14.

<sup>2062</sup> Constituição Federal (CFB) art. 5 (Brasil).

<sup>2063</sup> U.S. Const. (Constitución) amend. XIV. (EE.UU.).

<sup>2064</sup> Art. 7 DUDH.

Supremo Tribunal Federal, para la interpretación de las otras reglas constitucionales<sup>2065</sup>.

De esta manera, la igualdad limita la actividad del legislador al impedir la creación de normas que generen desigualdades indebidas y limita a la autoridad, prohibiendo la aplicación de la ley de manera desigual tanto por parte del Poder Ejecutivo como por las autoridades del Poder Judicial<sup>2066</sup>. Sin embargo, interpretar o aplicar la ley de manera distinta, a partir de caprichos del aplicador, significa una huida del Estado de Derecho, que tiene el rol de limitar su intervención en los derechos de los individuos apenas a los casos necesarios dentro de la concretización del interés de la sociedad, o del interés público. La igualdad también funciona como un límite a la conducta del particular, a través de la prohibición de actos discriminatorios basados en perjuicio, discriminación racial, entre otras formas de discriminación, posibilitando la imposición de responsabilidad civil o penal<sup>2067</sup>.

### **6.1. Igualdad y personas jurídicas**

Conforme se ha mencionado, la jurisprudencia del TEDH considera a las personas jurídicas como objeto de protección de derechos fundamentales<sup>2068</sup>. De igual modo en Brasil, a las personas jurídicas se les garantiza la tutela de los derechos fundamentales adecuados a su naturaleza<sup>2069</sup>. En este sentido y por ser aplicable, son extensibles a las personas jurídicas las consecuencias del principio —y del derecho— de igualdad<sup>2070</sup>. De esta manera, la doctrina que consideraba que los derechos fundamentales son aplicables solamente a las personas físicas, dado que en su desarrollo solo se tomó en cuenta a las personas humanas, es considerada superada<sup>2071</sup>. Sin embargo, hace falta adoptar, conforme sea el caso, la modulación necesaria al derecho o protección planteado a la naturaleza de las personas jurídicas<sup>2072</sup>. En términos generales, el principio de igualdad aplicable a las personas jurídicas tiene fundamento en la existencia de dichas personas. Las personas jurídicas posibilitan —en los diversos países y de las más diversas maneras— que los individuos se organicen para obtener finalidades que no alcanzarían individualmente<sup>2073</sup>. Así, la actuación a través de empresa, de cooperativa, de sindicatos y de una infinidad de otras modalidades de personas jurídicas, posibilita a los

---

<sup>2065</sup> BULOS (2014: 559-560).

<sup>2066</sup> BULOS (2014: 559-560).

<sup>2067</sup> BULOS (2014: 560).

<sup>2068</sup> BRODOWSKI (2014: 213-214).

<sup>2069</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2070</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2071</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2072</sup> PÉREZ GIL (2017: 40).

<sup>2073</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

individuos obtener beneficios —financieros o no— para su grupo u organización.

De esta manera, la aplicación del principio de igualdad a las personas jurídicas puede ser considerado de manera amplia y en lo que dice respecto a la relación procesal. De manera amplia, la igualdad ante la ley debe ser extendida a las personas jurídicas, cuanto deba ser extendida a los individuos, respetada alguna modulación que fuera necesaria dada la propia naturaleza de las personas jurídicas. Como ejemplo de modulación de igualdad, las garantías procesales relacionadas a la privación de la libertad no son aplicables a las personas jurídicas dado el hecho de que las mismas no son sujetas de pena de prisión<sup>2074</sup>. De igual modo, a las personas jurídicas tampoco le son aplicables en rol de igualdad con las personas físicas los derechos relacionados al sufragio o los derechos políticos<sup>2075</sup>.

El principio de igualdad real aplicable a las personas jurídicas posibilita la creación de regímenes jurídicos diversos entre las personas jurídicas contrastadas entre sí. El hecho de que determinados tipos de personas jurídicas tienen como fin generar beneficios y lucro y de que otras tienen un objetivo meramente asistencial, permite al legislador —y por consecuencia a la Administración— desarrollar diversas obligaciones y normas aplicables a unas personas jurídicas y no a otras. En este aspecto, el principio de igualdad permite que el Estado desarrolle normas para tratar desigualmente las diferentes figuras de personas jurídicas, entre sí mismas, asimismo como permite el tratamiento distinto entre individuos, conforme se ha mencionado. Las dimensiones de las personas jurídicas, su origen, además de otros factores, también les permite la imposición de distintos regímenes jurídicos. Un Estado puede, por ejemplo, implementar un régimen de tributación especial para pequeñas o medianas empresas que sea más ventajoso que para grandes empresas, con la finalidad de promover el desarrollo económico. Otro ejemplo que puede ser mencionado es la posibilidad de exigir obligaciones de cumplimiento penal diferentes entre las personas jurídicas de gran porte y las pequeñas empresas<sup>2076</sup>.

De esta manera, ni todas las normas constitucionales y preceptos de ley pueden ser aplicables a las personas jurídicas a partir de una lectura literal del principio de igualdad. Sin embargo, todos los principios compatibles con la naturaleza de la persona jurídica deben ser aplicables. Además, las diferentes características de las personas jurídicas también requieren la modulación en la asignación de sus derechos y garantías. Es posible que un

---

<sup>2074</sup> En ese aspecto, la garantía de la Constitución de Brasil del art. 5.º, LXI, que dice respecto a imposibilidad de prisión sin orden judicial fundamentada o fuera de situaciones de flagrante delictuoso, no se aplica a las personas jurídicas. Ver MENDES (2012: 185).

<sup>2075</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2076</sup> En el caso de Brasil, el decreto que regula la Ley de Empresa Limpia prevé, en el art. 42, §1, VIII y §3, la reducción de formalidades en la evaluación de programas de cumplimiento de pequeñas empresas. Decreto 8.420/2015.

derecho —o una norma jurídica— inicialmente desarrollada para aplicación a las personas naturales pueda ser aplicable a un tipo de persona jurídica y no a otro. Además, es posible que un derecho, beneficio u obligación desarrollados para determinadas personas jurídicas no sea extensible a otras personas jurídicas, dado factores específicos de su naturaleza. No obstante, las personas jurídicas deben ser consideradas abarcadas por el principio de igualdad, y la modulación de derechos y de garantías a ellas aplicables, solamente debe ocurrir dentro del paradigma del interés público y social, a partir de las concepciones del principio de igualdad real.

En lo que respecta a los derechos y garantías procesales, el principio de igualdad debe ser aplicable a las personas jurídicas para garantizar la aplicación del paradigma de la ley sin distinción o discriminación. Esta utilización en el ámbito procesal puede ser considerada bajo dos puntos de vista. El primero, consideradas las partes: las personas jurídicas también deben ser objeto de la garantía de igualdad de armas<sup>2077</sup>. A las personas jurídicas deben ser garantizados los derechos necesarios para la confección de su defensa en el proceso en lo que se refiere a la obtención de pruebas, al desarrollo de la marcha procesal, así como a la producción de argumentos y a la contradicción. De nuevo, algunos derechos procesales garantizados a los individuos no serán perfectamente extensibles a las personas jurídicas en el proceso. No obstante, se utilizará la modulación que fuera necesaria para garantizar la igualdad de armas y el adecuado funcionamiento de los derechos y garantías procedimentales. Por ejemplo, el derecho de auto defenderse en juicio debe ser matizado con relación a las personas jurídicas, dado que estas solamente pueden intervenir y realizar declaraciones a través de sus representantes. Además, solamente a través de representantes las personas jurídicas habrán participado materialmente en los hechos indebidos<sup>2078</sup>.

El segundo plano a través del cual puede ser evaluado el principio de igualdad con relación al proceso dice respecto a la comparativa de personas jurídicas diversas en procesos diversos. El principio de igualdad exige que el tratamiento dado a las personas involucradas en hechos similares sea homogéneo. En este caso, la igualdad cumple una doble función, por un lado, al evitar el tratamiento desigual y desproporcional, la igualdad mantiene la impersonalidad adecuada a los sistemas jurídicos basados en modelos de Estado Democrático de Derecho<sup>2079</sup>. Por otro lado, la igualdad requiere una homogeneidad que será relevante para la prevención general del Derecho sancionador. En los casos concretos hará falta identificar las características de los hechos cometidos y la situación de las personas

---

<sup>2077</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2078</sup> NEIRA PENA (2017: 178-179).

<sup>2079</sup> En términos históricos, con el fin de la Edad Media y el Iluminismo de la Edad Moderna, el procedimiento penal sufre transformaciones que incluyen la eliminación de privilegios al cambio de la búsqueda de igualdad de todos ante la ley. Ver BARONA VILAR (2017: 223).

involucradas para encontrar su medida de igualdad y de desigualdad, de manera que se produzcan resultados de tratamiento —ante a la sanción y la reducción o mitigación de sanción— similares a las personas en situaciones semejantes. En este aspecto, el principio de igualdad requiere también que la responsabilidad de personas jurídicas sea implementada de manera homogénea. Si no fuera así, si la responsabilidad fuera implementada de manera imprevisible, no se producen los efectos deseables del Derecho Penal —y del Derecho sancionador— a saber, la implementación de incentivos negativos a la práctica de conductas socialmente reprochables.

Es importante que se observe que el desarrollo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene su justificación en el propio principio de igualdad<sup>2080</sup>. Si es adecuado tratar de responsabilizar a las personas en la medida de su culpabilidad, las personas jurídicas culpables por hechos indebidos deben también ser responsabilizadas. La igualdad, en este aspecto, justifica la individualización de la penalidad, incluso de las personas jurídicas. Como ejemplo se puede mencionar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, a través de la cual se puede aplicar un reproche a las personas jurídicas dado su déficit organizacional<sup>2081</sup>. En este aspecto, poco importa que la responsabilidad aplicable a las personas jurídicas tenga naturaleza penal o administrativa: generalmente la justificativa de la responsabilidad estará relacionada con la culpabilidad en una evaluación fundamentada en la igualdad<sup>2082</sup>. El principio de igualdad es esencial para que el Derecho sancionador alcance sus objetivos de prevención y represión de ilícitos, y la culpabilidad es la medida para generar el efecto necesario y proporcional a partir de la aplicación de restricción a derechos de las personas —físicas y jurídicas—.

## **6.2. Igualdad y acuerdos de colaboración**

La aplicación del principio de igualdad en la justicia negociada es un reto que puede ser atacado de múltiples maneras en los ordenamientos jurídicos. En términos históricos, cabe resaltar que, en el modelo de justicia continental o europeo, se estima que la autocomposición en causas penales —como modalidad de justicia negociada— era posible antes de los cambios del derecho ocurridos durante la Edad Moderna<sup>2083</sup>. Con el fin de la Edad Media y todos los cambios de los movimientos Iluministas y Humanistas, el paradigma de justicia penal pasa a no ser considerado más, como una mera solución conciliatoria entre víctima y perpetrador. En realidad, es a partir de la transformación de la justicia penal como algo de interés público y de

---

<sup>2080</sup> GÓMEZ TOMILLO (2015: 49%).

<sup>2081</sup> GÓMEZ TOMILLO (2015: 49%).

<sup>2082</sup> En España, el Tribunal Constitucional toma decisiones reconociendo la necesidad de evaluar el elemento de culpa de las personas jurídicas también en las infracciones administrativas. Ver GÓMEZ TOMILLO (2015: 49%).

<sup>2083</sup> BARONA VILAR (2017: 144).



interés de la sociedad como un todo, que el proceso penal empieza a tener contornos diversos de un proceso único con el proceso civil<sup>2084</sup>. En este aspecto, al pasar de la Edad Media se abandona un modelo de justicia negociada en términos de justicia penal<sup>2085</sup>. Posteriormente, este nuevo proceso penal asume valores de justicia que incluyen, conforme se ha mencionado, una necesidad de igualdad ante la ley como solución para limitar privilegios y ventajas tradicionales de determinadas clases<sup>2086</sup>.

De esta manera, el desarrollo del proceso penal y de las nociones de justicia criminal, en Europa, están relacionados con la necesidad de segregar los métodos utilizados para la integración de casos de derechos privados o particulares; de los métodos utilizados para solucionar conflictos relacionados al interés público<sup>2087</sup>. Esta noción de existencia de un interés más allá que el interés privado en las causas penales excluye —al menos en principio— el desarrollo y la utilización de formas tradicionales de autocomposición y resolución negociada de conflictos. Si una de las premisas de esta “nueva” justicia penal será la igualdad ante la ley, una de las posibles indagaciones para un sistema de justicia negociada para casos penales es como garantizar —o, incluso, si hace falta garantizar— la igualdad de tratamiento en los acuerdos y en las colaboraciones de los involucrados en los casos. La clave para esta respuesta —de cuál es la medida de igualdad atribuida a partir del sistema jurídico a los involucrados en las negociaciones de acuerdos— parece estar en la mayor o menor discrecionalidad (u oportunidad) de las autoridades para promover la negociación.

En los sistemas en los cuales hay amplia discrecionalidad de las autoridades para la toma de decisión, habrá menor seguridad de tratamiento igual ante la ley. En este aspecto, si la Fiscalía tiene su decisión regulada por el principio de oportunidad, los fundamentos y elementos utilizados para la toma de decisión no serán susceptibles de un elevado grado de control. Este es el caso de Estados Unidos, en el cual la Fiscalía tiene amplia discrecionalidad para decidir contra quien imputar hechos ilícitos y cómo hacer esa imputación<sup>2088</sup>. Esto no significa decir que la Fiscalía no tiene criterios o guías de factores para la toma de decisión. En realidad, la Fiscalía Federal estadounidense tiene un reglamento con diversos factores relevantes para ser evaluados, desde cuestiones económicas, intereses de la colectividad, fuerza de las pruebas colectadas

---

<sup>2084</sup> Los procesos civil y penal se desarrollan distintos a partir de la expansión del modelo de proceso italo-canónico. Ver BARONA VILAR (2017: 145-146).

<sup>2085</sup> BARONA VILAR (2017: 147).

<sup>2086</sup> BARONA VILAR (2017: 223).

<sup>2087</sup> SCHÜNEMANN (2002: 289-290).

<sup>2088</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 31-33).

para el caso, historial de los investigados y el impacto social y comunitario de la persecución criminal<sup>2089</sup>.

Sin embargo, estos factores generalmente no son objeto de ley, mas si de guías profesionales. Además, son factores relevantes para la evaluación jerárquica de la actuación de los fiscales, pero no pueden ser utilizados para fundamentar argumentos de defensa por parte de los investigados en los casos. De hecho, la Fiscalía en Estados Unidos tiene amplia discrecionalidad para decidir y tiene bajo *accountability* en su toma de decisiones<sup>2090</sup>. Muchas veces los factores son descritos a través de lenguaje amplio e inespecífico, a través del uso de expresiones como “búsqueda de justicia”, “equidad” y “neutralidad”<sup>2091</sup>. La Fiscalía actúa bajo el principio de oportunidad para decidir a quienes, y bajo que condiciones ofertar *plea bargaining*, lo que incluye la definición del tipo de ventajas y su cobertura, además de la contraprestación —o no— de colaboración de los investigados con otros procesos o investigaciones. De hecho, conforme se ha mencionado, algunos de los críticos del sistema de *plea bargaining* estadounidenses apuntan el exceso de poder de la Fiscalía en comparación con la defensa<sup>2092</sup>.

La adopción del sistema de *plea bargaining* basado en el principio de oportunidad de Estados Unidos fue desarrollada a partir de la realidad fáctica del sistema criminal. Hasta los años de 1970, la confesión de los acusados y la renuncia al derecho del juicio era considerada por la Suprema Corte inconstitucional, si estaba hecha bajo promesa de ventaja o amenaza o violencia por parte de la Fiscalía<sup>2093</sup>. Sin embargo, la Suprema Corte cambió su jurisprudencia de más de cien años con el caso *Brady*, en el cual empezó a aceptar como constitucional la utilización de la confesión y renuncia al derecho del juicio bajo amenaza —y posteriormente, ventaja<sup>2094</sup>—. Aunque en aquel momento se consideraba inconstitucional, se estima que la práctica de negociación entre la Fiscalía e investigados para generar confesiones ocurría desde los años 1800<sup>2095</sup>. Entre los años 1960 y 1970, más del 90 por ciento de los casos de condena en Estados Unidos eran generados a partir de confesión y renuncia a los derechos procesales —el

---

<sup>2089</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 33-34).

<sup>2090</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 32).

<sup>2091</sup> GREEN & ZACHARIAS (2004: 902-903).

<sup>2092</sup> El punto fue objeto de análisis en el apartado del capítulo específico. Ver CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 142).

<sup>2093</sup> Ver apartados propios en el capítulo anterior. Ver *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 545 (1897), DERVAN (2012: 67), DERVAN & EDKINS (2013: 6).

<sup>2094</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970). Ver HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>2095</sup> ALSCHULER (1979: 10) y DERVAN (2012: 79).

*guilty plea*—<sup>2096</sup>. La amplia utilización de negociación para obtener confesión y renuncia de derechos en Estados Unidos era utilizada, de esta manera, para evitar un proceso penal moroso y complejo, generando la conclusión a través de sentencia de una mayor cantidad de casos sin la necesidad de amplia colecta de pruebas y sin el ejercicio efectivo de la amplia defensa y de la contradicción<sup>2097</sup>. O sea, el sistema de justicia negociada a través del uso del principio de oportunidad estadounidense fue desarrollado para incrementar la rapidez y la efectividad en la decisión de los casos —y no a través del desarrollo de principios y garantías procesales<sup>2098</sup>—.

En Estados Unidos, dado el principio de oportunidad y lo que éste significa con relación a la amplia discrecionalidad de la Fiscalía para definir términos y condiciones de acuerdos den el ámbito de la justicia negociada, no hay una expectativa de igualdad ante la ley, o de control de los actos del ejecutivo en lo que se refiere con la implementación de la política criminal por parte del Poder Judicial. En realidad, la separación de los poderes y la asignación de la responsabilidad de decidir cómo implementar, en la práctica, las políticas de justicia criminal pueden ser considerados los factores determinantes de esta amplia discrecionalidad en las decisiones del ejecutivo<sup>2099</sup>.

De igual modo, si la decisión legislativa es adoptar un sistema de responsabilidad administrativa sin la participación de la Fiscalía, la amplia discrecionalidad de la autoridad responsable de la toma de las decisiones relacionadas a la utilización de la herramienta de justicia negociada generará una imposibilidad de control a partir del principio de igualdad ante la ley. En este aspecto, aunque los hechos no sean conceptuados como crímenes, o a lo mejor, que la responsabilidad no sea de naturaleza penal — como suele ocurrir en lo que se refiere a la responsabilidad de personas jurídicas en algunos países— la amplia discrecionalidad deja abierta la posibilidad de que la autoridad aplique la ley sin control del principio de igualdad.

En el otro extremo están los sistemas jurídicos en los cuales el trabajo de la Fiscalía —institución responsable de formular la imputación de hechos ilícitos a los investigados— está regido por el principio de legalidad o de

---

<sup>2096</sup> DERVAN (2012: 79-80). Conforme se ha mencionado en apartado específico del capítulo anterior, el crecimiento de los acuerdos de justicia negociada fue informal y basado en factores como la reforma del debido proceso y la *overcriminalization* en Estados Unidos.

<sup>2097</sup> ALSCHULER (1979: 38).

<sup>2098</sup> Aunque exista ley (*statute* y *case law*) sobre derechos y garantías constitucionales o legales que deben ser respetadas en las negociaciones de *guilty pleas*. Ver el Capítulo III.

<sup>2099</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 31), HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146) y GARRETT (2011a: 1784).

obligatoriedad<sup>2100</sup>. En dichos sistemas, las decisiones sobre ejercer o no la acción penal son regladas del criterio de aplicación de la ley de manera rígida y estricta<sup>2101</sup>. Así, funcionando el principio de legalidad —al contrario del de oportunidad— el Ministerio Fiscal no puede no empezar la acción penal cuando se identifica en el caso concreto la incidencia de la ley<sup>2102</sup>. En dichos sistemas, el fiscal no puede hacer uso de factores para decidir contra quien ejercer la acción penal y cuales hechos imputar.

Una vez hecha la investigación, necesaria para identificar la materialidad de delitos y su autoría —en el estándar de *justa causa* para empezar un proceso penal—, la Fiscalía debe ejercer su poder-deber para hacer la imputación. En este sentido, la decisión de la Fiscalía tiene contenido indisponible, de manera que el fiscal no puede utilizar esos criterios de política o de utilidad social para ejercer o no la acción<sup>2103</sup>. Este es el caso de Brasil para los delitos de *ação penal pública*, en los cuales el ministerio fiscal es la autoridad responsable de hacer la imputación<sup>2104</sup>. En estos casos, las decisiones están basadas en los elementos legales del delito, por ejemplo, en la existencia de la conducta prohibida por la ley, con el intento necesario para la imputación, añadiendo las circunstancias relevantes de gravedad de los hechos. Diferente del sistema de Estados Unidos, el fiscal no puede evaluar el interés de la sociedad en el ejercicio de la acción, o los antecedentes del investigado o, incluso, la existencia o no de recursos para hacer las investigaciones y ejercer la acción.

Esta circunstancia puede generar una situación interesante. Aunque la actuación de la Fiscalía sea, en estos sistemas, dirigida por el principio de legalidad, diversos factores podrán dificultar, en la práctica, el ejercicio de la acción. Puede ocurrir que los fiscales y la Policía no tengan recursos materiales y humanos suficientes para hacer la investigación y la evaluación de la información y de las pruebas colectadas de todos los casos<sup>2105</sup>. De esta manera, puede ser que la decisión del fiscal por ejercer la acción de un determinado caso esté basada en la cantidad de elementos disponibles. O sea, aunque la actuación esté dirigida por el principio de legalidad, habrá factores externos a la legalidad que podrán impedir el ejercicio de la acción penal. Estos factores, conforme se ha mencionado, pueden ser similares a los factores que deben ser utilizados para la decisión discrecional de los

---

<sup>2100</sup> CAPEZ (2012: 160) utiliza como sinónimos las expresiones “principio de legalidad” y “principio de obligatoriedad” cuando menciona el sistema de no-discrecionalidad de las decisiones de la Fiscalía.

<sup>2101</sup> MORENO CATENA & CORTÉS DOMÍNGUEZ (2017: 105).

<sup>2102</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>2103</sup> CAPEZ (2012: 160).

<sup>2104</sup> CAPEZ (2012: 160). En Brasil también existen otros sistemas de ejercicio de la acción penal, generalmente para crímenes de bajo potencial lesivo o cuya investigación e imputación tienen relación con perjuicio al honor de la víctima.

<sup>2105</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA (2017: 271-272) relacionando la crisis de la justicia criminal a la falta de inversión en las instituciones.

fiscales en Estados Unidos. Sin embargo, en el caso de los sistemas regulados por el principio de legalidad, estas circunstancias son factores que impiden el adecuado ejercicio en la práctica, mientras que, en el sistema estadounidense, son parte de los elementos que pueden ser utilizados por la Fiscalía para decidir o no ejercer la acción penal.

En los sistemas en los cuales funciona el principio de legalidad, la igualdad ante la ley será asegurada por la evaluación —generalmente motivada— de la ocurrencia de los elementos legales. Con ello, la decisión de ejercer la acción penal estará basada en el respeto a el principio de igualdad. En dichos sistemas la propia ley puede prescribir elementos que garanticen la igualdad en la aplicación de herramientas de justicia negociada. Es decir, tradicionalmente estos sistemas adoptan elementos que deben ser identificados, de manera binaria, con la finalidad de identificar si es adecuado o no el ejercicio de la acción penal. Una adaptación legislativa puede ser hecha para que, en los casos en los cuales fuera adecuada la imputación por hechos ilícitos, la Fiscalía evalúe otros elementos para identificar si es adecuado ofrecer la posibilidad de negociar acuerdo con el investigado —o incluso la utilización de otra herramienta de composición de la causa penal—.

De hecho, en Brasil, a partir de la Constitución Federal, es posible la solución transaccional de delitos considerados por la ley como de bajo potencial lesivo<sup>2106</sup>. En estos casos, y en los términos de la Ley 9.099/95<sup>2107</sup>, el principio de legalidad —o de obligatoriedad— fue sustituido por lo que puede ser denominado el principio de la discrecionalidad reglada o de oportunidad reglada<sup>2108</sup>. La situación tradicional que la ley proveía era binaria en el sentido que el fiscal debería decidir ejercer o no la acción, con base en los criterios de la ley. A partir de este cambio, la decisión del fiscal involucra más de dos posibilidades. De manera simple, si se toma la decisión de ejercer la acción penal, otros elementos deberán ser considerados para evaluar la posibilidad o no de ofertar una transacción a cambio del tradicional proceso penal. Lo que pasó, en este sentido, fue el cambio de una decisión binaria —ejercer o no— a una decisión más compleja que posibilita soluciones intermedias al pleno ejercicio de la acción penal.

Como hubo una sustitución, con el cambio en la ley, de una decisión binaria por una decisión que comporta tres —o incluso más posibilidades— a partir de evaluación de criterios expresos en la norma, la actuación del fiscal permaneció bajo el paradigma de legalidad, con el mantenimiento de la garantía de igualdad ante la ley. De manera distinta, en el caso del

---

<sup>2106</sup> El art. 98, I de la Constitución de Brasil menciona que los entes federados crearán justicia especial para delitos de baja gravedad, con permiso de utilización de transacción penal conforme a la ley. Constituição Federal (CFB) art. 98, I (Brasil).

<sup>2107</sup> Lei N.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, *Diário Oficial da União* (DOU) de 27.9.1995 (Brasil) (en adelante Ley 9.099/1995).

<sup>2108</sup> Ver RODRÍGUEZ-GARCÍA (2001), CAPEZ (2012: 161) y GIMENO BEVIÁ (2016: 56%).

principio de oportunidad, los factores a ser evaluados por los fiscales actúan como indicativos del modo adecuado de ejercer su actividad profesional en la búsqueda del interés público —sin la carga necesaria para vincular la toma de decisión—. En el caso de la legalidad u obligatoriedad, los factores, para identificar el interés público, están expresos en ley, y el fiscal no puede alejarse de ellos en la toma de decisión. En la discrecionalidad u oportunidad reglada, es verdad que existe un espacio para la decisión del fiscal distinto de lo que pasa con el principio de legalidad de manera estricta. Sin embargo, si hay factores y consecuencia prevista en ley, la discrecionalidad reglada parece haberse convertido también en legalidad<sup>2109</sup>: no parece ocurrir cambio sustancial en el régimen del principio de legalidad por el hecho de que la ley prevea una decisión binaria o más sofisticada, con más de dos posibilidades de conclusión del caso penal.

Con el cambio del principio de legalidad por el principio de oportunidad reglada, la ley expresará los elementos a ser evaluados para el uso de herramienta de justicia negociada. En el caso práctico, conforme a la descripción de los elementos y requisitos, podrá haber alguna discrecionalidad en la decisión del fiscal (o de la autoridad), aunque reducida. En el caso de la Ley de Empresa Limpia de Brasil, por ejemplo, para que ocurra un acuerdo, deberá haber colaboración con la colecta de pruebas y documentos, además de otros elementos. En estos términos, la persona jurídica debe cooperar “plena y permanentemente con las investigaciones”<sup>2110</sup>. El lenguaje adoptado por la Ley —cooperación de manera plena y permanente— abre espacio a una evaluación de la autoridad (que, conforme a la Ley, para este caso, no es la Fiscalía, por el hecho de la responsabilidad administrativa) de la suficiencia de la colaboración. O sea, aunque los elementos para la decisión de la utilización de la herramienta de justicia negociada estén previstos en ley, la utilización de lenguaje amplio para la identificación del cumplimiento del interés público crea un espacio de discrecionalidad reglada —u oportunidad reglada— que anteriormente no existía. En estos casos, la oportunidad reglada estará también basada en el cumplimiento del interés social a partir de razones de utilidad pública, de manera que no habrá violación al principio de igualdad<sup>2111</sup>. Es decir, como en el caso de España, la ley permite que el ministerio fiscal, a partir de la evaluación de los elementos previstos en la propia ley y en la presencia de un delito, no ejerza la acción penal<sup>2112</sup>. Sin embargo, este no ejercicio de la acción penal está basado —conforme a la ley— en razones de orden

---

<sup>2109</sup> Ver GIMENO BEVIÁ (2016: 58%), mencionando las conclusiones de RUIZ VADILLO en ese sentido.

<sup>2110</sup> ATHAYDE (2019: 275).

<sup>2111</sup> Ver GIMENO BEVIÁ (2016: 58%) hablando de la posición de GIMENO SENDRA.

<sup>2112</sup> GIMENO SENDRA (2015: 25%).

constitucional de “tutela de los derechos de los ciudadanos y del interés público”<sup>2113</sup>.

La simple existencia o no, de una discrecionalidad reglada no parece indicar el nivel de garantía del principio de igualdad ante la ley en los acuerdos y otras herramientas de justicia negociada. Lo que parece ser el elemento esencial es la posibilidad de que los investigados puedan utilizar como recurso en su defensa remedios (judiciales o no) para exigir tratamiento en igualdad de condiciones de interpretación de sus casos, en contraste con otros casos similares. Para ello, la existencia de conceptos más precisos para identificar los casos en los cuales los investigados tienen derecho a acuerdos parece ser esencial. Estos conceptos pueden ser proveídos tanto por la propia ley o, conforme el caso, a partir de la emisión de guías y reglamentos de la autoridad competente para explicitar el modo en que debe ser ejercido el poder del ministerio fiscal. Cuanto más fuera posible fijar con precisión las circunstancias que generan un “derecho” de recibir la oferta de un acuerdo, más se podrá garantizar el principio de igualdad de todos ante la ley en la utilización de las herramientas de justicia negociada.

Por último y debido al cambio legislativo que ocurre en diversos países para la implementación de herramientas de justicia negociada, los actuales sistemas pueden ser divididos mas no regidos por el principio de oportunidad y regidos por principio de legalidad. En realidad, los sistemas pueden ser organizados y regidos por el principio de oportunidad puramente, mixtos, o regidos por un sistema de legalidad estricta. En los casos de funcionamiento del principio de oportunidad, las decisiones relacionadas con la ejecución de la política criminal parecen estar más a criterio del Poder Ejecutivo. En los casos vinculados al principio de legalidad, la ejecución es una decisión en la cual hay una gran participación del Poder Legislativo, quizá como principal participante, dado que al ejecutivo y judicial les restará aplicar la ley en los casos concretos —aunque esta tarea no sea tan simple y objetiva—. Así, el cambio en la adopción de herramientas de justicia negociada con la creación de espacios de decisión controlados por el principio de oportunidad reglada da lugar a una nueva asignación de competencia para implementar las decisiones de política criminal, en la cual el rol del Poder Legislativo será reducido tanto cuanto fuera incrementada la “discrecionalidad” de la Fiscalía o de la otra autoridad responsable por la toma de decisión.

---

<sup>2113</sup> GIMENO SENDRA (2015: 25%).

### **6.3. Igualdad de armas y acuerdos de colaboración con personas jurídicas**

Como reflejo del principio de igualdad en el proceso penal, a las partes se les debe garantizar la igualdad de armas, conforme se ha mencionado<sup>2114</sup>. La igualdad de armas asegura a los investigados el mismo estándar de oportunidades para presentar pruebas, defensa, participar de la marcha procesal en todas las etapas necesarias que la parte que realiza la acusación<sup>2115</sup>. En estos términos, hace falta un equilibrio procesal entre defensa y acusación para que el proceso sea considerado justo. Como garantía procesal, la igualdad de armas está relacionada con el debido proceso y con la necesidad de que el Poder público, en la búsqueda por implementar la responsabilidad de los culpables, garantice los derechos de los inocentes<sup>2116</sup>. Como una garantía procesal, la igualdad de armas ocurre en el seno del proceso penal. De esta manera, si en el caso concreto se intenta utilizar una herramienta de justicia negociada para evitar el proceso penal —o para evitar el proceso con toda su marcha tradicional— la garantía no sería, una interpretación simple, aplicable<sup>2117</sup>.

Sin embargo, un proceso de negociación de una herramienta de justicia negociada puede variar en complejidad conforme a la situación fáctica bajo investigación. Por ejemplo, un caso de negociación de *plea bargaining* de delito de embriaguez al conducir un vehículo motorizado, puede ser muy simple y puede involucrar simplemente la propuesta de la Fiscalía de reducción de circunstancias agravantes en la descripción de los hechos imputados o en el modo de cumplimiento de la pena. De manera práctica, esta negociación puede significar algunas horas de tiempo del fiscal y del abogado, ejecutadas a través del cambio de llamadas telefónicas y cartas con las propuestas de negociación, además de la confirmación en audiencia oral ante el juez responsable. No obstante, un caso de negociación de *plea* con una empresa multinacional responsable por el pago de sobornos en diversos países, para diversos funcionarios y políticos, con el propósito de obtener diversos contratos puede tardar meses —y quizá años— para llegar al fin. Además, puede envolver colaboración intensa y confesión de diversos detalles necesarios para el adecuado cumplimiento del interés público en colaborar con las investigaciones<sup>2118</sup>.

Así, la negociación de un acuerdo puede involucrar diversas investigaciones internas de las empresas, en múltiples jurisdicciones, además de reuniones con fiscales y otras autoridades para definir daño,

---

<sup>2114</sup> GIMENO SENDRA (2015: 13%).

<sup>2115</sup> CAPEZ (2012: 64).

<sup>2116</sup> Conforme señala FERRAJOLI (2002: 483), ese es el binomio del proceso penal.

<sup>2117</sup> Como ejemplo, en *guilty plea* de Estados Unidos es considerado una confesión de los hechos y una renuncia al derecho al proceso. Ver CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 161).

<sup>2118</sup> Como ejemplo, se puede mencionar el caso de Odebrecth S.A., con algunos detalles y referencias desarrolladas en el primer capítulo.



condiciones, pruebas necesarias, y otros datos. En este sentido, aunque la negociación de un acuerdo no sea, tradicionalmente, un proceso penal —y no lo es— no deja de ser un trámite extraprocesal que puede alcanzar una extrema complejidad. Aunque se estime que la mayor parte de los casos no tendrán el nivel de complejidad ejemplificado, es cierto que en diversos países ocurre la opción de implementar herramientas de justicia negociada que requieren colaboración con las investigaciones de los hechos ilícitos<sup>2119</sup>. De esta manera, existirán diversos casos en que la utilización de una herramienta de justicia negociada exigirá la obtención de evidencias e información, compromisos relacionados a programas de cumplimiento, e incluso compromisos sobre resarcimiento de daños y el pago de indemnización.

En estas negociaciones, más que simplemente ponerse de acuerdo sobre los hechos imputados o el tamaño de una pena de restricción de libertad y su forma de ejecución, serán negociadas cláusulas que pueden tener efectos y consecuencias muy amplias. Por ejemplo, la Fiscalía puede requerir de una empresa un pago de indemnización o pena financiera como cláusula de acuerdo que genere como consecuencia colateral la verdadera quiebra del negocio. También puede ser solicitada documentación o información sobre el involucrado que no estén en realidad disponibles con el colaborador. No es complejo imaginar, en un caso de una persona jurídica, que un directivo responsable por un pago de soborno en un caso sea la única persona con información suficiente para auxiliar a la persona jurídica a prestar una efectiva colaboración con las investigaciones. Si fuera el caso, la probabilidad de que este directivo coopere con las investigaciones sin obtener ninguna ventaja será muy baja, dado que al final lo que estará realizando es proveer “pruebas contra sí” y en favor de una reducción de responsabilidad de la persona jurídica. Esto conlleva a que puedan existir múltiples retos y condiciones —como extensión posible de colaboración— que serán objeto de la negociación en sí<sup>2120</sup>.

El ejercicio de comunicación de las partes en la negociación, con la adecuada comunicación de los intereses involucrados —público y privado— será el procedimiento necesario para garantizar el uso de una herramienta de justicia negociada. Así, la negociación del acuerdo, que incluye todas las tratativas relacionadas al desarrollo de las cláusulas que explicitan las expectativas mutuas —obligaciones y derechos—, es una etapa esencial para asegurar el suceso de la utilización de una herramienta de justicia negociada. Si las condiciones para la parte privada son demasiado suaves,

---

<sup>2119</sup> Como ejemplos de herramientas de justicia negociada que requieren condiciones para colaboración se puede mencionar Australia, Canadá, Brasil, además de los DPA de Estados Unidos en determinadas situaciones. Ver REILLY (2019).

<sup>2120</sup> En ese sentido, las negociaciones tendrán cuestiones, intereses y posiciones a ser debatidas y acordadas entre las partes negociadoras con la finalidad de obtener un consenso y el acuerdo. Ver DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 131-133).

el uso de acuerdos probablemente no generará el adecuado efecto de prevención y represión de conductas ilícitas. Por otro lado, si las condiciones son más duras de lo que puede soportar el colaborador, el sistema de justicia negociado estará condenado al fracaso y el paradigma de la justicia será el proceso penal tradicional —que podrá ser exactamente lo que se planteaba, en un primer momento, evitar la implementación de la justicia negociada—. De este modo, la negociación implica un proceso en el cual las partes identifican las opciones posibles de acuerdo y las alternativas<sup>2121</sup>. A partir de esa dinámica —como partes de una negociación, y no como partes procesales— se extraerá la posibilidad de acuerdo más adecuada para el caso concreto.

La problemática del principio de igualdad —y su vulneración en lo que se refiere a la igualdad de armas— en el caso de utilización de una herramienta de justicia negociada tendrá como punto central el hecho de que es una negociación, y no un proceso penal tradicional. Por lo anterior, esto tendrá base en la propia naturaleza de la herramienta de justicia negociada. No obstante, otras circunstancias parecen generar un desequilibrio desproporcional entre las partes en la negociación, en especial en los casos de personas jurídicas. En primer lugar, existe una expectativa de que, las determinadas presentes condiciones y la imputación penal genere un daño desproporcional a las personas jurídicas. Seguramente la imputación también genera daños a la imagen de personas físicas, pero casos como el de Arthur Andersen en Estados Unidos son ejemplo de cómo decidir no ponerse de acuerdo con las condiciones impuestas por la Fiscalía puede significar una verdadera pena de muerte de la persona jurídica<sup>2122</sup>. El hecho de estar involucrada en una actividad considerada delito por las autoridades —a punto de que la Fiscalía realice imputación de hechos ilícitos— puede generar daños en la reducción del valor de mercado de las personas jurídicas, la reducción de su público de consumidores y la quiebra de contratos. En realidad, existe una estimación de que muchos de los acuerdos DPA o NPA con las personas jurídicas en Estados Unidos sea firmado por la necesidad de evitar estos daños colaterales<sup>2123</sup>.

En segundo lugar, en los casos en los que los investigados intentan defenderse a través del proceso penal, hay una expectativa de que puede ocurrir un *peaje* a pagar por no firmar un acuerdo. En el sistema estadounidense, nuevamente bajo algunas condiciones específicas, los investigados que deciden no renunciar a su derecho al juicio y ejercer sus

---

<sup>2121</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 144 y ss.).

<sup>2122</sup> POWELL (2014: 598 y ss.) y GARRETT (2014: 21y ss.). Ver también el apartado específico sobre el caso Arthur Andersen.

<sup>2123</sup> Ver el apartado específico en el capítulo anterior. Ver también *United States v. Stein* (Stein I), 435 F. Supp. 2d 330, 336, 381 (S.D.N.Y. 2006), mencionando el reconocimiento de que el acuerdo o no podrá ser la decisión entre la vida y la muerte de la persona jurídica en Estados Unidos.

garantías procesales generalmente reciben una pena más severa que otros investigados en situación fáctica asemejada pero que habrán optado por firmar acuerdo con la Fiscalía<sup>2124</sup>. La pena más severa puede ser justificada dado que en el acuerdo hay una búsqueda de la reducción de pena. O sea, la propia idea de los acuerdos *plea bargaining* es que el acusado, a cambio de confesar y renunciar al juicio, reciba ventajas, que principalmente puede ser una pena menor de lo que recibiría si la Fiscalía probara su caso en juicio. En este sentido, es parte del sistema de justicia negociada la reducción de la pena para los individuos que aceptan acuerdos con la Fiscalía. Pero es importante que se observe que en Estados Unidos más del noventa por ciento de los casos penales son resueltos con confesión y renuncia al juicio<sup>2125</sup>. Lo que significa que el uso de herramientas de justicia negociada no es reservado para casos excepcionales, en realidad es la manera por la cual se decide la mayor parte de los casos bajo el sistema criminal. De esta manera, añadido al daño desproporcional de los acusados —en especial personas jurídicas— está el hecho de que la responsabilidad de las partes que deciden por la justicia negociada es reducida en comparación con las partes que deciden defenderse en juicio.

Por último, existe una preocupación —también observada en el sistema estadounidense— de que los altos riesgos de ir a juicio añadidos a los altos costes generados por auditorias e investigaciones internas provoquen que la Fiscalía tenga poder desproporcional en la negociación de los acuerdos. A partir, de este desequilibrio en la negociación, la Fiscalía puede imponer cláusulas de colaboración que potencialmente violen los derechos fundamentales, incluso de terceros —como directivos y empleados<sup>2126</sup>—. De igual modo, también puede ocurrir la imposición de condiciones relacionadas a sistemas de control interno y gobernanza desproporcionales e ineficaces, además de exceso en el pago de multas e imposición de penas<sup>2127</sup>.

En este sentido, lo que se puede observar es que un sistema de justicia negociada puede generar diversos incentivos para que las partes renuncien a sus derechos procesales —y a el derecho a igualdad de armas— a partir de una situación de desequilibrio de poder. En esta situación, aunque se considere que la negociación y la renuncia a las garantías procesales son voluntarias, son también, en realidad, consecuencias de situación de desigualdad fáctica que antecede al propio proceso. O sea, una desigualdad material sistémica puede ser el factor suficiente para generar una estructura de renuncia a la garantía de igualdad de armas. Como resultado, también de manera sistémica queda vulnerada la igualdad entre las partes en la

---

<sup>2124</sup> GIVELBER (2000), YIN (1995) y BRERETON & CASPER (1981).

<sup>2125</sup> En el sistema federal estadounidense esa proporción es aún mayor, llegando a 97 por cien de los casos. Ver CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 139).

<sup>2126</sup> SENKO (2009: 164) y BOHRER & TRENCHER (2007: 1502).

<sup>2127</sup> ARLEN (2016: 231) y GARRETT (2007: 936).

negociación. En este aspecto, es necesario adoptar medidas para reducir la asimetría de poder en la negociación para que un sistema de justicia negociada, con el tiempo, no produzca distorsiones. También es necesario implementar reglas para reducir la desigualdad entre las partes en la etapa pre-procesal. Si estas reglas no son implementadas y se ponen de manifiesto problemas como los mencionados, las medidas para garantizar la igualdad de armas y la igualdad real en el proceso tendrán una importancia disipada en un sistema de incentivos basado en desigualdad, que actúa antes del mismo inicio formal de la marcha procesal. En otros términos, si los incentivos para la renuncia de los derechos procesales están planteados en una fase pre-procesal con la medida de desigualdad suficiente, la igualdad se vuelve un mero planteamiento abstracto de una marcha procesal de quimera.

## 7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Otra garantía que regula la imposición de límites de los derechos fundamentales por parte del Estado es el principio de proporcionalidad. Con relación a él, no encontramos homogeneidad con relación a su fundamento: en cada sistema jurídico el principio es definido a partir de diferentes conceptos previstos en las Constituciones y otras normas. No obstante, su formación puede estar relacionada con los derechos fundamentales, en la propia concepción de Estado de Derecho o como principio basado en las normas supra positivas<sup>2128</sup>. Con independencia de esto, es cierto el principio de proporcionalidad regula las relaciones entre Estado y entes privados, incluso ciudadanos<sup>2129</sup>.

En Estados Unidos, el desarrollo del principio de proporcionalidad, también denominado *substantive due process of law*, generalmente está asociado al caso *Lochner versus New York*<sup>2130</sup>. La decisión de la Suprema Corte en *Lochner* se direccionaba inicialmente a legislaciones que imponían restricciones a relaciones contractuales de trabajo y derechos de propiedad<sup>2131</sup>. Conforme a la conclusión del caso, la regulación de la actividad económica solamente sería considerada válida si cumplía dos requisitos: el primero, la evaluación de que el ente federado (estado) había utilizado su poder de Policía para regular basado en una preocupación de sanidad o salud pública; el segundo, aunque hubiera un interés legítimo de sanidad y salud pública, haría falta demostrar que la regulación era razonable<sup>2132</sup>. A partir de los casos subsiguientes, la evaluación de razonabilidad de la actividad del Estado se expandió para otras ramas, a medida que la Suprema Corte reconocía que la cláusula del *substantive due*

---

<sup>2128</sup> MENDES (2012: 238).

<sup>2129</sup> MENDES (2012: 239).

<sup>2130</sup> *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905). Ver MENDES (201: 239).

<sup>2131</sup> ARAIZA & MEDINA (2011: 712).

<sup>2132</sup> ARAIZA & MEDINA (2011: 712).

*process* también garantizaba protección a otros derechos e intereses que no eran meramente económicos y contractuales<sup>2133</sup>. Actualmente, basados en la garantía constitucional, los órganos judiciales estadounidenses deben evaluar la base racional de la actuación del Estado en imponer límites a los ciudadanos. Para ello, hace falta considerar si la actuación del estado sirve a un interés o finalidad legítimos. Además, hace falta evaluar también si existe una relación razonable entre el interés relacionado con la actuación y la carga creada por el Estado<sup>2134</sup>.

En España, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también se debe aplicar el principio de proporcionalidad, en especial en relación con el ejercicio de derechos fundamentales y su limitación por parte del Estado<sup>2135</sup>. Dicho principio es considerado implícito en la Constitución, a partir del principio de legalidad del art. 25, y también en los preceptos relacionados a la limitación a los derechos fundamentales<sup>2136</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto con relación a su doctrina como jurisprudencia, expresan cinco puntos centrales de aplicación del principio: el primero, que los actos de limitación de derecho fundamental tienen que estar fundados en la Ley Orgánica, el segundo, la necesidad de incentivar todas las decisiones que limiten dichos derechos. El tercero, hace falta identificar si la limitación es necesaria con la finalidad o interés, como expresión del subprincipio de necesidad. Además, como cuarto punto, es necesario que, entre la medida prevista y la búsqueda de protección al bien exista una adecuación. Por último, también es necesario que se evalúe si la finalidad pretendida se puede alcanzar mediante otro acto de eficacia equiparable, como expresión del subprincipio de la alternativa menos gravosa<sup>2137</sup>.

En Brasil, la aplicación del principio de proporcionalidad se desarrolla por el Supremo Tribunal Federal a partir de la protección al derecho de propiedad, en especial relacionado con el poder del Estado de imponer tasas e impuestos, en el año 1953<sup>2138</sup>. Posteriormente, el tribunal, a partir del desarrollo de la doctrina del “exceso de poder”, reconoció la inconstitucionalidad de ley que imponía restricción a la vida privada de manera desproporcional, en el año 1968<sup>2139</sup>. A partir de la Constitución brasileña actualmente vigente, la de 1988, hubo un cambio en la norma base

---

<sup>2133</sup> ARAIZA & MEDINA (2011: 715). Además, la cláusula constitucional estadounidense del *due process* también garantiza a las personas físicas y jurídicas otros derechos que no solamente la proporcionalidad o razonabilidad. Como ejemplo, es a partir de dicha cláusula que se garantiza el derecho en el proceso penal de ser oído personalmente por el juez. Ver ARAIZA & MEDINA (2011: 769).

<sup>2134</sup> ARAIZA & MEDINA (2011: 769).

<sup>2135</sup> GIMENO SENDRA (2015: 9%).

<sup>2136</sup> GIMENO SENDRA (2015: 9%).

<sup>2137</sup> GIMENO SENDRA (2015: 9%).

<sup>2138</sup> MENDES (2012: 239).

<sup>2139</sup> MENDES (2012: 240).

para la aplicación del principio: el tribunal constitucional de Brasil empezó a aplicar el principio de proporcionalidad a la actuación legislativa del Estado basado en el principio del debido proceso sustantivo<sup>2140</sup>. En estos términos, el STF consideró que del principio de proporcionalidad surgía la necesidad de evaluar la adecuación y la necesidad de una medida legislativa<sup>2141</sup>. A partir del desarrollo de estos conceptos y considerando también la doctrina del exceso de poder, es necesario que se evalúe la constitucionalidad de las medidas que imponen restricciones a derechos fundamentales, además de evaluar la compatibilidad de ello con el principio de proporcionalidad<sup>2142</sup>. De esta manera se introduce la concepción del principio de la reserva de ley proporcional, que exige la evaluación de legitimidad de medio utilizado y de la finalidad de dicha utilización, además de su adecuación y necesidad<sup>2143</sup>. En Brasil, el principio de proporcionalidad, como recurrencia del principio del debido proceso, también es denominado como principio de la razonabilidad<sup>2144</sup>.

Con ello es posible observar la relación del principio de proporcionalidad, tanto en Estados Unidos como en Brasil y España —y Europa— como limitante de la actuación del Estado en la imposición de restricción de derechos fundamentales<sup>2145</sup>. Conforme el tipo de acción estatal —sea la creación de ley o reglamento o también la producción de restricciones a derechos relacionados con medidas procesales— el principio de proporcionalidad actuará como un control entre la medida adoptada por la Administración o por el Poder público, su finalidad y su repercusión en los intereses privados protegidos por derechos fundamentales<sup>2146</sup>. En este aspecto, más allá de funcionar solamente como una garantía de proceso penal, el principio de proporcionalidad también restringe la creación de ley y la emisión de actos administrativos. La proporcionalidad limita la actuación en el proceso requiriendo la evaluación de necesidad y la adecuación en la imposición de medidas cautelares y medidas de colecta u obtención de pruebas. También limita la decisión de imponer condena o sentencia, exigiendo que la autoridad responsable haga una evaluación de la adecuación y de la proporcionalidad de la pena, de la sanción o de imposición de consecuencia accesoria de la condena.

Además, la proporcionalidad como consecuencia del principio de legalidad tiene doble vinculación con relación al control de la ley<sup>2147</sup>. Por un lado, implica el control abstracto de la producción legislativa —o

---

<sup>2140</sup> MENDES (2012: 243).

<sup>2141</sup> MENDES (2012: 244).

<sup>2142</sup> MENDES (2012: 246).

<sup>2143</sup> MENDES (2012: 246).

<sup>2144</sup> BULOS (2014: 461) y DE MORAES (2014).

<sup>2145</sup> BULOS (2014: 691).

<sup>2146</sup> BULOS (2014: 691).

<sup>2147</sup> BULOS (2014: 691).

reglamentar—, de manera que la propia medida de la ley puede ser evaluada abstractamente sobre el paradigma de necesidad y adecuación. De esta forma, el principio de proporcionalidad puede servir para expurgar del sistema jurídico, la norma que tenga contenido más gravoso que el necesario para obtener la finalidad deseada. También el principio de proporcionalidad puede servir como limitador de la aplicación de la ley o reglamento en el caso concreto. Conforme a las circunstancias fácticas — tanto en relación con la actuación como Administración Pública o como Poder Judicial— el Estado puede tener su conducta limitada por el exceso que el empleo de determinadas medidas produzca. La proporcionalidad, de esta manera, tiene profunda conexión con la propia idea del Estado de Derecho, o del Estado justo, puesto que implica una evaluación más allá que la simple validez de la formalidad de la ley, acto o decisión producido.

Sobre el tema, es importante considerar la doctrina que permite la utilización de la proporcionalidad en el ámbito de la evaluación de pruebas consideradas ilícitas. En Brasil, en casos relevantes y para evitar consecuencias graves, existe la posibilidad de aplicación de la razonabilidad —o del principio de proporcionalidad— para aceptar el uso en el proceso de pruebas ilícitas<sup>2148</sup>. Inicialmente, en un caso decidido por el STF en 1993, el principio de proporcionalidad fue fundamento para aceptar una prueba generada con base en una prueba ilícita, de manera que no se permitiría la impunidad de culpables por delitos<sup>2149</sup>. En una decisión inicial, el tribunal había considerado válido el uso de la prueba ilícita puesto que era la única manera de obtener la adecuada condena de los delincuentes.

Sin embargo, en el mismo proceso, la materia fue también evaluada con recursos y con resultados múltiples<sup>2150</sup>. A partir de 1996, en otro proceso, la Corte consideró prohibida la utilización de la prueba indebida. No obstante, en la actualidad, se considera la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad para evitar resultados graves e indeseables y que se plasmen en verdaderos incumplimientos de derechos fundamentales<sup>2151</sup>. De hecho, tal utilización de la prueba considerada originalmente ilícita será posible, si fuera la única manera adecuada y disponible para corregir una eventual distorsión, que la exclusión de la prueba generaría en el resultado procesal<sup>2152</sup>. En este sentido, se puede aplicar el principio de proporcionalidad en la aceptación de la prueba ilícita en favor del investigado, llevándose en consideración el principio de la inocencia y las

---

<sup>2148</sup> BULOS (2014: 609). Aunque el principio de razonabilidad sea un desarrollo del principio de proporcionalidad, en esta mención se utilizan los términos como sinónimos, conforme se ha mencionado.

<sup>2149</sup> CAPEZ (2012: 366).

<sup>2150</sup> La primera decisión fue a favor de la utilización, por seis votos contra cinco. En la segunda, dado la ausencia de un magistrado, hubo empate y resolución a favor del investigado. Ver CAPEZ (2012: 366).

<sup>2151</sup> CAPEZ (2012: 367 y ss.).

<sup>2152</sup> DE MORAES (2014: 116).

causas de exclusión de ilicitud<sup>2153</sup>. De este modo, una prueba considerada originalmente ilícita puede ser adoptada para, por ejemplo, demostrar la inocencia del investigado, si fuera el único medio disponible para tal efecto<sup>2154</sup>. Esta admisión de la prueba originalmente ilícita es considerada necesaria para respeto a la dignidad humana en la obtención de pruebas y en las garantías de dignidad de la persecución penal<sup>2155</sup>.

### **7.1. Proporcionalidad y personas jurídicas**

El principio de proporcionalidad funciona como limitador de la actuación estatal y específicamente, regula la imposición de límites a derechos fundamentales. De esta manera, además de la posibilidad — constitucional o legal— de que una medida del Estado limite a un derecho fundamental, hace falta identificar otros elementos, en especial la necesidad y la adecuación del medio o de la limitación para su perfecta validez. En estos términos, el principio de proporcionalidad es una garantía de respeto a los derechos fundamentales. Éste requiere, más allá de la legalidad estricta, medidas adecuadas tengan un contenido de razonabilidad, o quizás, de justicia. De este modo, el principio tiene especial valor al preservar los derechos fundamentales, de manera que será garantía aplicable a los detentores de dichos derechos.

Para España, conforme se ha mencionado, el propio TEDH reconoce que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, de manera que son también sujetas a las garantías relacionadas a esos derechos<sup>2156</sup>. Además, considerando el derecho a la propiedad —también un derecho fundamental— las personas jurídicas son medios modernos utilizados por las personas físicas para obtener la organización necesaria para la consecución de finalidades específicas no obtenibles por los individuos de manera aislada<sup>2157</sup>. De igual modo en Brasil, no hay como recusar los derechos fundamentales, de las personas jurídicas, como de propiedad, de igualdad y otros<sup>2158</sup>. Por ejemplo, la propia Ley de la Empresa Limpia menciona la necesidad de analizar diversos factores en la actividad de imposición de penas, para exigir a la autoridad una evaluación de proporcionalidad entre los medios de sanción y la conducta del caso concreto<sup>2159</sup>. En Estados Unidos, las garantías constitucionales del debido proceso —incluso el sustantivo, o el principio de proporcionalidad—

---

<sup>2153</sup> DE MORAES (2014: 116).

<sup>2154</sup> CAPEZ (2012: 371) apunta decisiones del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal aceptando la utilización de pruebas ilícitas también en favor de la sociedad, en frontal violación de derechos fundamentales de los investigados.

<sup>2155</sup> DE MORAES (2014: 116).

<sup>2156</sup> BRODOWSKI (2014: 213-214) y ARANGÜENA FANEGO (2019: 7-8).

<sup>2157</sup> RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017: 114).

<sup>2158</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2159</sup> Ver el art. 7.º de la Ley 12.846/2013.



también son extensibles a las personas jurídicas, en especial a las empresas<sup>2160</sup>.

Considerando que el desarrollo de derechos fundamentales tuvo como núcleo la persona humana, el paso siguiente sería evaluar la posibilidad de extensión y la necesidad de matizar la aplicación del principio de proporcionalidad y sus garantías a las personas jurídicas<sup>2161</sup>. En este aspecto, el principio de proporcionalidad no parece ofrecer dificultad de extensión: como valor que posibilita el control de la actuación estatal, será aplicable siempre que sea posible una actuación estatal limitadora del derecho fundamental de la persona jurídica. Conforme se ha mencionado, la persona jurídica no puede ser objeto de limitación al derecho de libertad de tránsito debido a su propia naturaleza<sup>2162</sup>. No obstante, consideradas las sanciones posibles, el principio de proporcionalidad será extensible con base en las eventuales limitaciones en el derecho a la propiedad —garantizado a las personas jurídicas—, como un estándar mínimo necesario de protección: el principio deberá funcionar como medida de evaluación de una necesidad y de adecuación de la actuación del Estado en la consecución de la acción limitadora de derechos<sup>2163</sup>.

## **7.2. Proporcionalidad en la formalización de acuerdos de colaboración**

A través del principio de proporcionalidad, la actuación del Estado en imponer límites a los derechos fundamentales está regulada de manera que dicha actuación debe ser controlada —o al menos evaluada— bajo paradigmas más profundos que la simple *legalidad* de la medida limitadora<sup>2164</sup>. El principio requiere que la creación de leyes y reglamentos considere valores como adecuación y necesidad de las medidas. Además, también indica que, en la aplicación de la ley, aunque una medida sea constitucional, hace falta la evaluación en el caso concreto de su necesidad y adecuación<sup>2165</sup>. De esta manera y a partir de las particularidades de cada ordenamiento jurídico, la actividad del Estado debe ser regulada por cuestiones como adecuación de las medidas empleadas y la finalidad pretendida, la prohibición de excesos en la utilización del poder estatal, la

---

<sup>2160</sup> ARAIZA & MEDINA (2011: 760-761).

<sup>2161</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2162</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2163</sup> Por ejemplo, en Brasil, la Ley de la Empresa Limpia y su decreto reglamentario prevén la necesidad de evaluar factores de la gravedad de la conducta, la ventaja obtenida y la cooperación en las investigaciones, entre otros, para hacer el computo de las sanciones a ser impuestas. De esta manera, la propia Ley prevé factores a ser evaluados para determinar la necesidad y la adecuación de la sanción al caso concreto, como medida de proporcionalidad. Ver el art. 7.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2164</sup> En ese aspecto, MENDES (2012: 246) menciona el “principio de reserva legal proporcional”.

<sup>2165</sup> BULOS (2014: 691 y ss.).

proporcionalidad y razonabilidad en los casos concretos y la necesidad de un análisis de los bienes jurídicos en conflicto<sup>2166</sup>. Esta evaluación de las medidas limitadoras de derechos tiene un objetivo, intentar obtener un resultado justo<sup>2167</sup>.

El principio de proporcionalidad y su aplicación a herramientas de justicia negociada generan una serie de problemas. En primer lugar, la justicia negociada en el ámbito de la comisión de delitos conlleva a una expectativa de imposición de restricción a los derechos fundamentales como consecuencia de la imposición de responsabilidad. De hecho, al final de un acuerdo realizado con relación a la práctica de delitos, debe haber imposición de restricciones a derechos como libertad, propiedad y también a derechos relacionados a la práctica de la actividad profesional o económica, entre otros. Así, no se debería plantear herramientas de justicia negociada con impacto en derechos fundamentales sin llevar en consideración el principio de proporcionalidad. Si no hay evaluación de proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales, el sistema de justicia negociada posibilita el riesgo de generar resultados con exceso punitivo o que generen la insuficiencia de relevancia de la consecuencia —sanción— aplicada. La propia concepción de responsabilidad basada en culpabilidad exige una evaluación de proporcionalidad de las medidas aplicables en el caso concreto. En realidad, la necesidad de generar un efecto de prevención y represión de conductas indeseables requiere una evaluación de proporcionalidad entre los hechos indebidos y las consecuencias jurídicas de las conductas. La justicia negociada añade a esto, además del análisis tradicional de culpabilidad, la voluntad de colaborar con el Estado en la investigación, en la imposición de restricciones y en la reparación de los daños, de manera que ello debe ser contrabalanceado con los intereses de prevención y represión de las conductas consideradas indeseables socialmente.

Otros rasgos relacionados a la aplicación del principio en el ámbito del acuerdo de colaboración estarán relacionados al propio desarrollo de la proporcionalidad o razonabilidad en cada ordenamiento jurídico. Estos rasgos pueden ser divididos, en (i) los relacionados a la propia negociación y confección de cláusulas y condiciones del acuerdo y (ii) en los relacionados a la ejecución, cumplimiento e imposición de cláusulas y condiciones del acuerdo de colaboración —el principio en el pos-acuerdo—. En el primer bloque, los rasgos relacionados a la negociación y confección del acuerdo, las reglas de cada ordenamiento jurídico harán que la proporcionalidad funcione de maneras diversas. En este aspecto, si la Fiscalía, por ejemplo, actúa con amplia discrecionalidad para decidir a quién ofertar acuerdos y bajo que condiciones, es decir, si su conducta está basada en el principio de

---

<sup>2166</sup> BULOS (2014: 691).

<sup>2167</sup> BULOS (2014: 691).

oportunidad, la proporcionalidad en la negociación será un ejercicio de evaluación del caso concreto realizado por los propios fiscales. En estos casos, guías y manuales con condiciones debidas conforme a las situaciones fácticas, con reglas para el diseño de las cláusulas de los acuerdos serán herramientas importantes para garantizar proporcionalidad —e igualdad— en las negociaciones.

Esto es el caso de Estados Unidos, en el cual los fiscales actúan bajo el principio de oportunidad. De esta manera, compete a la Fiscalía la evaluación en concreto de las condiciones necesarias para promover los objetivos del acuerdo, que engloban las propias finalidades del Derecho Penal —la prevención y represión de los delitos, el respeto a los derechos de los inocentes—, además de involucrar eventualmente la colaboración en las investigaciones y la recomposición de los daños y perjuicios<sup>2168</sup>. Incluso, a partir del desarrollo de casos concretos y de la actuación de abogados y de personas jurídicas, la Fiscalía Federal estadounidense hizo diversos cambios en su política de negociación de acuerdos de colaboración con personas jurídicas. Por ejemplo, los documentos *Holder memo*, *Thompson memo*, *McNully memo* y *Yates memo*, que fueron publicados con el pasar de los años, proveen a los fiscales diversos factores a ser tomados en consideración en la imposición de responsabilidad<sup>2169</sup>. La proporcionalidad de las condiciones de colaboración era una de las cuestiones que resultaron en cambios en la política de negociación de la Fiscalía Federal<sup>2170</sup>.

Dos situaciones interesantes pueden ser señaladas para demostrar la necesidad de un planteamiento de proporcionalidad en las condiciones del acuerdo. La primera, a partir de las políticas mencionadas del DOJ en EE.UU., los fiscales inicialmente podían solicitar a las personas jurídicas que no pagaran los costes de defensa de sus empleados y directivos<sup>2171</sup>. Es decir, en la negociación de un acuerdo en el ámbito de la responsabilidad penal de personas jurídicas, la Fiscalía podría obtener de la empresa el compromiso de no efectuar pagos de defensa de abogado para sus directivos y empleados, aunque este pago fuera parte de la conducta regular de la persona jurídica con relación a sus empleados. Debido a decisiones

---

<sup>2168</sup> La Fiscalía Federal estadounidense tiene una serie de guías y herramientas para auxiliar la confección de la negociación con colaboración. Como ejemplo, los principios para enjuiciamiento de causas contra las personas jurídicas, disponible en el sitio de internet del *Department of Justice. Principles of federal prosecution of business organizations*, DEPARTMENT OF JUSTICE (<https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>).

<sup>2169</sup> SENKO (2009). Ver los apartados en el Capítulo III relativos a las críticas al sistema estadounidense de colaboración con personas jurídicas.

<sup>2170</sup> Ver el apartado anterior sobre las críticas y condiciones excesivas en los acuerdos de colaboración con las personas jurídicas en Estados Unidos.

<sup>2171</sup> Eso, por ejemplo, pasó en el caso de KPMG. *United States v. Stein*, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008). Ver también apartado en capítulo anterior sobre la ausencia de control de la actuación de la Fiscalía en Estados Unidos.

judiciales y a presiones de los abogados y del Congreso estadounidense, el DOJ cambió la política, incluso se incluyó que no fuera permitido vedar este tipo de pago<sup>2172</sup>. La desproporcionalidad, de hecho, parecía residir en la falta de razonabilidad de que la empresa solamente fuera considerada colaboradora si no suministrara condiciones a sus empleados de ejercer su defensa individual a través de la contratación de abogados.

Este tipo de condición generaba lo que fue considerado una limitación al derecho constitucional de defensa por abogado —*right of counsel*—<sup>2173</sup>. Además, era una condición para la evaluación de la colaboración de la persona jurídica que vulneraba los derechos de las personas físicas presuntamente involucradas en los hechos. En este aspecto, no es difícil imaginar que existen otros factores disponibles para realizar la evaluación de la colaboración de las personas jurídicas sin que esto genere violación a los derechos constitucionales de individuos, por ejemplo, la colaboración de las empresas puede ser evaluada con base en las medidas relacionadas a la investigación interna, para la obtención de documentos e información necesarios para las investigaciones, la recomposición de los daños y el pago de indemnizaciones. En otras palabras, la exigencia de no cumplir con obligaciones —expresas o implícitas— relacionadas al pago anticipado de abogados para defensa de sus directivos no era ni la adecuada ni la necesaria conducta para validar la colaboración de la empresa con las autoridades.

La segunda situación que puede ser mencionada es la definición de condiciones para la colaboración relacionadas al programa de cumplimiento y gobernanza corporativa de manera no proporcional a la gravedad de los hechos ilícitos. A partir del principio de oportunidad, la Fiscalía Federal estadounidense, por ejemplo, tiene la posibilidad de incluir como cláusulas en los acuerdos de cooperación, la implementación de programas de cumplimiento y exigir el cambio en la estructura interna de gobernanza de las personas jurídicas. Estas condiciones de los acuerdos —o a lo mejor, el incumplimiento de esas condiciones— se vuelve el nuevo ilícito: a partir del acuerdo, el incumplimiento de condiciones permite la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>2174</sup>. Sin embargo, una de las críticas de dicha estrategia es que la Fiscalía no cuenta con el entrenamiento y conocimiento específico sobre las cuestiones estructurales de dichos programas ni sobre el funcionamiento práctico de las personas jurídicas en el nivel necesario para desarrollar las cláusulas más adecuadas. Esto conlleva a un riesgo de que los fiscales en acuerdos sean responsables por los cambios en las estructuras de gobernanza de empresas, muchas veces multinacionales de gran tamaño y con complejas estructuras

---

<sup>2172</sup> SENKO (2019).

<sup>2173</sup> *United States v. Stein*, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008).

<sup>2174</sup> ARLEN (2016: 231).

empresariales<sup>2175</sup>. Al final, dada la naturaleza de los acuerdos, los propios fiscales son los responsables de interpretar y exigir de las personas jurídicas el adecuado cumplimiento, con bajo nivel de control y monitoreo<sup>2176</sup>.

A partir de esta coyuntura, dada la amplia oportunidad que dirige la actuación de los fiscales en Estados Unidos, se puede observar la relevancia de los instructivos, guías y normas que definen factores específicos para las negociaciones de las cláusulas de los acuerdos en el ámbito de la justicia negociada. A través, de la reglamentación del principio de oportunidad es posible desarrollar las evidencias necesarias y los hechos relevantes para la adopción de determinadas medidas o imposición de condicionantes específicas al acuerdo, para garantizar el respeto a la proporcionalidad y al tratamiento de igualdad. Además, la existencia de estos factores predeterminados puede auxiliar en la adopción de estrategias preventivas de las personas jurídicas: la comprensión de los antecedentes de los deberes de cumplimiento y de gobernanza, así como los deberes de colaboración pueden auxiliar en el planteamiento de la actividad empresarial<sup>2177</sup>. De esta forma, al contrario de habilitar a los fiscales para actuar de *cuasi-reguladores* a partir del caso concreto, se permitiría la construcción de incentivos para una efectiva actuación preventiva de las empresas, en una verdadera implementación de una cultura de cumplimiento<sup>2178</sup>. En este aspecto, la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la definición de cómo implementar la política criminal no tiene que traducirse en falta de previsibilidad en la implementación de la política, porque incluso uno de los puntos de la finalidad del Derecho Penal —de prevenir y reprimir conductas indeseables— reside en la previsibilidad de consecuencias y de la distinción entre conductas adecuadas e inadecuadas.

Por último, la reglamentación de factores de proporcionalidad y razonabilidad a ser evaluados por una Fiscalía que actúa basada en el principio de oportunidad también permite un control más preciso de la actuación de la Fiscalía. En Estados Unidos, el control judicial de la utilización de herramientas de justicia negociada no es elevado dado el propio principio de oportunidad<sup>2179</sup>. De esta manera, podría ser implementado un control interno y jerárquico basado en normas internas. En el actual sistema estadounidense, este tipo de medida parece ser la única posible de generar efectos amplios en la confección de acuerdos con personas físicas y jurídicas, porque las cortes generalmente aceptan las condiciones establecidas por los fiscales en los acuerdos de *plea bargaining*, basando su análisis más en cuestiones relacionadas al respeto a los derechos

---

<sup>2175</sup> GARRETT (2007: 936).

<sup>2176</sup> ARLEN (2016: 231).

<sup>2177</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>2178</sup> ARLEN & KAHAN (2017: 326).

<sup>2179</sup> Sobre el principio de oportunidad y la Fiscalía estadounidense, ver en general CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 37 y ss.).

constitucionales y conocimiento de la renuncia de los derechos vinculados a la confesión<sup>2180</sup>. Además, se añade a la dificultad del control judicial de los acuerdos en Estados Unidos la cuestión de que algunos no son sometidos a la aprobación del juez, como el ejemplo de los *non-prosecution agreements*<sup>2181</sup>.

En consecuencia lógica, es difícil plantear un control judicial de la proporcionalidad de las cláusulas negociadas en los acuerdos de colaboración en el ámbito de la justicia negociada en todos los sistemas en los cuales hubiera una actuación de la autoridad a partir del principio de oportunidad. Si el propio Poder Ejecutivo —en el caso penal, la Fiscalía— tiene amplio margen para decidir cuáles son las condicionantes adecuadas al caso concreto, la actuación judicial parece traducirse en una interferencia indebida entre poderes. No obstante, en el caso de que la decisión de la Fiscalía sea regulada por normas, se puede plantear un ámbito para que la autoridad judicial evalúe si las condiciones impuestas en el caso concreto están de conformidad con el reglamento. Sin embargo, dicha actuación judicial estará relacionada con el hecho de la correcta y adecuada utilización de las normativas internas de carácter obligatorio.

De todos modos, el adecuado control de la proporcionalidad en la definición de condiciones de colaboración registradas como cláusulas en acuerdos no parece ser tarea simple en un sistema regulado por el principio de amplia oportunidad<sup>2182</sup>. Diversos factores serán relevantes para la efectividad del control judicial de la proporcionalidad. Además de la existencia de regulaciones sobre la oportunidad, el control será dependiente de la especificidad de dichas regulaciones o la utilización de conceptos amplios e imprecisos, así como de la propia obligatoriedad o facultad en la adopción de dichas normas, es decir, su carácter de mera orientación o de obligatoriedad. No obstante, es posible que el sistema permita la utilización de recursos administrativos o jerárquicos para que se evalúe concretamente las condiciones impuestas al investigado. Sin embargo, tampoco esto es lo que parece estar planteando en el sistema de Estados Unidos.

El sistema basado en el principio de oportunidad, con bajo grado de control de la actuación de los fiscales, no parece ser compatible con las tradiciones del sistema de España y de Brasil: sistemas jurídicos regulados por el principio de legalidad y sus principios consecuencia. En estos casos, la Fiscalía —o la autoridad responsable por la negociación de acuerdos de colaboración— tendrá su conducta regulada por ley o normatividad. De esta manera, parece compatible con las tradiciones

---

<sup>2180</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 171 y ss.).

<sup>2181</sup> DOJ Guide for FCPA, p. 75.

<sup>2182</sup> De hecho, cuestiones variadas serán relevantes para la efectividad del control judicial, como la existencia de normas sobre la oportunidad, la especificidad de dichas normas y la propia obligatoriedad o facultad de adopción del normativo, es decir, si tiene un carácter de mera orientación a los fiscales.

jurídicas que la colaboración esté basada en normas sobre las posibles ventajas y condiciones de los acuerdos. Además, si la propia ley o norma contienen las reglas sobre las cláusulas de la colaboración, las obligaciones de los colaboradores y las ventajas a ser ofertadas a cambio de la colaboración, el propio Poder Legislativo deberá haber fijado las medidas de proporcionalidad adecuadas. Es decir, dirigido por el principio de legalidad, el Estado en la utilización de herramientas de negociación de colaboración tendrá a su disposición la aplicación de la ley, que conforme se ha mencionado, también deberá haber sido planteada a partir del propio principio de proporcionalidad<sup>2183</sup>.

Si la ley no fuera específica acerca de la proporcionalidad en la aplicación de las medidas de limitación de los derechos de los investigados, la Administración lo podrá hacer —siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico— para suministrar a la autoridad competente los factores a ser evaluados y sus consecuencias para las negociaciones de acuerdos. Así es el caso de Brasil, en lo que se refiere a la colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción, establecidas las posibilidades de ventajas y los elementos de los acuerdos en ley, regulados por decreto y por ordenanzas ministeriales<sup>2184</sup>. De esta manera, la tarea del fiscal o de la autoridad responsable deberá ser conducida dentro de los márgenes de la ley y de los reglamentos<sup>2185</sup>. Lo mismo probablemente ocurrirá en los sistemas considerados de oportunidad reglada, en los cuales existe un paradigma en la ley de la conducta debida de la Fiscalía en la utilización de una herramienta de justicia negociada, pero con un espacio de discrecionalidad. Es decir, los elementos a ser evaluados por los fiscales deben estar previstos en la ley y en los reglamentos, de manera que exista una “oportunidad” condicionada a factores legales<sup>2186</sup>.

Un desafío para la Fiscalía —o la autoridad responsable— será cuando la medida de la ley, en el caso práctico, no fuera suficiente para garantizar la proporcionalidad de la intervención en el derecho fundamental. En un sistema planteado a partir del principio de legalidad, la ley deberá prever las condiciones y ventajas de la colaboración de manera proporcional. Sin embargo, en el caso, puede ser posible que las condiciones y ventajas establecidas por la ley no se traduzcan en una aplicación de consecuencias razonables. Por ejemplo, un sistema jurídico que exige la imposición de cierre de actividades y multa a una persona jurídica, en el supuesto de que algunos de sus funcionarios estuvieran involucrados en la práctica de un

---

<sup>2183</sup> Conforme se ha mencionado, por eso MENDES (2012: 246) explicita el paradigma del principio de *reserva legal proporcional*.

<sup>2184</sup> La Ley de la Empresa Limpia —Ley 12.846/2013— fue regulada por el Decreto 8.420/2015 y por ordenanzas ministeriales de la CGU y de la AGU.

<sup>2185</sup> En el caso de Brasil, la Ley de la Empresa Limpia prevé como responsable por la negociación de acuerdos autoridad distinta de la Fiscalía. Ver CANETTI (2018: 191-192).

<sup>2186</sup> La oportunidad reglada en España es mencionada por GIMENO BEVIÁ (2016: 56%).

determinado hecho ilícito. Sin embargo, en el caso concreto, la empresa pudo haber descubierto los hechos, a partir de su sistema de control interno, pudo haber evitado el resultado del daño a la Administración o a la víctima, además de haber realizado reporte voluntario de la conducta y presentado las pruebas necesarias para que la Administración investigue y promueva la responsabilidad de las personas físicas. Para añadir más elementos en el ejemplo, si la autoridad responsable no tiene ningún conocimiento de los hechos, solamente a partir del reporte voluntario de la empresa será posible imponer medida de responsabilidad a los culpables. Además, la persona jurídica involucrada puede demostrar que los hechos ilícitos, además de que no le generaron beneficios, causaron pérdidas financieras<sup>2187</sup>.

La cuestión principal será identificar cuáles conductas serán permitidas al agente de la Administración frente el resultado desproporcional e irrazonable de la aplicación de la ley: por un lado, puede ser que el sistema permita no aplicar la limitación desproporcional a los derechos fundamentales, en el ejemplo, de la persona jurídica; por otro, también es posible que el sistema no permita a la autoridad no imponer sanción, aunque en el ámbito del acuerdo y de justicia negociada, dado el principio de legalidad. Un sistema así planteado no proveerá a las personas jurídicas un adecuado incentivo para el reporte voluntario, puesto que no permite que se aplique exención de responsabilidad, aunque las empresas adopten todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir los hechos. Esta ausencia de incentivos está relacionada con la ausencia de proporcionalidad entre la conducta —o la culpabilidad— de la persona jurídica (u otro investigado) y las consecuencias de su colaboración, se traducirán en un reto para la implementación efectiva de la herramienta de justicia negociada.

### **7.3. Proporcionalidad en la ejecución de acuerdos de colaboración**

El principio de proporcionalidad, como regla general, faculta al Poder Judicial para ejercer control de acciones excesivas o sin moderación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, porque funciona como límite de la actuación del Estado en la imposición de restricciones a los derechos fundamentales<sup>2188</sup>. En este sentido, el principio puede ser una herramienta utilizada para revisión o adecuación de los acuerdos de colaboración en el ámbito de la justicia negociada. En este sentido, además de funcionar

---

<sup>2187</sup> En el caso de Brasil y de la Ley de la Empresa Limpia, se estima que, aunque ocurra auto reporte, con investigación interna y amplia colaboración, la Ley no permite la exención de sanción de multa. De esa manera, con excepción del cierre de las actividades, si el hecho ocurriera en Brasil, con las mismas características, las conclusiones serían probablemente las mismas del ejemplo del texto. Virtualmente, la misma consecuencia de falta de proporcionalidad ocurrirá en cualquiera de los sistemas jurídicos que no permita la exención de responsabilidad independientemente de las medidas preventivas y represivas adoptadas por las personas jurídicas.

<sup>2188</sup> BULOS (2014: 691).



direccionado a la autoridad que negocia, el principio de proporcionalidad regula a la autoridad judicial en la evaluación de la proporción de las condiciones del acuerdo en los momentos de la ejecución, el cumplimiento e imposición de las cláusulas y condiciones: a partir de estos puntos surgirá el segundo bloque de rasgos de su aplicación como herramienta de control. Aun así, como importante principio que puede ser relacionado a la noción de Estado de Derecho y también al debido proceso sustantivo<sup>2189</sup>, se traduce en un importante fundamento para la aplicación justa y adecuada de la justicia negociada como parte del sistema penal.

Un de los primeros rasgos con relación a la revisión judicial de los acuerdos está relacionado con la aplicabilidad del principio de legalidad o de oportunidad. En este aspecto, en los casos en los cuales la herramienta de justicia negociada es implementada a partir del principio de oportunidad —comprendido la oportunidad pura, amplia, distinta de la oportunidad reglada— la competencia de la revisión judicial basada en proporcionalidad estará limitada a las posibilidades del control judicial de los acuerdos. O sea, el posible control de la proporcionalidad será más amplio o restricto conforme se dé la posibilidad de evaluación judicial de las condiciones del acuerdo.

En Estados Unidos y en lo que se refiere al *plea agreement*, la aprobación y la posterior evaluación del acuerdo por parte del Poder Judicial es limitada teniendo en consideración el principio de oportunidad y la competencia del Poder Ejecutivo de decidir como implementar la política criminal<sup>2190</sup>, y el control judicial de los acuerdos tiene como estándar la aceptación de lo propuesto por la Fiscalía y lo acordado por las partes<sup>2191</sup>. Sin embargo, el acuerdo de *plea* puede ser desestimado a partir de apelación directa o de recurso indirecto<sup>2192</sup>. En este aspecto, derechos constitucionales, como los relacionados al derecho a la representación por abogado y la voluntariedad del acuerdo pueden ser cuestionados en recurso judicial<sup>2193</sup>. La Suprema Corte, en el caso *United States v. Hyde*, decidió que es posible solicitar sea retirado el *plea* aprobado por la autoridad judicial en los casos que hubiera una *fair and just reason*<sup>2194</sup>. Así, incluso en el sistema estadounidense, existe un estándar para control judicial posterior de los acuerdos en el ámbito de la justicia negociada. Sin embargo, este estándar está relacionado con cuestiones de violación de derechos constitucionales y también con la existencia de un motivo de justicia relevante. Además, en la revisión judicial, conforme se ha mencionado, se debe garantizar un alto

---

<sup>2189</sup> MENDES (2012: 239 y ss.).

<sup>2190</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 48).

<sup>2191</sup> GARET (2017: 1486)

<sup>2192</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 157).

<sup>2193</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 144 y ss.).

<sup>2194</sup> *United States v. Hyde*, 520 U.S. 670 (1997). La expresión *fair and just reason* puede ser traducida como razón justa y ecuánime.

grado de deferencia a la aprobación del *plea agreement*. El control de proporcionalidad o razonabilidad, en este sentido, parece ser posible solamente en casos extremos, en los cuales se demuestra que las condiciones acordadas son más gravosas de lo necesario, e incluso pueden significar verdaderas ofensas a los derechos constitucionales.

Además, la jurisprudencia de la Suprema Corte indica la necesidad de interpretar las cláusulas de los *plea agreements* bajo los principios de la ley contractual<sup>2195</sup>. La utilización de dichos principios, basados en una rama del derecho privado, es adaptada debido a la aplicación en el ámbito penal, considerando incluso la asimetría entre el poder del gobierno y de los investigados<sup>2196</sup>. La violación de derechos constitucionales puede llegar a desestimar obligaciones contractuales<sup>2197</sup>, sin embargo, la propia consideración de que los acuerdos deben ser evaluados bajo el derecho contractual significa restringir el control judicial a la libre voluntad de las partes en la adhesión de las cláusulas acordadas. El principio de oportunidad y la interpretación a partir de reglas de derecho comercial contractual resultan en una reducción, en concreto, del ámbito de evaluación y del control judicial de proporcionalidad de los acuerdos.

El estándar de control judicial de proporcionalidad podrá ser distinto en los sistemas en los cuales la negociación de herramientas de justicia negociada sea regulada por el principio de legalidad o por el principio de oportunidad reglada. En estos casos, debido a la aplicación de las cláusulas legales o reglamentares de condiciones y ventajas posibles, la tarea de negociación del acuerdo será más restricta, o tendrá poca discrecionalidad. Para este estándar de baja discrecionalidad se suele utilizar la nomenclatura del principio de oportunidad *reglada* o de discrecionalidad *reglada*<sup>2198</sup>. En el caso del principio de legalidad, tradicional, la Fiscalía tiene la obligación de adoptar la medida de la ley, en el caso, para imputar los hechos ilícitos a los investigados. En el caso de la oportunidad reglada, en términos generales, se concede un *espacio* de decisión al fiscal para utilizar una medida alternativa al ejercicio de la acción penal. Por ejemplo, al fiscal se le da la opción de proponer un acuerdo o transacción penal<sup>2199</sup>. Diferente del principio de oportunidad, digamos amplio, en la oportunidad reglada habrá un estándar en la ley que permitirá la adopción de una medida distinta del ejercicio de la acción penal. Como regla general, el fiscal deberá evaluar determinados factores —como la gravedad de los hechos ilícitos, el historial de los involucrados, y otros factores presentes en la ley— para decidir si será más adecuado para el caso concreto una alternativa o la otra. En este aspecto, cuanto más precisos sean los elementos de la ley y cuanto más

---

<sup>2195</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

<sup>2196</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 155).

<sup>2197</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 155).

<sup>2198</sup> CAPEZ (2012: 161) y GIMENO BEVIÁ (2016: 56%).

<sup>2199</sup> CAPEZ (2012: 161).

restringida sea la conducta del fiscal, la oportunidad reglada se aproxima más al principio de legalidad<sup>2200</sup>. Aún más si la alternativa de justicia negociada, presentes los elementos y cumplidas las condicionantes de la ley, fuera considerada derecho de los investigados.

Este estándar, que requiere de los fiscales —u otras autoridades— la observancia de reglas previstas en la ley, tanto en lo que se refiere con los requisitos para ofrecer herramienta de justicia negociada como a las condiciones necesarias de dicho acuerdo, conllevará a poca discrecionalidad y permitirá un amplio control judicial: a este poder se le atribuye no decidir por la autoridad administrativa, sino evaluar si la conducta de la autoridad es adecuada conforme el estándar de la ley y del reglamento. Esta evaluación, además de considerar principios como el de la igualdad, también exigirá que se evalúe el principio de proporcionalidad para establecer las cláusulas y condiciones de cumplimiento que generan la limitación en los derechos fundamentales.

No obstante, la actividad de control de proporcionalidad estará regulada conforme a las tradiciones del sistema jurídico: en relación con la separación de los poderes y la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza de manera exclusiva la toma de decisiones en los casos. Por ejemplo, en los casos que el criterio de la ley fuera establecido a partir de términos que posibiliten una evaluación por parte del fiscal del caso concreto, no deberá el Poder Judicial sustituir la decisión del fiscal en lo que no esté relacionado exclusivamente al cumplimiento de la ley y las garantías de proporcionalidad. Sin embargo, dichos sistemas de legalidad o de oportunidad reglada posibilitan un control de racionalidad, adecuación y necesidad de las medidas impuestas a partir de la negociación de los acuerdos de colaboración<sup>2201</sup>.

Más allá de la oportunidad *versus* la legalidad, existen otros factores relevantes en los sistemas jurídicos para la posterior evaluación de los acuerdos. Estos factores serán diferentes en los países a partir de sus propias tradiciones relacionadas al Derecho Penal. Por ejemplo, conforme se ha mencionado, la Suprema Corte de Estados Unidos decidió que los acuerdos deben ser interpretados a partir de principios de derecho comercial<sup>2202</sup>. Sin embargo, dada las tradiciones del sistema continental europeo, es posible que otras cortes constitucionales decidan que hace falta interpretar dichas condiciones acordadas teniendo en consideración que los derechos potencialmente vulnerados son derechos fundamentales, y no derechos privados disponibles. Consideraciones sobre buena fe y mala fe de

---

<sup>2200</sup> En ese sentido, GIMENO BEVIÁ (2016: 56%) habla del “principio de oportunidad reglada” y su relación con la utilidad pública y el interés social.

<sup>2201</sup> Considerados la necesidad y la adecuación de los medios empleados con las finalidades pretendidas y los criterios de evaluación de proporcionalidad de las medidas. Ver MENDES (2012: 245 y ss.).

<sup>2202</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

las partes en la confección de los acuerdos, tanto de Fiscalía como de investigados, también pueden ser factores relevantes en el control judicial de la proporcionalidad de las obligaciones. Además, es posible que factores como el daño social o económico<sup>2203</sup> (en el caso de que las condiciones propuestas para el acuerdo generen quiebra de empresas), futuros cambios legislativos (que garanticen condiciones más favorables a los acuerdos), circunstancias supervenientes y fuera del control de las partes, entre otras, serán utilizados como argumentos y fundamentos para contestar la proporcionalidad en el pos-acuerdo.

### **8. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM***

En términos generales, el principio del *non bis in idem* establece que el mismo hecho no debe ser sancionado más de una vez<sup>2204</sup>. Su desarrollo y aplicación principal inicialmente estaban más relacionados al Derecho Penal; no obstante, en la actualidad el principio es aplicable a todos los ámbitos del Derecho, con los matices necesarios<sup>2205</sup>. Está relacionado con el principio de legalidad y con la cosa juzgada<sup>2206</sup> y previsto como derecho fundamental en el Derecho Internacional y en diversos sistemas jurídicos. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento publicado por las Naciones Unidas, está relacionado con el artículo 14.6 y, principalmente, 14.7<sup>2207</sup>. El Pacto prevé, entre otros derechos, que ninguna persona podrá ser juzgada o sancionado por delito por el cual haya condena o absolución anterior<sup>2208</sup>. Conforme tal disposición, la prohibición de decisión o condena posterior ocurre en los casos en que la condena o absolución anterior haya sido objeto de decisión firme, respetando las tradiciones jurídicas de los países.

El principio también está registrado en diversos documentos normativos internacionales. Está previsto en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de diciembre de 2000<sup>2209</sup>, que explica que la prohibición está relacionada con la condena penal por infracción sobre la cual haya habido condena o absolución anterior en la Unión<sup>2210</sup>. Por último, en el intento de abordar todas las menciones del principio de manera exhaustiva, también es importante observar que la

---

<sup>2203</sup> Con relación a factores económicos, es interesante observar que la Convención Anticorrupción de OCDE menciona específicamente que la investigación y el enjuiciamiento de los casos no deberá depender de factores económicos, en el art. 5.º de la Convención Anticorrupción de la OCDE.

<sup>2204</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 108).

<sup>2205</sup> NIETO GARCÍA (2018: 429).

<sup>2206</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 108) y ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 627).

<sup>2207</sup> GIACOMOLLI (2016: 363).

<sup>2208</sup> Art. 14.7 PIDCP.

<sup>2209</sup> GIACOMOLLI (2016: 363).

<sup>2210</sup> Art. 50 CDFUE.

prohibición es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2211</sup>: conforme a su artículo 8.º, el principio es una garantía procesal e implica la imposibilidad de someter al inculpado por sentencia firme a otro juicio por los mismos hechos.

En España, el principio no está registrado expresamente en la Constitución, pero el Tribunal Constitucional lo reconoce como una consecuencia del propio principio de legalidad, previsto en el art. 25.1 de la Constitución<sup>2212</sup>. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio prohíbe la doble imposición de sanción penal por los mismos hechos. No obstante, no está definitivamente vedada la imposición de dos sanciones, una de naturaleza penal y otra de naturaleza administrativa, por ejemplo, con base en los mismos hechos y a las mismas personas<sup>2213</sup>. Con relación a ello, para la incidencia del *non bis in idem*, es necesario una triple identidad: de sujetos, de hechos y de fundamentos<sup>2214</sup>. En este sentido, siempre que el proceso tuviera el potencial resultado de imponer responsabilidad a los mismos sujetos por los mismos hechos, también es importante que se evalúe el fundamento de dicha responsabilidad. A partir de ello, puede ser posible una doble imposición, por ejemplo, en el caso de una pena por la práctica de delito y la imposición de sanción relacionada con la responsabilidad disciplinaria.

Es importante observar que el principio, de inicio, estaba relacionado con la cosa juzgada, es decir, relacionado con el Derecho Procesal<sup>2215</sup>. En el sistema jurídico de Alemania, por ejemplo, el principio está relacionado con la cosa juzgada material, que marca el agotamiento de las posibilidades y de los derechos de recurrir a la decisión, generando impedimento procesal amplio<sup>2216</sup>. Con ello, la cosa juzgada —o la sentencia firme— genera un doble resultado: por un lado, no permite un nuevo enjuiciamiento sobre los mismos hechos y las mismas personas; por otro lado, también excluye una nueva sentencia sobre la materia. Estos resultados son producidos independientemente de que la decisión firme sea de absolución o de condena<sup>2217</sup>. En este sentido, el *non bis in idem* representa la imposibilidad de que la autoridad realice procesos penales sucesivos, como una verdadera protección al acusado<sup>2218</sup>. Con ello se demuestra su doble carácter: además de ser una protección al acusado, es una imposición a los órganos responsables por la investigación y la persecución penal, que deben hacer su tarea de averiguar la verdad de manera adecuada y cuidadosa<sup>2219</sup>.

---

<sup>2211</sup> NUCCI (2016: 130-131).

<sup>2212</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 108).

<sup>2213</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 110).

<sup>2214</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430).

<sup>2215</sup> NIETO GARCÍA (2018: 434).

<sup>2216</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 627).

<sup>2217</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 627).

<sup>2218</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 628).

<sup>2219</sup> ROXIN & SCHÜNEMANN (2019: 628).

Este desarrollo inicial de la garantía del *non bis in idem* relacionada con el proceso fue expandida con el tiempo abarcando, en la actualidad, un componente sustancial, traducido por la imposibilidad de imponer dos o más veces una sanción por el mismo hecho, con independencia de si la sanción está relacionada o no con la existencia de un proceso<sup>2220</sup>. Este desarrollo es el factor esencial para que el ámbito de aplicación del principio sea extrapolado para todas las ramas del Derecho<sup>2221</sup>. Además, es importante observar que el principio es aplicable al operador jurídico, a la Administración —y no necesariamente al legislador—<sup>2222</sup>. Es decir, el legislador debe tener el cuidado de no desarrollar superposición de responsabilidades y múltiples normas sancionadoras que incidan sobre las mismas situaciones. No obstante, es en la utilización de la norma por parte del operador en la que ocurre la imposición práctica de las sanciones, de manera que el principio tiene un especial interés para la actividad del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo en su tarea de investigar y ejercer la acción penal y los procesos de responsabilidad: la autoridad es responsable de identificar, para el caso, cual es la norma adecuada. Por ello, el *non bis in idem* está vinculado al principio de legalidad: el operador debe evaluar la norma aplicable dentro de las múltiples posibilidades, por ejemplo, en los casos de concurso aparente de normas<sup>2223</sup>.

Es interesante observar que el fenómeno de la huida del Derecho Penal hacia el Derecho Administrativo sancionador genera desafíos en la aplicación del principio en España: la adecuada distinción de los casos en los cuales habrá prohibición de la imposición de una sanción de naturaleza penal y otra de naturaleza administrativa y de los casos en los cuales dicha doble imposición no será posible, con base en el principio del *non bis in idem*, es una de las tareas más arduas relacionadas a la materia<sup>2224</sup>. Además de la observancia de la triple identidad, es necesario identificar, en el caso concreto, si hay alguna relación especial de sujeción a la Administración, si hay diversidad de intereses protegidos y si las decisiones están relacionadas con autoridades diversas<sup>2225</sup>. Conforme se ha mencionado, el propio Tribunal Constitucional tiene jurisprudencia que permite, en algunos casos, la imposición de pena y de sanción de naturaleza administrativa disciplinaria.

En Estados Unidos, la doctrina del *double jeopardy* corresponde a la prohibición del *bis in idem* y su aplicabilidad, por parte de la Suprema Corte, puede agregar importantes elementos interpretativos de los casos

---

<sup>2220</sup> NIETO GARCÍA (2018: 434).

<sup>2221</sup> NIETO GARCÍA (2018: 434).

<sup>2222</sup> NIETO GARCÍA (2018: 473).

<sup>2223</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 109).

<sup>2224</sup> MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN (2010: 109). Ver MATELLANES RODRÍGUEZ (2019: 136 y ss.) y, en general, SCANDELARI (2017: 145 y ss.).

<sup>2225</sup> NIETO GARCÍA (2018: 495).

límites de imposición de responsabilidad. Originalmente, como parte del *common law* inglés, la doctrina del *double jeopardy* preveía que ninguna persona se pondría en riesgo su vida, más de una vez, lo que significaba la imposibilidad absoluta de un nuevo juicio<sup>2226</sup>.

La doctrina fue traspasada para la Quinta Enmienda a la Constitución estadounidense, relacionada originalmente con la prohibición de juicios para los casos capitales<sup>2227</sup>. A partir del siglo diecinueve, la doctrina fue gradualmente cambiando a partir de casos juzgados, de manera que asumió los contornos modernos, como la regla de que ninguna persona debe estar sujeta a la imposición de responsabilidad penal más de una vez por los mismos hechos<sup>2228</sup>. En este desarrollo, a diferencia del *double jeopardy* y del *common law* original, la prohibición del doble juicio fue mantenida prohibiendo apelación en los casos de absolución. No obstante, la doctrina, en la modernidad, no impide la apelación en los casos de condena<sup>2229</sup>.

Para la incidencia de la *double jeopardy clause*, la Suprema Corte decidió que hace falta la identificación de cuatro factores: (i) hace falta que los casos sean penales; (ii) es necesario que se trate del mismo hecho; (iii) la prohibición se aplica a la imposición de responsabilidad por el mismo ente estatal; y (iv) hace falta juicio o al menos inicio de juicio<sup>2230</sup>. En estos términos, la aplicabilidad del *double jeopardy* es más restrictivo que el *non bis in idem* de España —y del sistema continental europeo—, en especial por la necesidad de que el caso tenga naturaleza penal, con posibilidad de imposición por múltiples entes estatales y hace falta un proceso o inicio de proceso.

No obstante, la cláusula sirve para la misma finalidad: limitar el poder del Estado, como una restricción a la arbitrariedad<sup>2231</sup>. De hecho, con base en esto y a partir de casos concretos, la Suprema Corte decidió que algunos factores deberían ser evaluados en los casos de sospecha de que sanciones de naturaleza no-penales serían, en realidad, una violación a la *double jeopardy clause*. La Corte decidió que la limitación de la cláusula está relacionada con la múltiple imposición de punición penal, lo que no prohíbe la múltiple punición como consecuencia de responsabilidad con otras naturalezas jurídicas. En primer lugar, es necesario que se evalúe si la decisión legislativa fue considerar la naturaleza penal o la naturaleza civil o administrativa de la sanción<sup>2232</sup>. No obstante, la Suprema Corte decidió que

---

<sup>2226</sup> LAUDAN (2006: 196).

<sup>2227</sup> LAUDAN (2006: 197).

<sup>2228</sup> Garantía prevista dentro de las garantías de la quinta enmienda a la Constitución de Estados Unidos: *nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*. Ver U.S. Const. (Constitución) amend. V. (EE.UU.).

<sup>2229</sup> LAUDAN (2006: 197-198).

<sup>2230</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 399-405). Ver también, en Capítulo IV, apartado específico sobre la doble incriminación en EE.UU.

<sup>2231</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 407-408).

<sup>2232</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 501 y ss.).

el legislador puede, en algunas situaciones, no expresar con claridad si la sanción tiene naturaleza civil o naturaleza criminal. Así, en segundo lugar, sería necesario evaluar si la sanción fue planteada por el legislador de manera tan intensa y punitiva que un remedio civil sería, en realidad, penal, tanto en lo que se refiere con la finalidad y el efecto<sup>2233</sup>. Con ello, la Corte estableció siete factores a ser evaluados para identificar si una norma no-penal, excepcionalmente, tiene un exceso punitivo que genere una desconformidad entre la naturaleza de la sanción y la naturaleza de la responsabilidad. Estos factores son: (i) el hecho de que la sanción represente una verdadera restricción o discapacidad; (ii) la sanción debe ser históricamente un tipo de punición; (iii) si la conducta es sancionada con base culpabilidad (*finding of scienter o culpable intent*); (iv) si la imposición de la sanción está relacionada con la noción de punición, en este sentido, retribución y prevención; (v) el hecho de que la conducta sancionada sea descrita también como delito; (vi) la existencia de una alternativa razonable para obtener la finalidad de la norma que la sanción no prevé; y, por último, (vii) el hecho de que la sanción sea excesiva comparada con la alternativa disponible de imposición de responsabilidad<sup>2234</sup>.

Así, la aplicación de la *double jeopardy clause* estadounidense también se expande para otras ramas del Derecho, además del Derecho Penal. Es importante que se observe, sin embargo, que la Suprema Corte ha definido que esta extrapolación de la aplicación ocurre de manera excepcional. Hacen falta las características de que los hechos sean delitos, de que haya una relación de la sanción no-penal con la punición, con la finalidad de promover la retribución y la prevención en el Derecho Penal. Además, también es necesario evaluar si estaban disponibles al legislador otros remedios menos punitivos para la misma conducta, sin que ellos hayan sido adoptados en la confección de la ley. En este sentido, lo que parece ser el núcleo del análisis es la identificación de si el legislador implementó una herramienta punitiva, con rasgos de Derecho Penal, pero con etiqueta de responsabilidad civil o administrativa. Es decir, parece que lo necesario es identificar si la fuga del Derecho Penal materialmente configura una despenalización de la conducta o simplemente un cambio en su rótulo.

Brasil también adoptó la prohibición de la doble incriminación por los mismos hechos. La regla del *non bis in idem* no se encuentra expresamente recogida en la Constitución, sino es una consecuencia de derechos fundamentales previstos en su art. 5.º, en especial la seguridad jurídica, el

---

<sup>2233</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99 (1997). Para más información, ver en el Capítulo IV el apartado sobre la doble incriminación en EE.UU.

<sup>2234</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99 (1997) y HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 401). Ver también, en Capítulo IV, apartado específico sobre la doble incriminación en EE.UU.



derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada<sup>2235</sup>. A través del *non bis in idem*, nadie puede ser juzgado ni procesado dos o más veces por el mismo hecho, como una verdadera protección de la cosa juzgada<sup>2236</sup>. La protección se desarrolla como norma constitucional también desde la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Brasil es parte<sup>2237</sup>. Además, el principio del *non bis in idem* está previsto en diversas reglas del Código Penal brasileño (CPB) y en otras leyes, por ejemplo, en los artículos 8.º y 61 del CPB, que tratan sobre la compensación de pena restrictiva de derechos cumplida en el exterior y de las circunstancias que agravan la penalidad<sup>2238</sup>. El principio del *non bis in idem*, incluso, es mencionado como limitador de la aplicación de algunas reglas del propio Código Penal, como el caso del art. 8.º, que en términos abstractos permite la doble condena (en más de un país) y la compensación de penas o la atenuación de penas no compensables<sup>2239</sup>.

Una cuestión interesante es la manera en que las leyes brasileñas de responsabilidad plantean las diversas esferas de responsabilidad con un relevante grado de superposición<sup>2240</sup>. El sistema brasileño adopta como regla general la independencia en los ámbitos de responsabilidad penal, administrativo y civil<sup>2241</sup>, el sistema permite, incluso, la existencia de imposición de sanciones a partir de diversos procesos, que no necesariamente se tramitan o se desarrollan de manera dependiente. De esta forma, en Brasil, es posible una imposición de sanción en el proceso administrativo mientras esté en desarrollo un proceso penal, por los mismos hechos, debido al fundamento distinto de los ámbitos de responsabilidad.

Además, algunas leyes de Brasil mencionan, expresamente, la amplia independencia de la responsabilidad que prevén con relación a otras leyes. Por ejemplo, en lo que se refiere a la responsabilidad no-penal por hechos de corrupción, la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad* Administrativa mencionan la independencia de sus sanciones con la responsabilidad penal, administrativa y civil<sup>2242</sup>. En este ejemplo, las dos leyes —que prevén responsabilidad de naturaleza administrativa— mencionan expresamente la independencia de la responsabilidad que prevén otras responsabilidades administrativas<sup>2243</sup>. Una evaluación de los

---

<sup>2235</sup> GIACOMOLLI (2016: 364).

<sup>2236</sup> CAPEZ (2012: 485 y 487).

<sup>2237</sup> NUCCI (2016: 130-131).

<sup>2238</sup> GRECO (2017: 214 y 723).

<sup>2239</sup> NUCCI (2016: 130-131).

<sup>2240</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2019: 368-370).

<sup>2241</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 49 y ss.).

<sup>2242</sup> Art. 30, I de la Ley 12.846/2013 y art. 12 de la Ley 8.429/1992.

<sup>2243</sup> Al menos en términos abstractos, hay otras leyes que prevén responsabilidad administrativa que también tienen aplicabilidad en algunos de los mismos hechos de las dos leyes mencionadas. Por ejemplo, la Ley del Tribunal de Cuentas de la Unión y la Ley de Licitaciones y

criterios mencionados<sup>2244</sup> para identificar el *bis in idem* generaría la imposibilidad de incidencia de las dos leyes a los mismos sujetos, si con base en los mismos hechos, debido a la existencia del mismo ámbito de responsabilidad —el administrativo— que identifica el mismo fundamento que genera la responsabilidad, en el caso, la lucha contra los mismos actos indebidos. Además, al menos en las hipótesis de incidencia de las referidas leyes relacionadas a pagos de soborno, por ejemplo, las dos están basadas en las mismas relaciones de sujeción, que intentan proteger los mismos intereses y tienen su aplicabilidad —es verdad que no de manera idéntica— a partir de la acción de algunas de las mismas autoridades<sup>2245</sup>.

En términos generales, es posible observar la importancia del principio del *non bis in idem* como garantía, no solo de contenido procesal, sino también de contenido sustantivo: la limitación del ejercicio de poder estatal impide la doble imposición de responsabilidad a las mismas personas por los mismos hechos con independencia de la utilización de proceso —aunque tal desarrollo no sea uniforme en todos los diversos sistemas jurídicos, como se puede observar del estándar de *doube jeopardy* estadounidense—. El principio, además de limitar el exceso punitivo o persecutorio del Estado, requiere de la autoridad el cuidado y el celo en la actividad de investigar y proponer las medidas necesarias para imponer la responsabilidad. Por último, el principio modernamente tiene aplicabilidad a diversas ramas del Derecho, lo que tiene importancia añadida como medida de control de la actuación del Estado en especial considerando la utilización de otras ramas para generar efectos punitivos, es decir, como una huida del paradigma del Derecho Penal y del proceso penal, aunque manteniendo su finalidad: la represión y prevención de delitos.

### **8.1. *Non bis in idem* y personas jurídicas**

La importancia del principio del *non bis in idem*, conforme se ha mencionado, se extrapola al ámbito del Derecho Penal, porque el principio encuentra aplicabilidad en diversas ramas del Derecho<sup>2246</sup>, añadiendo a los actos y hechos consecuencias estables, funcionando como limitador de la actuación del Estado. El principio genera seguridad jurídica que limita la actuación del Estado en las más diversas ramas de imposición de restricción a derechos de los individuos, con reflejos en la imposición de tasas, multas administrativas, consecuencias accesorias de las sanciones, incluso

---

Contrataciones Públicas. No obstante, en algunos de estos casos, un esfuerzo interpretativo que considere los criterios de especialidad y cronología resultaría en la definición de aplicabilidad de la Ley de la Empresa Limpia. Ver TOJAL (2014).

<sup>2244</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430).

<sup>2245</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430). La Ley de la Empresa Limpia prevé imposición de responsabilidad a través del proceso administrativo y del proceso judicial mientras la Ley de *Improbidad* Administrativa prevé imposición de responsabilidad a través del proceso judicial.

<sup>2246</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430).

generando algunos efectos en la responsabilidad civil. Dicha seguridad jurídica es esencial para la continuidad de las relaciones entre personas y el desarrollo social y económico, debido a la importancia del grado de previsibilidad de causa y consecuencia de las relaciones, en especial considerándose las relaciones productivas y contractuales. En este sentido, actúa como verdadero limitador a la arbitrariedad estatal, prohibiendo, por ejemplo, que las personas estén al albedrío de la autoridad para ejercer sus potestades con sucesivos procesos de responsabilidad o imposiciones de sanciones<sup>2247</sup>: en un Estado de Derecho, la autoridad no puede imponer, con arbitrariedad, sucesivas restricciones a derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, el principio también funciona como garantía para la protección de las personas jurídicas: por un lado, debido a la protección que ofrece a los derechos fundamentales, como la libertad y la propiedad, este último, de especial interés en la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas; por otro, solamente a través de la extensión del principio a las personas jurídicas es posible, en concreto, proteger los derechos fundamentales de las personas físicas. Esto porque, conforme es sabido, en especial en el caso de la responsabilidad por la conducta de hechos indebidos, la afectación a la propiedad de las personas jurídicas significa una afectación a derechos individuales de propiedad<sup>2248</sup>. Primeramente, porque la imposición de multas u otras sanciones a las personas jurídicas afecta —directa e indirectamente— el valor de mercado de la persona jurídica, afectando el derecho de sus dueños y socios. Además, la imposición de medidas restrictivas a las personas jurídicas afectará también su propia capacidad de producir, y consecuentemente su capacidad de generar empleos, contratos, productos, lo que también generará perjuicios a las personas que se relacionan económicamente con las personas jurídicas, sean empleados, contratantes, clientes, proveedores y otros. Sin embargo, esto no significa, en ninguna circunstancia, que la imposición de responsabilidad a personas jurídicas —o a personas físicas— no deba ocurrir: la imposición de responsabilidad también sirve para añadir seguridad jurídica y previsibilidad a las relaciones de la sociedad. También significa que debe ocurrir dentro de estándares de garantías y de limitación del arbitrio de la autoridad, incluso en lo que se refiere a la imposición de responsabilidad a personas jurídicas.

A consecuencia de lo expuesto, el principio encuentra registro en el Derecho Internacional y en la legislación interna de los países<sup>2249</sup>. Por ejemplo, el TEDH considera a las personas jurídicas como objeto de

---

<sup>2247</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 407-408).

<sup>2248</sup> AYDIN (2014: 314-315).

<sup>2249</sup> Ver apartado anterior.

protección del sistema de derechos fundamentales<sup>2250</sup>, lo que les garantiza, como consecuencia, protección del principio del *non bis in idem*. En el caso de Estados Unidos, las personas jurídicas son consideradas “personas” para efectos de la ley<sup>2251</sup>, motivo por el cual les extiende la protección de la prohibición al *double jeopardy*. En Brasil, dada la extensión y reconocimiento de las personas jurídicas como detentadoras de derechos fundamentales<sup>2252</sup>, de igual modo se les debe asignar la garantía del *non bis in idem*.

No obstante, conforme hemos ya reseñado, la aplicación del principio a las personas jurídicas en Brasil, en especial en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa por hechos relacionados a corrupción, requiere un esfuerzo interpretativo complejo: la Ley de *Improbidad* Administrativa y la Ley de la Empresa Limpia, que prevén responsabilidad administrativa, mencionan la independencia de la aplicación de sus sanciones con relación a la aplicación de otros ámbitos de responsabilidad penal, civil y administrativo. En esta interpretación deben ser utilizados criterios de resolución de antinomia, en especial los criterios de ley especial y de cronología<sup>2253</sup>. De no hacerse así, se impondrá dos veces la responsabilidad a las mismas personas (jurídicas, en el caso), por los mismos hechos, en el ámbito administrativo, lo que será una frontal vulneración del principio. Además, la superposición de otras leyes y otras competencias en Brasil también generará la necesidad de que el aplicador de la norma, conforme el caso, realice la interpretación de cuál será la responsabilidad posible a las personas jurídicas también en contraste con *otras* leyes, por ejemplo, la ley del Tribunal de Cuentas de la Unión, entre otras<sup>2254</sup>.

## **8.2. *Non bis in idem* y los acuerdos de colaboración**

El principio del *non bis in idem*, como suele ocurrir con las garantías y derechos, tiene desarrollo con múltiples rasgos en los diversos sistemas jurídicos. No obstante, conforme se ha mencionado, en términos generales, implica la prohibición de dos o más sanciones por los mismos hechos o de un procesamiento adicional por los mismos hechos<sup>2255</sup>. En este sentido, el hecho de estar fundado en la protección de la cosa juzgada, como una vía para asignar seguridad jurídica a las relaciones añade importancia al

---

<sup>2250</sup> BRODOWSKI (2014: 213-214).

<sup>2251</sup> 1 U.S.C. § 1, explicitando, en el original: *the words “person” and “whoever” include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals.*

<sup>2252</sup> MENDES (2012: 185).

<sup>2253</sup> TOJAL (2014). Ver también Capítulo VI sobre la evaluación del sistema brasileño.

<sup>2254</sup> Ver SIMÃO & VIANNA (2017: 55-58), exponiendo las diversas leyes de aplicabilidad posible a las personas jurídicas, en especial en los hechos relacionados a corrupción y soborno. Ver, también, el capítulo VI sobre la evaluación del sistema de Brasil.

<sup>2255</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430).

desarrollo también de la relación del principio y sus efectos procesales y sustanciales<sup>2256</sup>. Con relación a ello, es innegable la aplicabilidad del principio en el ámbito de la justicia negociada, en especial como limitador de la actuación de la autoridad también en los casos de existencia de acuerdos de colaboración. Esto porque, si hay acuerdo, hay una resolución del caso, con independencia de que la responsabilidad relacionada con el acuerdo sea de naturaleza penal o de naturaleza administrativa —o civil—. Es decir, las herramientas de justicia negociada pueden ser aplicadas en el ámbito de responsabilidad por la práctica de hechos considerados ilícitos, descritos como delitos o ilegalidades. El hecho de que la autoridad y una persona física o jurídica negocien ventajas y desventajas mutuas y la conclusión de las investigaciones y del proceso necesario para imponer responsabilidad con la finalidad de firmar un acuerdo significa el intento de realizar una resolución consensuada del caso.

La resolución del caso a través de acuerdo, al menos en los casos de responsabilidad por hechos considerados ilícitos o ilegales, significa una asignación de responsabilidad, aunque reducida o mitigada. En este sentido, es importante recordar los principales motivos de la utilización de un acuerdo para cerrar los casos de responsabilidad por conductas delictivas: en primer lugar, hay una expectativa de ahorro de recursos y de conclusión más eficaz y rápida del caso; en segundo, hay una expectativa de que también existan ventajas para los involucrados en las conductas indebidas. Así, la justicia negociada debería ser parte de contexto de satisfacción del interés público y del interés privado. No obstante, este mismo contexto, al menos idealmente, también debería significar un resultado para el sistema de prevención de delitos o de irregularidades. El acuerdo debería tener un efecto de prevención y represión de las conductas socialmente indeseables, dado que está relacionado con el ámbito de responsabilidad adoptado para generar este tipo de efecto. De esta manera, a no ser que se considere que el acuerdo en el ámbito de la responsabilidad por delitos o irregularidades —como los casos de acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia— extingue por completo el interés de prevenir y reprimir las conductas practicadas, es necesario asignar al resultado del acuerdo un sentido de conclusión del caso y resolución de la responsabilidad.

Además, hay una expectativa que en el acuerdo exista algún grado de confesión o asunción de culpa. En este punto específicamente, habrá diversas posibilidades para el uso de las herramientas de justicia negociada en los sistemas jurídicos. Incluso, habrá situaciones en las cuales la utilización de la herramienta será adoptada para no generar los efectos de la asunción de culpabilidad e imposición de una condena, como la creación de antecedentes penales. El propio DPA estadounidense fue, inicialmente,

---

<sup>2256</sup> NIETO GARCÍA (2018: 434).

utilizado para lidiar con la responsabilidad de adolescentes, para no asignar posteriormente, el estigma de una condena<sup>2257</sup>. En estos casos, no se puede considerar que la resolución de la responsabilidad sin los efectos de una condena o sin una confesión no estarán relacionados con la finalidad de prevenir y reprimir las conductas indeseables: la existencia de la responsabilidad basa estas soluciones y las relaciona con esta finalidad. De hecho, lo que se hace comúnmente en delitos de menores y en delincuencia juvenil es modular los efectos de las alternativas al juicio tradicional, para reducir o mitigar los efectos nocivos del estigma de la condena penal que recae sobre los involucrados. Es decir, debido a un interés público, de reinserción y de recuperación, los efectos de la responsabilidad —penal— son modulados en determinadas situaciones. No obstante, esto no significa que al caso no le fue asignada una resolución.

La cuestión asume contornos múltiples cuando se relaciona con la práctica de conductas de mayor reproche, como corrupción, trata de personas y otros delitos. En los casos de menor lesividad resueltos a través de un acuerdo, habrá más factores para asegurar que la utilización de la justicia negociada no genere todos los efectos directos e indirectos de la condena. No obstante, en términos sistémicos, estos efectos, total o parcialmente, son más necesarios para generar la prevención y represión de conductas en los casos de delincuencia compleja y con un mayor grado de reproche. Tanto es así, que algunos sistemas jurídicos exigen la confesión o la asunción de culpa de los hechos para que se firme acuerdo de colaboración.

En el caso de Brasil, la Ley de la Empresa Limpia requiere que la persona jurídica colaboradora, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, admita su participación en los hechos como condición para firmar acuerdo de lenidad<sup>2258</sup>. De igual modo, la Ley de Organizaciones Criminales prevé que el colaborador, en este caso persona física, tiene el deber de decir la verdad en la colaboración<sup>2259</sup>. Además, prevé resultados de la colaboración que necesariamente demostrarán la participación del colaborador en hechos ilícitos, por ejemplo, identificar los coautores y explicitar los hechos ilícitos cometidos, revelar la estructura jerárquica de la organización criminal y la distribución de tareas de los involucrados, entre otras<sup>2260</sup>. En el sistema estadounidense, algunas modalidades de acuerdos implican una confesión que genera una decisión de condena por parte de la autoridad judicial, como el acuerdo para hacer un *guilty plea*<sup>2261</sup>. Otras modalidades, aunque signifiquen la necesidad de colaborar y eventualmente describir los hechos indebidos y admitir los hechos no

---

<sup>2257</sup> REILLY (2019: 1116).

<sup>2258</sup> ATHAYDE (2019: 274-275).

<sup>2259</sup> DE MENDONÇA (2019: 322 y ss.).

<sup>2260</sup> Art. 4.º, I y III de la Ley 12.850/2013.

<sup>2261</sup> Ver GARRETT (2011a: 1777 y ss.).

generarán, necesariamente, una decisión judicial o una condena, como ocurre respectivamente con los NPA y los DPA<sup>2262</sup>.

Con base en estos elementos, aunque un acuerdo implique la reducción de sanciones o una exención de responsabilidad, es innegable que significa una resolución del caso. Con independencia de que la responsabilidad sea reducida en un grado mayor o menor, o más aún, que sea asignada exención de responsabilidad, negar los efectos de esta resolución sería permitir que el Estado pudiera ejercer sucesivos procedimientos y procesos para imponer responsabilidad a los mismos sujetos por los mismos hechos. Si al acuerdo no fuera asignado los rasgos de la cosa juzgada para efectos de la aplicación del principio del *non bis in idem*, la puerta para los excesos y el abuso del poder de la autoridad estará abierta, con la creación de un espacio de inseguridad jurídica indeseable a las relaciones sociales. Los rasgos de la cosa juzgada —para efectos de la aplicación del principio— pueden y deben ser matizados conforme a las características propias de los sistemas jurídicos y de las herramientas de justicia negociada. De hecho, un acuerdo no debe obstaculizar todas las investigaciones posibles y todas las consecuencias, por ejemplo, relacionadas al incumplimiento de las condiciones acordadas por las partes. No obstante, conforme a la reglamentación aplicable, cumplidos los requisitos del acuerdo, es necesario la asignación de las garantías relacionadas a la adecuada resolución del caso.

Es importante observar que la aplicación del principio del *non bis in idem* como limitador de la actuación del Estado está relacionado con la identificación del sujeto, de hechos y de responsabilidad o fundamento<sup>2263</sup>. En este sentido, es posible la responsabilidad en más de un ámbito, dado que están relacionados los fundamentos diversos. En este caso, tal vez el ejemplo más clásico sea la responsabilidad civil aplicable como consecuencia de la condena penal. De hecho, en los sistemas jurídicos, la condena por delito genera como consecuencia la posibilidad de que sea impuesta responsabilidad civil, con indemnización a las víctimas, por los mismos hechos<sup>2264</sup>. Esta aplicación de responsabilidad con fundamentos diversos, en el caso, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil por los daños, no es necesariamente limitada por el principio del *non bis in idem*. De igual modo, la asignación de efectos a los acuerdos con la finalidad de impedir el *bis in idem* estará relacionado con las responsabilidades del mismo fundamento, o a lo mejor, en los casos con un ámbito de responsabilidad similar.

---

<sup>2262</sup> GARRETT (2011a: 1780). Ver también DOJ Guide for FCPA, p. 75.

<sup>2263</sup> NIETO GARCÍA (2018: 430).

<sup>2264</sup> En Brasil, por ejemplo, está previsto en el Código Penal que la condena hace cierta la obligación de indemnizar por los daños causados (art. 91, I CPB).

En este sentido, es importante distinguir tres escenarios de actuación del *bis in idem* con relación a los acuerdos y la limitación: (i) de nuevos acuerdos, (ii) de procesos para imposición de responsabilidad y (iii) de consecuencias de la responsabilidad. En la existencia de la triple identidad, el acuerdo debería funcionar como limitador en las dos primeras situaciones: de nuevas negociaciones de otros acuerdos y de procesos para imponer responsabilidad de los involucrados. Aun así, en el caso de impedir nuevos acuerdos, es importante observar que puede ser del interés público la confección de nuevos acuerdos de colaboración, con otras o con las mismas autoridades, para incrementar la colaboración de los involucrados en los hechos indebidos. En este sentido, la limitación del *bis in idem* no debería prohibir que existieran otros acuerdos con diversas autoridades administrativas; por ejemplo, con el interés de complementar la colaboración o para ampliar los efectos al interés público. El caso de Odebrecht en Brasil puede ser mencionado como ejemplo, en el cual hubo más de un acuerdo de colaboración con diversas autoridades brasileñas<sup>2265</sup>. Específicamente en estos casos es posible identificar algunos de los fundamentos legales señalados como base para los acuerdos, comparados con los acuerdos firmados por la persona jurídica con la Fiscalía y con la Administración —a través de las otras autoridades—. No obstante, todos los acuerdos fueron firmados con fundamento en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por hechos relacionados con corrupción y soborno.

No obstante, la limitación a la actuación del Estado por fuerza del principio del *non bis in idem* implica la imposibilidad de imponer sanciones de igual fundamento por los mismos hechos a los mismos sujetos. Con ello, no tendría sentido que fuera posible que la autoridad pudiera coaccionar a una persona —física o jurídica— a firmar más de un acuerdo de colaboración para solucionar su responsabilidad (en la presencia de identidad de fundamentos) por los mismos hechos. En caso contrario, sería posible también a la autoridad continuar con el procesamiento e imponer responsabilidad, aunque en la presencia de la triple identidad de elementos. Conforme se ha mencionado, esto no significa la imposibilidad de que la persona firme un acuerdo ampliando su colaboración frente a otras autoridades. Esto puede ser hecho con múltiples propósitos, por ejemplo, la negociación de un nuevo acuerdo de colaboración puede ser utilizado debido a la necesidad de compartir la colaboración con otros organismos, en casos de secreto<sup>2266</sup>. La negociación de otro acuerdo de colaboración

---

<sup>2265</sup> Ver el Capítulo I.

<sup>2266</sup> En el acuerdo de Odebrecht con la Fiscalía Federal de Brasil, por ejemplo, permitía la adhesión a las condiciones del acuerdo de otros fiscales, para que pudieran utilizar la información y las pruebas presentados por la colaboradora en su ámbito de competencia funcional. El referido acuerdo también prevé la actuación de los fiscales de Brasil con la finalidad de contactar otras



también puede ser hecha para regular la ayuda de la colaboradora en otros ámbitos de investigación, por ejemplo, con el interés de asumir condiciones para colaborar con investigaciones disciplinarias de funcionarios eventualmente involucrados en los hechos indebidos, en el caso de que esto no estuviera previsto en el acuerdo inicial<sup>2267</sup>.

Es interesante observar que el principio no obstaculiza el ejercicio de jurisdicción relacionado con la extraterritorialidad y soberanía. De hecho, un acuerdo firmado con un colaborador en un país no obstaculiza la imposición de responsabilidad por otro país, debido a la soberanía de los Estados y la independencia de sus sistemas jurídicos. Sin embargo, el Derecho Internacional prevé, para situaciones similares, la posibilidad de colaboración entre las autoridades, incluso con cláusulas para cómputo de pena cumplida en el otro Estado<sup>2268</sup>. Esto también ocurrió en el caso de Odebrecht, cuyas conductas ilícitas relacionadas a la Administración Pública brasileña también generaran jurisdicción de autoridades de Estados Unidos y de Suiza —y de otros países—<sup>2269</sup>. Una articulación con los tres países permitió una negociación conjunta, que resultó en la solución del caso a través de acuerdos en las tres jurisdicciones. Específicamente con relación a Estados Unidos, Suiza y Brasil, el caso de Odebrecht sirve como ejemplo de cómo las autoridades imponiendo condiciones y cláusulas similares y garantizando que las cuantías de los pagos a título de sanciones y de resarcimiento serán distribuidos conforme a los daños causados y los preceptos de los diversos sistemas jurídicos y entre ellos compensados<sup>2270</sup>. Con ello, las autoridades redujeron los riesgos de que fuera aplicable doble sanción por los mismos hechos a Odebrecht, incluso en el ámbito transnacional, en el cual, en tesis, sería posible, dado la soberanía de los países con jurisdicción para imponer responsabilidad.

Los acuerdos también pueden generar importantes limitaciones a las consecuencias de la responsabilidad. Conforme el sistema jurídico de cada país, los acuerdos pueden significar la resolución del caso, por ejemplo, con la solución de resarcimiento de daños e indemnización que fuera de

---

autoridades e incentivar la firma de otros acuerdos de colaboración con Odebrecht. Cláusula 8.<sup>a</sup>, I, a y II del acuerdo. Ver el capítulo I.

<sup>2267</sup> De hecho, no había provisión de dicha colaboración de Odebrecht en el acuerdo firmado con la Fiscalía Federal de Brasil. No obstante, Odebrecht suministró información relacionada a irregularidades en contratos con Petrobras y con otros órganos públicos, para generar diversos procesos, incluyendo los de responsabilidad disciplinaria.

<sup>2268</sup> Ver la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en especial el art. 18(11)(d), que trata sobre la compensación de la pena.

<sup>2269</sup> Ver en el capítulo I la información sobre los acuerdos firmados con autoridades de otros países, en especial EE.UU. y Suiza.

<sup>2270</sup> Sobre el reparto de los valores pagos a título de multa y resarcimiento, ver *Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History*, DEPARTMENT OF JUSTICE (21 de diciembre de 2016), <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

competencia de las autoridades involucradas en las negociaciones. En la utilización de los acuerdos pueden ser definidas las sanciones y las indemnizaciones o resarcimientos adecuados. En estos casos, por ejemplo, la responsabilidad civil total o parcial podrá ser resuelta, también, a través del acuerdo. De esta manera, un acuerdo podría obstaculizar procesos posteriores para la cobranza de responsabilidad civil, al menos en algunos ámbitos. Por ejemplo, en el caso estadounidense, las autoridades pueden firmar acuerdo de colaboración relacionados a soborno transnacional que incluyan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil<sup>2271</sup>. En el caso del acuerdo de lenidad previsto en la Ley de la Empresa Limpia de Brasil, hay precepto legal que expresamente menciona que el acuerdo no genera la necesidad de resarcir por los daños causados<sup>2272</sup>, lo que genera una doble posibilidad: que la Administración requiera el pago de los daños como condición del acuerdo, sin que esto resulte quitar por la responsabilidad, o que la Administración firme el acuerdo y continúe con las investigaciones y auditorías necesarias para la adecuada identificación y cobranza de los daños causados por los colaboradores<sup>2273</sup>.

Por último, también es importante observar que el principio del *non bis in idem* no puede significar una limitación al poder del Estado en los casos de incumplimiento de los acuerdos por parte del colaborador. En estos casos, la autoridad podrá ejercer su competencia para imponer responsabilidad o promover el proceso necesario para dicha imposición. Si no fuera así, la firma del acuerdo podría desincentivar el cumplimiento de las condiciones acordadas. Además, el incumplimiento del acuerdo, conforme a la gravedad del caso, significaría la propia rescisión del negocio jurídico, para permitir la continuidad del ejercicio de las potestades administrativas en aplicar las consecuencias previstas en la Ley por la práctica de los hechos ilícitos. Con relación a ello, considerando las tradiciones jurídicas de los países, una de las alternativas posibles para el caso de incumplimiento es considerarlo como una nueva irregularidad. En estos términos, podría ser posible mantener la información y condiciones del acuerdo e imponer la responsabilidad por incumplimiento, con las sanciones originalmente previstas en la Ley, para aplicar, inmediatamente, la responsabilidad, respetando los estándares de defensa necesarios para las pruebas del incumplimiento.

Esto parece ser el caso del acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia de Brasil. El Reglamento menciona, expresamente, que cuando se ha cumplido el acuerdo serán declarados en favor de la persona jurídica la

---

<sup>2271</sup> Ver DOJ Guide for FCPA, p. 75 y ss.

<sup>2272</sup> Art. 16, §3.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2273</sup> A lo que parece, las autoridades de Brasil utilizan una mezcla de las dos posibilidades, requiriendo que la persona jurídica realice los pagos relacionados a los daños, al mismo tiempo solicitando información, cuando es necesario, para continuidad de otros procesos relacionados a la recomposición de los daños y adecuadas indemnizaciones. ATHAYDE (2019: 284 y ss.).

exención de sanciones y la reducción definitiva de la sanción de multa<sup>2274</sup>. De esta manera, como la responsabilidad es aplicable a través de decisión de la autoridad administrativa, restará al procesamiento administrativo del incumplimiento la imposición de responsabilidad, incluso con cobranza de la multa a través de las mismas disposiciones relacionadas a la cobranza de la multa impuesta a través del proceso administrativo de responsabilidad<sup>2275</sup>. En el sistema estadounidense, existe la posibilidad de que, incumplidos los términos de la colaboración, la Fiscalía puede utilizar la información proporcionada por el colaborador en un proceso subsecuente, para buscar a través del juicio la imposición de responsabilidad a la persona física<sup>2276</sup>. Lo mismo ocurre en el caso de colaboración con personas jurídicas en casos de soborno transnacional, en el cual la Fiscalía Federal estadounidense prevé como posible consecuencia del incumplimiento del acuerdo la persecución criminal por los hechos indebidos<sup>2277</sup>.

## **9. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA**

La idea de que los principios y garantías procesales funcionan como un soporte necesario para la construcción de una decisión justa también debe estar presente en la responsabilidad de las personas jurídicas y en la resolución de casos a través de acuerdos de colaboración. No parece posible que un sistema jurídico —en especial en lo que se relacione a la prevención y represión de conductas consideradas delitos— reserve la observancia de principios y garantías a los momentos de la marcha tradicional de los procesos penales. En este sentido, conforme se ha planteado, los principios y garantías deben funcionar también en la utilización de las herramientas de justicia negociada, pero con algunas modulaciones necesarias. De hecho, es necesario adoptar medidas ajenas a la vía tradicional del proceso, instancia dónde funcionaban tradicionalmente las garantías procesales, también es necesario adoptar interpretación y procedimientos especiales para garantizar estándares mínimos para limitar la actividad del Estado en imponer sanciones y restricciones a derechos en la resolución de los casos relacionados a la práctica de delitos. Si el proceso tradicional en un Estado de Derecho es calificado por reglas y valores que limitan el poder del Estado, las alternativas no procesales también lo deberían hacer, bajo el riesgo de generar un sistema judicial esquizofrénico, en el cual hay derechos garantizados en vías tradicionales y arbitrariedad incentivada en las vías

---

<sup>2274</sup> Art. 40 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2275</sup> Art. 23, §2.º y art. 25 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2276</sup> Ver caso *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1 (1987).

<sup>2277</sup> Ver, por ejemplo, el *plea agreement* de Odebrecht con el DOJ, en el ítem 24 y ss. El documento original está disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>.

alternas de resolución de los conflictos de naturaleza originalmente penal, como los casos de responsabilidad por corrupción.

Es importante que se considere que algunos principios que funcionan como garantías procesales también tienen aplicabilidad tradicional más allá del proceso, como el principio de legalidad y su relación con la discrecionalidad, además el principio de igualdad, del principio de proporcionalidad y el principio del *non bis in idem*. No obstante, también es importante considerar que otros principios, desarrollados tradicionalmente en la marcha procesal, tienen una importancia que debe resonar cuando se opta por solucionar el caso fuera de la marcha procesal tradicional. Dicha importancia está relacionada con el propio valor de justicia, de decisión justa, de verdad procesal en la prevención y represión de delitos y a la protección contra la arbitrariedad estatal: las garantías y principios en la marcha procesal fueron desarrollados para asegurar el respeto a estos valores. Es decir, si es legítimo para el Estado diseñar medidas alternativas, con incentivos, para resolver los casos con una fuga de la vía tradicional del proceso penal, dicho planteamiento debe considerar la propia finalidad de otorgar al Estado, originalmente, la competencia para resolver estos casos.

Por otro lado, es natural que los principios y garantías no funcionen con la misma fuerza o intensidad fuera del proceso. Por ejemplo, el estándar de verdad procesal que se pretende obtener a través de del proceso tradicional no será garantizado por el principio del debido proceso, de la misma manera que en un acuerdo de colaboración. En el proceso tradicional podrá haber, al final, la imposición forzada de una condena mientras en el acuerdo habrá una negociación y la aceptación de condiciones en un balance de mutualidad. No obstante, el “proceso”<sup>2278</sup> de negociación requiere también de un adecuado grado de conocimiento de los hechos, y las críticas del sistema estadounidense demuestran que el fallo en este sentido incrementa el riesgo sistémico de ocurrencia de confesiones falsas de inocentes<sup>2279</sup>. Además, aunque la presunción de inocencia desaparezca con la confesión, la información presentada en la colaboración y su relación con los programas de cumplimiento generan deberes mutuos de buena fe en la utilización de la colaboración y en el recibimiento de las ventajas por colaborar. De igual modo, la negociación también debe ser amplia lo suficiente para registrar argumentos que serían desarrollados más profundamente como estrategias de defensa, para permitir que exista un equilibrio entre las partes que negocian.

---

<sup>2278</sup> El término “proceso” resalta, en este sentido, que la resolución de un caso de corrupción, aunque de manera consensuada, debe adoptar estándares que respeten al interés público. Ver, como ejemplo, la terminología adoptada por el sistema brasileño en el capítulo VI.

<sup>2279</sup> Ver el capítulo III.

Los sistemas jurídicos presentan toda una variedad de características relacionadas a los acuerdos de colaboración de las personas jurídicas, como la naturaleza de su responsabilidad, las instituciones competentes para negociar y para efectuar las imputaciones por delitos, la existencia de mayor o menor discrecionalidad en las decisiones de las autoridades, entre otras. Esto incrementa el reto de evaluar, en cada caso, el funcionamiento de los principios y definir el contenido mínimo de las garantías en los procesos de negociación de colaboración de las personas jurídicas por hechos de corrupción. No obstante, no parece haber otra alternativa para un sistema de justicia negociada adecuado: es necesario contrastar las finalidades del Derecho Penal o sancionador con los principios y garantías que limitan la actuación del Estado también en el ámbito de las herramientas de colaboración. Este parece ser el ejercicio de armonización necesario para mantener vigentes los valores y fundamentos de la propia actividad de prevención y represión de conductas delictivas por parte del Estado.



**PARTE D. RETOS Y OPORTUNIDADES DE LA COLABORACIÓN  
EN BRASIL**





## CAPÍTULO VI. LECCIONES APRENDIDAS Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

### 1. INTRODUCCIÓN

De igual modo que el desarrollo del *plea bargaining* en Estados Unidos ha generado diversos casos decididos a lo largo de años, políticas públicas y cambios legislativos<sup>2280</sup>, la adopción de herramientas de justicia negociada en Brasil no fue hecha a través de un cambio legislativo único ni tampoco parece un proyecto acabado y completamente perfeccionado. En realidad, diversas medidas relacionadas al Derecho criminal y a la prevención de conductas ilícitas resultaron en alteraciones legislativas y en la introducción de herramientas —muchas veces simples, otras veces más complejas— que permiten la resolución de los casos penales con una fuga del modelo de proceso penal tradicional. Además, diversos factores indican que este proceso de implementación de un sistema de justicia negociada no está concluido: hay nuevas propuestas de cambio en las herramientas existentes y propuestas para la adopción de nuevas posibilidades de justicia negociada para determinadas conductas delictivas. Ejemplo de este proceso de adaptación del sistema criminal en Brasil es el intento en el año 2019 del gobierno federal brasileño de aprobar, entre otras medidas, el *plea bargaining* para casos de delitos considerados como de baja gravedad<sup>2281</sup>. Otro factor relevante para el sistema brasileño es que algunas de las leyes fueron implementadas hace pocos años, de manera que varios preceptos legales todavía no han sido evaluados judicialmente en casos concretos, y en consecuencia no hay jurisprudencia sólida sobre algunas de las cuestiones de las herramientas de justicia negociada.

No obstante, la evolución de este proceso ha empezado hace algún tiempo. Ejemplo de ello es que la Constitución Federal, desde su aprobación en el año 1988, contiene una cláusula sobre la posibilidad de implementar la transacción penal en la justicia especializada para los casos de delitos de menor gravedad<sup>2282</sup>. Pasados casi quince años, el Congreso Nacional aprobó la Ley de la Empresa Limpia, que permite el acuerdo de colaboración con

---

<sup>2280</sup> Sobre el antecedente histórico del *plea bargaining* y su desarrollo en Estados Unidos, ver apartados específicos de capítulo anterior. Ver también ALSCHULER (1979) y DERVAN (2012).

<sup>2281</sup> Ver Luiz Felipe Barbiéri y Fernanda Calgato, *Moro apresenta projeto anticorrupção e antiviolação com alteração em 14 leis*, G1 POLÍTICA (04 de febrero de 2019) <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/moro-apresenta-a-governadores-projeto-anticrime-com-14-alteracoes-em-leis.ghtml> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2282</sup> Constituição Federal (CFB) art. 98, I (Brasil).

personas jurídicas por hechos de corrupción. Entre la constitución y la aprobación de dicha ley —y después de ello— diversas leyes fueron implementadas en Brasil con disposiciones específicas sobre alternativas al proceso penal o al proceso administrativo sancionador. Este escenario demuestra dos rasgos relevantes del sistema brasileño: en primer lugar, demuestra una búsqueda de soluciones alternativas al juicio y a la responsabilidad o al proceso penal tradicional. En segundo lugar, demuestra que esta búsqueda no puede ser considerada inmutable (ni concluida), al contrario, demuestra una expansión en la utilización de herramientas de justicia negociada en el ámbito del Derecho Penal. En realidad, algunas de esas herramientas —como la Ley de la Empresa Limpia— tampoco son aplicables al proceso penal o a delitos en sentido estricto<sup>2283</sup>. De esta manera, además de la adopción del Derecho Penal con el intento de prevenir y reprimir delitos, también se utiliza en Brasil el Derecho Administrativo sancionador para prevenir y reprimir conductas descritas por la ley penal como delito<sup>2284</sup>. Este escenario explica la dificultad de plantearse lo que sería el sistema de justicia negociada de Brasil: por un lado, parecería simple conceptuar la justicia negociada a partir de la separación en dos grupos; por otro, tenemos las herramientas relacionadas a la responsabilidad criminal y por el otro las herramientas de negociación o transacción relacionadas al Derecho privado y a las relaciones privadas. Sin embargo, tal clasificación dejaría fuera las leyes y herramientas de naturaleza administrativa o civil que tienen como finalidad la prevención de conductas descritas en la ley penal como delito<sup>2285</sup>. Tampoco es posible equiparar el intento —digamos, legislativo— en el planteamiento de las diversas herramientas de justicia negociada relacionadas a la prevención y represión de conductas ilícitas. Esto porque mientras unas herramientas estarán relacionadas con delitos de reducida gravedad, otras estarán relacionadas a la actividad delictiva compleja y organizada<sup>2286</sup>. De esta manera, en el primer grupo de herramientas, el interés público está direccionado a la resolución simple de los delitos de *bagatela*, mientras en el segundo grupo, la herramienta que permite la colaboración en el ámbito de justicia negociada está relacionada con la prevención y represión de delitos de mayor gravedad. En el segundo grupo, la justicia negociada es direccionada a una colaboración que genere ventajas para las

---

<sup>2283</sup> El art. 1.º de la Ley de la Empresa Limpia especifica que la responsabilidad prevista tiene naturaleza administrativa.

<sup>2284</sup> MACHADO DE SOUZA (2019: 56-66).

<sup>2285</sup> Para más información, *vid.* Capítulo II, apartado 4.

<sup>2286</sup> Como ejemplo, la Ley 9.099/1995 dispone sobre transacción penal para delitos de menor gravedad. Mientras la Ley 12.850/2013 dispone sobre la delación premiada, herramienta de colaboración de personas involucradas en delitos de criminalidad organizada.

investigaciones del caso, como verdadera herramienta de obtención de pruebas e información<sup>2287</sup>.

De esta manera, abundan las modalidades de justicia negociada en el ámbito penal, y algunas modalidades o herramientas, aunque no ocurran en el ámbito del proceso penal, están relacionadas a esa rama del Derecho y a sus tradicionales propósitos. Por todo ello, un criterio posible es agrupar las herramientas de fuga de los procesos de imposición de responsabilidad por hechos considerados ilícitos, por la expectativa de que este grupo de herramientas esté relacionado con la prevención y represión de conductas consideradas inapropiadas al punto de requerir el desarrollo de normas de *inalienabilidad*<sup>2288</sup>. En dicho grupo habrá herramientas que exigen de los investigados simplemente la aceptación de la propuesta de pena o sanción, sin obligaciones de colaboración con las investigaciones y sus consecuencias; y herramientas que exigirán de los investigados un verdadero esfuerzo de colaboración con las autoridades. En este último subgrupo, el grado de compromiso de los investigados con la elucidación de los hechos, el resarcimiento de los daños y en un eventual cambio en el modelo de negocios serán elementos relevantes para identificar la efectiva colaboración. Por ello es posible considerar que, para el sistema de justicia negociada de Brasil —relacionada con la responsabilidad por hechos ilícitos— hay herramientas de colaboración amplia, que requieren la simple aceptación de alguna responsabilidad, y herramientas de colaboración cualificada, que requieren una efectiva ayuda en el combate a la delincuencia<sup>2289</sup>.

En este sentido, el acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia —Ley Federal 12.846/2013— puede ser considerado un instrumento de justicia negociada que requiere la colaboración cualificada de las personas jurídicas. Además, está relacionado con delitos que involucran corrupción, en particular cohecho, nacional y transnacional. Para el adecuado análisis de la herramienta hace falta situarla dentro del sistema de justicia negociada y contrastarla con nociones básicas de la colaboración en el modelo brasileño. También es importante identificar sus elementos diferenciadores de las otras herramientas de colaboración disponibles, sus ventajas y desventajas, tanto para la Administración y el interés público como para los que efectivamente colaboran.

Para ello, se presenta en la sección 2 el sistema brasileño de colaboración, considerando la responsabilidad y los acuerdos en casos de

---

<sup>2287</sup> ATHAYDE (2019: 315 y ss.).

<sup>2288</sup> Consideradas normas de inalienabilidad las utilizadas para frenar conductas con alto grado de reproche social, en las cuales la sanción debe ser más grande que los beneficios. RODRÍGUEZ LÓPEZ (2004).

<sup>2289</sup> Sobre más distinciones referentes a las herramientas de justicia negociada que demanden colaboración amplia o colaboración cualificada, ver apartados específicos en el capítulo 2.

corrupción y la concurrencia institucional en el sistema de lucha contra la corrupción. En la sección 3 son abordados específicamente las herramientas de justicia negociada disponibles para casos de colaboración, que incluye además del acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia, también el acuerdo de delación premiada de la Ley 12.850/2013 y el acuerdo de lenidad firmado entre personas jurídicas y la Fiscalía Federal. En la sección 4 son presentados aspectos específicos de la responsabilidad y la colaboración de la Ley de la Empresa Limpia, incluyendo el ámbito de responsabilidad objetivo y subjetivo de aplicabilidad. Los requisitos subjetivos y materiales, así como las condiciones para la colaboración de la referida ley son presentados en la sección 5. Por último, las ventajas y desventajas de la colaboración del sistema brasileño son presentados en la sección 6 y los incentivos para los colaboradores en la sección 7. Este análisis considera las finalidades y los principios relevantes del proceso — penal o administrativo— y su aplicación fáctica en el modelo de la ley.

## **2. EL SISTEMA BRASILEÑO DE COLABORACIÓN**

El sistema de justicia negociada en el ámbito del Derecho criminal de Brasil fue desarrollado a lo largo de años, a partir de la influencia de las concepciones del *plea bargaining* en el ámbito internacional<sup>2290</sup>. Conforme se ha mencionado, este sistema contiene herramientas que exigen de los investigados una especie de colaboración amplia y también contiene herramientas que exigen una colaboración cualificada. Por tal razón, las dos categorías de herramientas de colaboración requieren de las partes un grado de consenso, de manera que se aleja al investigado de su posición de resistir a la culpabilidad o la imposición de medida limitadora de derechos<sup>2291</sup>. A partir de este consenso, se evita total o parcialmente la marcha tradicional del proceso penal. Los elementos del consenso entre las partes —acusación y defensa— cambian, o a lo mejor, se califican, dependiendo el tipo de herramienta utilizada. Así, el consenso puede requerir la simple aceptación de evitar la marcha tradicional del proceso y admitir una imposición de límites a los derechos de libertad y propiedad, como pena o como prestación alternativa. Sin embargo, conforme el tipo de herramienta, el consenso puede también significar la confesión y la renuncia a todos los derechos procesales. En los casos más específicos, el consenso puede, incluso, requerir de la parte colaboradora la ayuda para obtener pruebas e información relacionadas a los hechos, asimismo como la actuación proactiva para evitar delitos futuros e imponer responsabilidad a otras personas involucradas. En todos estos casos, el rasgo de la justicia negociada en el ámbito del Derecho Penal está en utilizar el consenso de las partes para obviar de alguna manera la vía procesal tradicional.

---

<sup>2290</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2291</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

Es importante que se observen dos características: la primera, el sistema de justicia negociada de Brasil no es de colaboración amplia en sentido puro porque no existe la posibilidad de colaboración con confesión y renuncia a los derechos y garantías procesales para todos los delitos, o como regla general del Derecho Penal <sup>2292</sup>. De esta manera, cada herramienta de justicia negociada implementada en Brasil tiene regulado su ámbito de aplicación, que puede ser más o menos amplio, y estará relacionado con algún tipo de conducta, su gravedad, el medio de ejecución y los objetos jurídicos tutelados.

La segunda característica es que las herramientas de justicia negociada de Brasil relacionadas a la prevención y represión de ilícitos no siempre fueron implementadas a partir de leyes penales o de procesos penales. Desde hace mucho tiempo el Derecho Administrativo sancionador es empleado en Brasil con el intento de prevenir y reprimir conductas ilícitas. En este sentido, la utilización de esta rama del Derecho es adoptada no solo para generar obligaciones preventivas, o promover la responsabilidad de las personas responsables por auxiliar la Administración en la investigación y represión de delitos<sup>2293</sup>. En realidad, el Derecho Administrativo sancionador en Brasil algunas veces es empleado para imponer responsabilidad en los propios agentes principales de las conductas ilícitas. Por ejemplo, puede ser mencionada la posibilidad de imposición de multa, la destitución de cargos y la suspensión de derechos políticos, en sede de Derecho Administrativo sancionador, prevista en la Ley de *Improbidad Administrativa*<sup>2294</sup>. Dicha ley fue aprobada por el Congreso Nacional en el año 1992, y permite la responsabilidad a partir de proceso civil de los funcionarios —y los agentes privados involucrados en las mismas conductas— que adquirieron bienes a un precio desproporcional a su renta o patrimonio, entre otras conductas<sup>2295</sup>.

El referido precepto es un ejemplo de fuga del proceso penal tradicional, no con la finalidad de implementar una herramienta de justicia negociada, pero para permitir la imposición de responsabilidad distinta de la penal, con el estándar de prueba del proceso civil o administrativo. Otros ejemplos de

---

<sup>2292</sup> El sistema de Estados Unidos, que acepta el *plea bargain*, puede ser considerado un sistema de colaboración amplia en esa definición. En dicho sistema, a partir de la utilización del principio de oportunidad, es posible que la Fiscalía busque la confesión y renuncia al juicio a partir de la oferta de ventajas, o incluso, de amenazas. CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 139 y ss.). Ver también apartados específicos sobre el sistema de Estados Unidos, en el capítulo propio.

<sup>2293</sup> FABIÁN CAPARRÓS (2003: 8) habla sobre la utilización del Derecho Administrativo sancionador para la prevención de delitos a través de la utilización de responsabilidad de responsables por auxiliar el control de la Administración.

<sup>2294</sup> Ley 8.429/1992, art. 9, VII, y art. 12.

<sup>2295</sup> En el origina, del art. 9, VII: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

responsabilidad administrativa relacionada con la práctica directa de conductas ilícitas son las disposiciones de la Ley 8.666/1992 y de la propia Ley de la Empresa Limpia, conforme será expuesto. En todos estos casos de fuga del Derecho Penal no se habla de sanciones de restricción de libertad, de manera que se preservan las tradiciones de Derechos humanos y de la propia Constitución de Brasil<sup>2296</sup>. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia, la responsabilidad por hechos lesivos relacionados a corrupción y soborno tiene naturaleza administrativa<sup>2297</sup> y la Ley permite la utilización de una herramienta de justicia negociada en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. De esta manera se observa que el sistema brasileño de responsabilidad administrativa se utiliza también con el propósito de alcanzar las finalidades tradicionales del proceso penal: la prevención y represión de conductas indeseables; además de permitir la utilización de herramientas de colaboración.

En términos históricos y sin el interés de analizar exhaustivamente los cambios legislativos, la primera herramienta de justicia negociada implementada en Brasil que puede ser mencionada es la posibilidad de transacción penal en los casos de delitos de baja gravedad. Esta posibilidad de adopción de justicia negociada está prevista en el propio texto constitucional de 1998, un precepto que requería la edición de ley para su implementación<sup>2298</sup>. En el año 1995, el Congreso brasileño aprobó la Ley 9.099/1995, también conocida como Ley de los Juzgados Especiales o Juzgados de pequeñas causas<sup>2299</sup>. A partir de dicha normativa, se aprobó el uso de la transacción penal para evitar la vía tradicional del proceso en los casos de delitos de bajo potencial de ofensa<sup>2300</sup>. En los términos de la Ley, la transacción es aplicable en casos de delitos considerados contravenciones penales y con pena máxima de dos años de cárcel<sup>2301</sup>.

El cambio legislativo tenía la finalidad de incrementar la rapidez de resolución de dichos casos y fue hecho con la introducción de dos herramientas: la primera, una *transação penal* (transacción penal) que requiere la aceptación de la imputación y el cumplimiento inmediato de una pena limitadora de derechos o multa financiera<sup>2302</sup>. La segunda, una *suspensão condicional do processo* (suspensión del proceso bajo condicionante), que permite que se suspenda la marcha procesal a partir de la imposición de condiciones al investigado<sup>2303</sup>. En ambos los casos no hay el reconocimiento expreso de culpabilidad, no habiendo un acto de

---

<sup>2296</sup> Los derechos y garantías fundamentales están previstos en el art. 5.º de la Constitución Brasileña.

<sup>2297</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 21).

<sup>2298</sup> Constituição Federal (CFB), art. 98, I (Brasil).

<sup>2299</sup> Ley 9.099/1995.

<sup>2300</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2301</sup> Ley 9.099/1995, art. 61.

<sup>2302</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2303</sup> Ley 9.099/1995, art. 89.

confesión<sup>2304</sup>. Las dos herramientas de justicia negociada —la transacción y la suspensión bajo condición— posibilitan la imposición de responsabilidad penal sin el proceso tradicional y, más importante, sin los costes de la obtención de pruebas acerca de los hechos y de la culpabilidad de los involucrados<sup>2305</sup>. En este aspecto, las herramientas son modalidades de colaboración en sentido amplio porque no requieren más que la aceptación del cumplimiento de pena y otras condicionantes. Aunque no signifiquen una confesión, en la práctica permiten la imposición de restricciones a derechos sin la composición de una verdad procesal basada en las pruebas colectadas. Simplifican el sistema criminal solamente en los casos de baja lesividad o de delitos con bajo reproche social.

El sistema brasileño también dispone de herramientas de justicia negociada que requieren de los investigados una colaboración cualificada, a partir del cumplimiento de condiciones más sofisticadas de obtención de pruebas e información o adopción de medidas preventivas de la comisión de delitos. Cuatro son las principales herramientas que pueden ser mencionadas —o a lo mejor, los ámbitos de aplicación de dichas herramientas—: la primera es aplicable al orden económico en lo que se refiere con los delitos de antitrust; la segunda, a los actos lesivos a la Administración Pública nacional o extranjera, en especial en lo que se refiere con corrupción; la tercera está relacionada con los crímenes practicados a partir de la actuación de organizaciones criminales; y, por último, la cuarta herramienta está relacionada con los delitos contra el sistema financiero nacional<sup>2306</sup>.

Al contrario de los delitos de pequeña gravedad, todos estos cuatro ámbitos de aplicación de pena involucran conductas y acciones complejas, planteadas a lo largo del tiempo y exigiendo una estructura de soporte a la delincuencia, además de múltiples agentes —incluso mediante el uso, muchas veces, de personas jurídicas—. En este aspecto, estas herramientas son aplicables a delitos complejos puesto que diversas situaciones implican en la dificultad de investigar y responsabilizar a los involucrados en las conductas indebidas<sup>2307</sup>. Por este motivo dichas herramientas asumen una importancia en el sistema de prevención y represión de conductas: al permitir la ampliación de las investigaciones, permiten en concreto que la Administración incremente las acciones de imposición de responsabilidad. A partir de la colaboración cualificada se descubren detalles hasta entonces desconocidos de los hechos, nuevos hechos, personas involucradas y

---

<sup>2304</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2305</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2306</sup> ATHAYDE (2019: 25-27).

<sup>2307</sup> ORSI (2017: 399) conceptúa delitos complejos a partir de la existencia de múltiples agentes involucrados en las conductas, a partir de la ejecución de las conductas diferida en el tiempo, a partir de la dificultad de investigación y a partir de condicionantes que dificultan la investigación y la imposición de responsabilidad.

proporción de daños y perjuicios causados con los hechos. Sin embargo, conforme se ha mencionado, aunque las referidas leyes presenten las mismas ventajas descritas, las herramientas previstas de justicia negociada no son idénticas. De esta manera, el sistema de colaboración cualificada de Brasil comporta, al menos, cuatro diversos ámbitos con elementos y condicionantes diferentes.

Con relación al orden económico y a los delitos antitrust. La Ley 10.149/2000 previó el primer cambio legislativo en Brasil a permitir el denominado acuerdo de lenidad. Actualmente, este acuerdo está previsto en la Ley 12.529/2011<sup>2308</sup>. Dicha herramienta fue implementada para detectar, investigar e implementar responsabilidad por delitos que afectan la competitividad en el mercado: el acuerdo de lenidad en materia antitrust es considerado internacionalmente un importante mecanismo para combatir la formación de carteles de empresas<sup>2309</sup>. La colaboración con las autoridades del órgano de protección a la competencia y con la Fiscalía puede generar beneficios en los ámbitos del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal, aplicables a personas físicas y jurídicas<sup>2310</sup>. De dicha colaboración debe resultar la identificación de los involucrados en las irregularidades y la obtención de evidencias y documentos de comprobación de los hechos<sup>2311</sup>.

Diversos elementos son necesarios para que las personas involucradas firmen el acuerdo de lenidad, o el acuerdo de colaboración. Entre ellos: la confesión en la participación de los hechos, la no continuidad de las prácticas delictivas y la cooperación con las investigaciones y los procesos relacionados<sup>2312</sup>. Por último, la herramienta debe ser utilizada en el caso de que las autoridades no dispongan de pruebas suficientes para garantizar la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas involucradas en los hechos lesivos<sup>2313</sup>. En este aspecto, la importancia de la herramienta está relacionada con la obtención de pruebas e información necesarias para la imposición de responsabilidad. En realidad, si hay evidencias y documentos suficientes, la Ley dispone que no debe ocurrir colaboración. No obstante, el análisis para determinar la suficiencia de las pruebas y la información

---

<sup>2308</sup> ATAHYDE (2019: 25).

<sup>2309</sup> ATAHYDE (2019: 75).

<sup>2310</sup> ATAHYDE (2019: 99). Las personas jurídicas son sujetas a la responsabilidad administrativa, de manera que solamente los beneficios relacionados a esa responsabilidad son aplicables. Los beneficios penales son aplicables a las personas físicas ATAHYDE (2019: 106 y ss.).

<sup>2311</sup> Lei N.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, art. 86, I & II, *Diário Oficial da União* (DOU) de 1.11.2011 (Brasil) (en adelante Ley 12.529/2011).

<sup>2312</sup> ATAHYDE (2019: 82 y ss.).

<sup>2313</sup> Ley 12.529/2011, art. 86, §1.º, III.



para garantizar una condena dependerá de la evaluación del caso concreto por las autoridades, de manera que existe un espacio discrecional<sup>2314</sup>.

Con relación a los delitos de delincuencia organizada. La Ley de los Crímenes de las Organizaciones Criminales —Ley federal 12.850/2013— implementa en Brasil un sistema de justicia negociada denominado *colaboração premiada*<sup>2315</sup>. La herramienta es fruto de otras leyes adoptadas en Brasil desde finales de los años 1980 y permite la colaboración en casos de delitos graves<sup>2316</sup>. En suma, exige una colaboración de personas físicas con confesión y entrega de pruebas contra los otros involucrados en los hechos<sup>2317</sup>. En términos jurídicos, es una herramienta aproximada al *plea bargaining* puesto que tiene naturaleza procesal, sin embargo, relacionada con la colecta de pruebas<sup>2318</sup>. Es decir, no posibilita una colaboración de simple confesión y renuncia a los derechos procesales puesto que exige requisitos de ampliación de las investigaciones. Tiene la naturaleza de justicia negociada porque posibilita, a través del consenso, saltar a la marcha tradicional del proceso a cambio de ventajas ofertadas al colaborador<sup>2319</sup>.

La Ley condiciona ofertar ventajas a los involucrados a partir de la obtención de uno o más resultados de su listado: (i) la identificación de otros autores de los hechos; (ii) la revelación de la estructura de la organización criminal; (iii) la prevención de la comisión de otros delitos; (iv) la recuperación de las ganancias de los delitos; y (v) la localización de la víctima con su integridad física preservada<sup>2320</sup>. Dichos resultados están claramente relacionados a la propia naturaleza de los delitos cometidos por delincuentes organizados y las ventajas pueden ser ofrecidas a personas físicas, puesto que se trata de ley de responsabilidad penal inaplicable a personas jurídicas<sup>2321</sup>.

La Ley permite también que la Fiscalía decida no ejercer la acción penal si el colaborador no fuera el líder de la organización y fuera el primero en colaborar con las autoridades<sup>2322</sup>. En este sentido la legislación permite el ejercicio del principio de oportunidad<sup>2323</sup>, aunque pueda ser considerado regulado dado los elementos de la Ley. Las ventajas posibles al colaborador

---

<sup>2314</sup> ATAHYDE (2019: 90-93) reconoce esa dificultad de identificar si el existente es suficiente, de manera que propone factores a ser evaluados por la autoridad relacionados al desarrollo de las investigaciones.

<sup>2315</sup> ATAHYDE (2019: 26).

<sup>2316</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 19%).

<sup>2317</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 26%).

<sup>2318</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 26%). La propia ley conceptúa la colaboración como un medio de obtención de pruebas. Ley 12.850/2013, art. 3.º I.

<sup>2319</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 26%).

<sup>2320</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º I-V.

<sup>2321</sup> Como regla general, no hay responsabilidad criminal de personas jurídicas en Brasil, a la excepción de los delitos contra el medioambiente. SIMÃO & VIANNA (2017: 38-40).

<sup>2322</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, §4.º.

<sup>2323</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 26%).

serán, además del no ejercicio de la acción penal, el perdón judicial y la reducción de la pena de restricción de libertad de hasta dos tercios<sup>2324</sup>. La Ley también permite la sustitución de la pena de restricción de libertad por otra de restricción a derechos, generalmente más ligeras que aquella y prevé que las negociaciones de la colaboración ocurrirán entre el fiscal o el delegado y el investigado, sin la participación del juez<sup>2325</sup>.

Con relación a los delitos practicados contra el sistema financiero nacional. A través de la Ley 13.506/2017 se implementa la herramienta de colaboración también denominada acuerdo de lenidad para conductas relacionadas al sistema financiero<sup>2326</sup>. Dicha Ley prevé responsabilidad penal, a través de la inclusión y alteración en la ley penal, y también prevé responsabilidad por infracciones administrativas<sup>2327</sup>. Las herramientas de justicia negociada posibles están relacionadas a la responsabilidad administrativa prevista con personas físicas o jurídicas<sup>2328</sup>. De manera asemejada a la colaboración en antitrust, la ley requiere como requisito legal para la colaboración que la persona física o jurídica confiese la infracción, coopere efectivamente con las investigaciones, suspenda la práctica de los hechos además de ser la primera persona en manifestarse sobre los hechos lesivos<sup>2329</sup>. La ley también exige que el acuerdo sea celebrado solamente en los casos que no hubiera pruebas suficientes para garantizar la condena administrativa de la persona física o jurídica involucrada en los hechos<sup>2330</sup>.

Con el intento de reducir la incertidumbre sobre la evaluación de estos elementos, los órganos responsables publicaron ordenanzas con los factores y procedimientos que serán analizados para decidir si la colaboración es posible<sup>2331</sup>. Los acuerdos no eximen a los involucrados de responsabilidad penal ni vinculan a la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, reglamentos y normas son utilizados como base para dejar clara la interacción entre las autoridades responsables por esa colaboración y la Fiscalía, para incrementar la seguridad jurídica de la colaboración y las decisiones adoptadas, y generar una resolución única del caso<sup>2332</sup>.

La última herramienta de justicia negociada mencionada es el propio acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013. Dicha herramienta será objeto de desarrollo en los apartados siguientes, puesto que fue insertada en el ámbito de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por

---

<sup>2324</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º.

<sup>2325</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, §6.º.

<sup>2326</sup> Lei N.º 13.506, de 13 de novembro de 2017, *Diário Oficial da União* (DOU) de 14.11.2017 (Brasil) (en adelante Ley 13.506/2017).

<sup>2327</sup> Ley 13.506/2017, art. 3.º y art. 35.

<sup>2328</sup> Ley 13.506/2017, art. 30.

<sup>2329</sup> ATHAYDE (2019: 166 y ss.).

<sup>2330</sup> Ley 13.506/2017, Art. 30, §2.º, III.

<sup>2331</sup> ATHAYDE (2019: 171-174).

<sup>2332</sup> ATHAYDE (2019: 189-195).

hechos de corrupción y soborno<sup>2333</sup>. Aunque la Ley prevé la responsabilidad administrativa, las conductas indebidas descritas son conceptualmente conductas de pago, promesa y oferta de ventajas indebidas como modalidades de soborno<sup>2334</sup>. Tanto las conductas en contra de la Administración Pública brasileña como en contra de la Administración extranjera son abrazadas por la responsabilidad y por la herramienta de justicia negociada.

A diferencia de otras leyes, que prevén también la responsabilidad de personas físicas, la Ley de la Empresa Limpia tiene foco solamente en las personas jurídicas<sup>2335</sup>. Además, prevé la responsabilidad de las empresas y la posibilidad de que, una vez cumplidos sus requisitos, se pueda llevar a cabo la negociación de acuerdo de colaboración con renuncia al proceso y aplicación de sanciones administrativas, entre otras condicionantes. Para haber acuerdo de lenidad, la colaboración con la Administración debe generar los resultados de identificación de los involucrados en los hechos y la obtención rápida de evidencias y elementos que comprueben las irregularidades<sup>2336</sup>. La ley también requiere de la persona jurídica requisitos, en especial la confesión de participación en los hechos y la suspensión de las conductas indebidas<sup>2337</sup>.

Más allá de las herramientas explicadas, existen otras posibilidades de justicia negociada en el sistema brasileño<sup>2338</sup>. Sin embargo, estas no son específicamente relacionadas a la responsabilidad penal o a la utilización del Derecho Administrativo sancionador para prevenir conductas también consideradas delito. Son leyes relacionadas con la actuación civil de la Administración Pública y que permiten un proceso de negociación o un proceso judicial civil, algún tipo de transacción para la solución del caso a través de la construcción de un consenso. Sin el intento de hacer un elenco exhaustivo, tres herramientas de transacción pueden ser mencionadas. En primer lugar, la Ley 7.347/1985, de la acción civil pública, a partir de su cambio en el año 1990, permite la adopción de negociación y consenso para resolver la disputa. Dicha ley prevé la acción para la responsabilidad por daños morales y patrimoniales causados en contra del medioambiente, de las relaciones de consumo, de bienes turísticos, artísticos e históricos, entre otros<sup>2339</sup>.

---

<sup>2333</sup> Ley 12.846/2013, art. 1.º.

<sup>2334</sup> Art. 5.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2335</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 29).

<sup>2336</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, I-II.

<sup>2337</sup> Los requisitos para colaboración están descritos en el artículo 16, §1.º de la Ley 12.846/2013

<sup>2338</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 59-60).

<sup>2339</sup> Lei N.º 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 1.º, *Diário Oficial da União* (DOU) de 25.7.1985 (Brasil).

En segundo lugar, la Ley de la *Advocacia-Geral da União*<sup>2340</sup> y la Ley 9.469/1997 permiten al Abogado General la realización de acuerdos o transacciones en las acciones judiciales de interés de la Unión. Debido a la competencia institucional de la AGU para representar a la Unión en sus demandas judiciales y extrajudiciales de naturaleza civil y administrativa, las referidas herramientas de justicia negociada son aplicables a causas no penales.

Por último, la Ley 13.140/2015 permite la resolución de acciones a partir de la construcción del consenso también con la Administración Pública. En todos estos tres casos, conforme se ha mencionado, no se está delante de una herramienta de justicia negociada de Derecho Penal. Sin embargo, debido a la naturaleza de las acciones judiciales y administrativas, inclusive en lo que se refiere a la recomposición de daños e indemnizaciones, podrá haber superposición de dichas leyes con el proceso penal. Por ejemplo, un daño a patrimonio turístico puede ser realizado mediante conducta con dolo, y constituye también un delito. En este caso, aunque exista, en Brasil, alguna vinculación entre las responsabilidades penal, administrativa y civil, como regla general los procesos son independientes<sup>2341</sup>. De esta manera es interesante observar que esas referidas transacciones y acuerdos pueden también ocurrir en casos en el que la conducta principal que resultó en daño sea un delito.

Conforme se ha mencionado, además de posibles cambios legislativos para la implementación del sistema asemejado al *plea bargaining*<sup>2342</sup>, diversas leyes fueron utilizadas para implementar herramientas de justicia negociada en Brasil. Dichas herramientas fueran planteadas tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Administrativo sancionador y para otras acciones relacionadas a la recomposición e indemnización por daños. Dependiendo el caso concreto, más de una de estas leyes será aplicable. De igual modo, en un caso concreto puede ser posible la aplicación de transacciones para la recomposición de los daños civiles, pero no puede ser posible la construcción de consenso en el ámbito de la justicia penal. Además, también puede ser posible la negociación con personas físicas o jurídicas, en conjunto o por separado<sup>2343</sup>.

---

<sup>2340</sup> Lei Complementar N.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, *Diário Oficial da União* (DOU) de 11.2.1993 (Brasil) (en adelante Ley Complementar 73/1993).

<sup>2341</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 49).

<sup>2342</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 20%).

<sup>2343</sup> A pesar de la amplitud de las posibilidades de transacción y acuerdos en Brasil, los apartados que siguen son relacionados a la justicia negociada en casos de corrupción, en especial con relación a los acuerdos de lenidad con personas jurídicas y la relación de dicha herramienta con otras leyes y otras modalidades posibles de colaboración.

## **2.1. Justicia negociada en casos de corrupción**

El sistema de Brasil, conforme se ha mencionado, dispone de diversas leyes que permiten la utilización de justicia negociada para diversos casos. Dichas herramientas fueron implementadas a partir de una heterogeneidad de normas de responsabilidad y de requisitos y elementos necesarios para la colaboración. No obstante, aunque algunas de estas leyes sean aplicables a casos de práctica de corrupción, hace falta una evaluación amplia del sistema brasileño para poder identificar en cuales situaciones y cuales herramientas de justicia negociada pueden ser aplicables a los supuestos de corrupción.

Esta evaluación debe necesariamente considerar dos elementos: el primero, hace falta una identificación de lo que se refiere como corrupción. En este sentido, pretender conceptuar lo que es corrupción o debatir de una manera amplia las posibles teorías de corrupción y su contenido requiere un análisis largo y muy complejo. Por ello, considerando que el sistema de responsabilidad y lucha contra la corrupción de Brasil fue desarrollado considerando las obligaciones internacionales<sup>2344</sup>, como la Convención de OCDE y de Naciones Unidas, las herramientas de justicia negociada aplicables a corrupción pueden ser consideradas a partir de lo que la referida legislación internacional conceptúa como corrupción. Así, corrupción en este sentido está relacionado con los conceptos del art. 1.º de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de OCDE<sup>2345</sup> y los artículos 15 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>2346</sup>, que involucra conductas relacionadas con el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier tipo de ventaja a algún funcionario público a cambio de obtener alguna ventaja indebida, es decir, una conceptuación tradicional de pago de soborno<sup>2347</sup>. Además, la Convención de las Naciones Unidas también prevé delitos relacionados a la práctica de corrupción, como la malversación o peculado, el abuso de funciones, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito<sup>2348</sup>.

El segundo elemento relevante para la identificación de la colaboración en los casos de corrupción es la identificación de que Brasil adopta un sistema de responsabilidad mixto para estos ilícitos. De esta manera, además de la responsabilidad penal por soborno, también existen leyes que posibilitan la imposición de responsabilidad administrativa por la práctica

---

<sup>2344</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 21-22).

<sup>2345</sup> Convención Anticorrupción de la OCDE.

<sup>2346</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

<sup>2347</sup> Las convenciones mencionadas intentan conceptuar el pago de soborno de manera más amplia de lo explicitado en esta sentencia, además de especificar finalidades y conceptuar quienes son considerados funcionarios. Sin embargo, la concepción precisa de esos elementos no es necesaria para el análisis de las herramientas de justicia negociada de Brasil.

<sup>2348</sup> Artículos 17 a 20 de la Convención.

de soborno o de conductas relacionadas, lo que conlleva a una múltiple responsabilidad para casos de corrupción. Esto también pasa en otros ordenamientos jurídicos, en los cuales habrá consecuencias de naturaleza civil y además administrativas, conforme el caso, para los involucrados en corrupción. Sin embargo, el sistema de Brasil tal vez tenga una característica extraña al permitir la responsabilidad administrativa independientemente de la responsabilidad penal y por algunas de las mismas conductas que son descritas abstractamente también como delitos.

En este aspecto, la total comprensión de la responsabilidad por corrupción en Brasil requeriría una evaluación de la ley penal y de la ley administrativa y civil. La responsabilidad civil, en primer lugar, está relacionada con la tradicional noción de recomposición o indemnización de los daños o perjuicios causados por la conducta. Como regla general de Brasil se puede mencionar el Código Civil, que prevé la obligatoriedad de indemnizar por daños causados a partir de su artículo 927<sup>2349</sup>. Otras leyes también prevén la responsabilidad civil y la obligación de reparar los daños, como la propia Ley de *Improbidad* Administrativa, que prevé como sanción aplicable el resarcimiento integral del daño, en su artículo 12<sup>2350</sup>. Es interesante observar que el mismo artículo menciona que dicha “pena” tiene aplicación de manera independiente de la responsabilidad civil, penal y administrativa. Sin embargo, la indemnización por daños es, tradicionalmente, la propia responsabilidad civil. Otras leyes también contienen preceptos sobre responsabilidad civil originada por daños causados, por ejemplo, la mencionada 7.347/1985, que prevé la acción civil pública.

Es interesante observar que la Ley de Improbidad, a diferencia del código civil y de la ley de acción civil pública, describe conductas irregulares, dentro de las cuales conductas de soborno y otras adicionales a hechos de corrupción. Así, las conductas descritas como *improbidad* no son delitos, pero pueden corresponder a un delito definido en la ley penal<sup>2351</sup>. En este sentido, en el artículo 9.º de la Ley de *Improbidad* están previstas conductas que caracterizan enriquecimiento ilícito, en especial en el ítem VII, que describe el enriquecimiento ilícito como modalidad para adquirir un bien de cualquier naturaleza que sea desproporcional al patrimonio o a las rentas<sup>2352</sup>. En el artículo 10 están descritas conductas relacionadas al peculado y malversación, como el auxilio o la facilitación de la incorporación de bienes públicos al patrimonio particular, además de permitir que otra persona obtenga ganancias que generen enriquecimiento

---

<sup>2349</sup> Código Civil (CCB) (Brasil) (en adelante Código Civil (CCB)).

<sup>2350</sup> Ley 8.429/1992, art. 12.

<sup>2351</sup> DI PIETRO (2014: 906).

<sup>2352</sup> Ley 8.429/1992, art. 9, VII. El enriquecimiento ilícito en la forma de enriquecimiento “sin causa” no es considerado delito en la ley penal brasileña, pero, conforme se ha mencionado, es considerado *improbidad* administrativa y puede generar responsabilidad.

ilícito a partir del patrimonio o presupuesto público<sup>2353</sup>. El artículo 11, a su vez, describe conducta de *improbidad* relacionada con el tráfico de influencia, como revelar a un tercero contenido de política económica que cambie el precio de alguna mercancía antes de la divulgación oficial<sup>2354</sup>.

Las conductas de dichos artículos 9, 10 y 11 ejemplifican el tipo de conductas que generan enriquecimiento ilícito, causan perjuicio a los fondos públicos o violan los principios de la Administración. Además, el propio artículo 9, en su primer ítem, menciona como acto irregular la práctica de recibir para si o para un tercero ventajas indebidas relacionadas con la acción u omisión de un acto de competencia funcional<sup>2355</sup>. De esta manera se puede considerar que la Ley de *Improbidad* Administrativa prevé la responsabilidad administrativa por soborno y otras conductas relacionadas con corrupción. De hecho, las sanciones previstas como “penas” en el artículo 12 tienen naturaleza administrativa, y para su conminación dependen de un proceso judicial de jurisdicción civil<sup>2356</sup>. Así, la Ley de *Improbidad* tiene reglas para la responsabilidad civil pero también tiene reglas de responsabilidad administrativa que incluyen conductas relacionadas a corrupción y soborno. La descripción de las conductas indebidas de la ley siempre considera el agente público, de manera que no hay una descripción de *pago de soborno*, solamente de recibimiento de soborno. No obstante, la propia ley dispone que su responsabilidad es aplicable a todas las personas involucradas en los hechos<sup>2357</sup>, de manera que alcanza a los particulares responsables por los pagos, ya sea personas físicas o jurídicas<sup>2358</sup>.

Otra ley que prevé responsabilidad administrativa para conductas relacionadas a corrupción y soborno es la Ley de Contratación Pública de Brasil, Ley 8.666/1993<sup>2359</sup>. La referida legislación tiene dispositivos para la realización de contratación pública y los delitos relacionados al incumplimiento de estos preceptos, además de la responsabilidad administrativa por incumplimiento. Los delitos están previstos en los artículos 89 a 99, en los artículos 86 a 88 están previstas irregularidades a

---

<sup>2353</sup> Ley 8.429/1992, art. 10, I y XII.

<sup>2354</sup> Ley 8.429/1992, art. 11, VII.

<sup>2355</sup> En el original: Art. 9. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1o desta Lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

<sup>2356</sup> DI PIETRO (2014: 906).

<sup>2357</sup> Ley 8.429/1992, art. 3.º.

<sup>2358</sup> Es importante observar que no hay mención expresa en la Ley sobre la responsabilidad de personas jurídicas, pero hay jurisprudencia indicando la aplicación. SIMÃO & VIANNA (2017: 55)

<sup>2359</sup> Ley 8.666/1993.

las que están sujetas las personas involucradas con la responsabilidad administrativa. Como ejemplo de irregularidades se puede mencionar el retraso sin justificación de la ejecución de los contratos<sup>2360</sup>. Conductas que pueden estar relacionadas a corrupción son, por ejemplo, la práctica de actos para fraudar la contratación pública y la ausencia de idoneidad para contratación con la Administración debido a la práctica de hechos *ilícitos*<sup>2361</sup>.

De esta manera, la Ley de Contrataciones Públicas no es una ley desarrollada específicamente para imponer responsabilidad en caso de corrupción y soborno. No obstante, a partir de la concepción amplia de las conductas que pueden generar responsabilidad, con inclusión del concepto de *ausencia de idoneidad* y de fraude al procedimiento de contratación, el referido instrumento normativo también puede presentar un ámbito de superposición con las otras posibilidades de responsabilidad por corrupción y soborno<sup>2362</sup>. La ley también prevé que la imposición de su responsabilidad debe ocurrir de manera independiente de la combinación de responsabilidad civil y penal<sup>2363</sup>. Además, dicha responsabilidad es aplicable a las personas contratadas, tanto personas físicas como jurídicas<sup>2364</sup>. De esta manera, la referida ley es parte del sistema de responsabilidad por hechos de corrupción en Brasil.

La Ley de la Empresa Limpia también permite imponer responsabilidad administrativa por hechos relacionados a corrupción y al soborno. La referida ley fue aprobada para promover la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por hechos relacionados a daños a la Administración Pública nacional o extranjera<sup>2365</sup>. Aunque la Ley relacione su finalidad a la responsabilidad por daños a la Administración, en su artículo 5, en el primer inciso, la irregularidad punible es promover, dar u ofertar, de manera directa o indirecta, ventaja a funcionario o a persona relacionada<sup>2366</sup>. De esta manera, la Ley posibilita la imposición de

---

<sup>2360</sup> Ley 8.666/1993, art. 86.

<sup>2361</sup> Es interesante observar que, con relación a la falta de idoneidad, la Ley utiliza la expresión *acto ilícito* para algo que puede, en realidad, traducirse como un *acto indebido*. Esto porque para la “declaración de idoneidad” —o reconocimiento de falta de idoneidad— no es necesario la condena criminal o investigación por la práctica de delito. Por ejemplo, la práctica de acto previsto en la Ley de *Improbidad* es suficiente para generar falta de idoneidad, aunque la referida ley no trate de responsabilidad criminal. Ley 8.666/1993, art. 88, II y III.

<sup>2362</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 43 y ss.) hablando de que antes de la Ley de la Empresa Limpia, existía en Brasil la posibilidad de responsabilidad por actos relacionados a corrupción practicados en sede de contratación pública.

<sup>2363</sup> Ley 8.666/1993, art. 82.

<sup>2364</sup><sup>2364</sup> Ley 8.666/1993, art. 88. SIMÃO & VIANNA (2017: 55-56) hablando de los sujetos pasivos de responsabilidad en la Ley mencionan sólo personas jurídicas, sin embargo, el propio texto de la Ley menciona empresas y profesionales contratados, además de mencionar la extensión de responsabilidad a los funcionarios involucrados en la conducta. Arts. 88 y 82.

<sup>2365</sup> Ley 12.846/2013.

<sup>2366</sup> Ley 12.846/2013, art. 5.º, I.



responsabilidad por actos de pago de soborno, y no simplemente daños en el sentido económico del término. A diferencia, de las otras dos leyes mencionadas, la Ley de la Empresa Limpia prevé responsabilidad apenas de personas jurídicas, no proveyendo responsabilidad de personas físicas eventualmente involucradas en las conductas. De esta manera, a diferencia de la Ley de Improbidad, que define las conductas a partir de la acción del funcionario, aquí la descripción de los hechos indebidos está siempre hecha a partir del agente privado —persona jurídica— responsable por el daño a la Administración<sup>2367</sup>.

Con relación a la responsabilidad penal, tanto el Código Penal como las leyes especiales provén delitos que posibilitan la imposición de responsabilidad por hechos relacionados a corrupción y soborno. Como regla general, solamente a las personas físicas les es posible imponer responsabilidad criminal en Brasil<sup>2368</sup>. La excepción son los delitos contra el medioambiente, para los cuales la propia Constitución de Brasil permite la imposición de responsabilidad criminal<sup>2369</sup>. Los delitos de corrupción pasiva y activa están previstos en el Código Penal, así como una concepción amplia de funcionario, que incluye políticos y personas que no trabajan regularmente para la Administración, pero ejercen una actividad administrativa por algún motivo temporal o de emergencia<sup>2370</sup>. Además, el código prevé el delito de *concussão*, que es una especie de corrupción pasiva cualificada por la coerción ejercida por el funcionario y también corrupción activa de funcionario extranjero, incluyendo países y organizaciones internacionales<sup>2371</sup>. Otras conductas relacionadas al pago de soborno y hechos de corrupción también son delitos, como el peculado, el tráfico de influencia doméstico y transnacional y la prevaricación<sup>2372</sup>.

En el sistema de Brasil, además del Código Penal, los delitos también pueden estar previstos en leyes especiales. Una de las leyes especiales que pueden estar relacionados a corrupción y soborno es la Ley de Contratación Pública<sup>2373</sup>. Todos los delitos previstos en esta ley están relacionados al procedimiento de contratación pública y a la ejecución de contratos públicos. Es interesante observar que la contratación pública es una de las ramas de la actividad sujetas a pagos de soborno<sup>2374</sup>, lo que puede ter sido el fundamento para que se utilizara técnica legislativa para la criminalización de fraudes e ilícitos en las contrataciones públicas a través

---

<sup>2367</sup> Las conductas descriptas en la Ley 12.846/2013 serán objeto de análisis pormenorizada en el próximo apartado.

<sup>2368</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 38) y MACHADO DE SOUZA (2019: 44-46).

<sup>2369</sup> Constituição Federal (CFB) art. 225, §3.º (Brasil). Ver SIMÃO & VIANNA (2017: 38-39).

<sup>2370</sup> Código Penal (CPB) arts. 317, 333 y 327.

<sup>2371</sup> Código Penal (CPB) arts. 316 y 337-B.

<sup>2372</sup> Código Penal (CPB) arts. 312, 319, 332 y 337-C.

<sup>2373</sup> Ley 8.666/1993, arts. 89-99.

<sup>2374</sup> ROSE-ACKERMAN & PALIFKA (2016: 93 y ss.).

de la descripción de delitos que contienen menos elementos de ejecución que los delitos tradicionales de corrupción del Código Penal. Un ejemplo que puede ser mencionado es el de artículo 89, que considera delito la no utilización del procedimiento adecuado de contratación. En este caso, si se demuestra el pago de soborno, el delito más grave es el del Código Penal. Sin embargo, aunque no sea posible a través de las investigaciones demostrar el soborno, la fuga de las normas —sin justificativa— ya es suficiente para configurar delito.

Otro ejemplo que puede ser mencionado es el del artículo 97, que considera irregular la conducta de aceptar en la contratación persona física o jurídica que fue considerada inapropiada, o sea, que no puede ser contratada. La referida conducta puede ser resultado de pago de soborno o de tráfico de influencia. Sin embargo, como la ley de contrataciones prevé la simple aceptación como delito, si en las investigaciones no se obtiene la prueba del delito más grave del Código Penal —el soborno—, es posible imponer responsabilidad por el delito menos grave —la aceptación en el procedimiento de contratación—. Esta técnica legislativa es interesante porque posibilita la imposición de responsabilidad por delitos cuya prueba es más simple de obtener, por tratarse de una conducta con menos elementos. No obstante, también pueden generar un incentivo sistémico para que se ejerza la acción penal por el delito más simple, y no de intentar profundizar en las investigaciones para obtener pruebas del delito real, por ejemplo, de pago de soborno para ser aceptado en la contratación.

Por último, otra ley especial de contenido criminal que está relacionada con la lucha contra la corrupción es la Ley de las Organizaciones Criminales<sup>2375</sup>, que prevé la responsabilidad penal por la creación, promoción o financiación de organizaciones criminales<sup>2376</sup>. Es importante observar que, entre otras causas de incremento, la Ley prevé un incremento especial de pena en los casos de la utilización de funcionario en la comisión de delitos<sup>2377</sup>. Dicha Ley tiene especial interés para la lucha contra la corrupción, en primer lugar, por permitir la responsabilidad más adecuada para la práctica de delitos —lo que incluye corrupción y soborno— a partir de la estructuración y delincuencia organizada. En segundo lugar, porque prevé también la posibilidad de colaboración con las investigaciones que genere información y pruebas necesarias para los otros procesos y condenas de otras personas involucradas<sup>2378</sup>.

Todas estas leyes mencionadas forman un intrincado sistema jurídico y son las principales normas aplicables a los casos de corrupción y soborno, entre otras leyes que pueden también tener aplicabilidad, por ejemplo, la

---

<sup>2375</sup> Ley 12.850/2013. SIMÃO & VIANNA (2017: 93 y ss.).

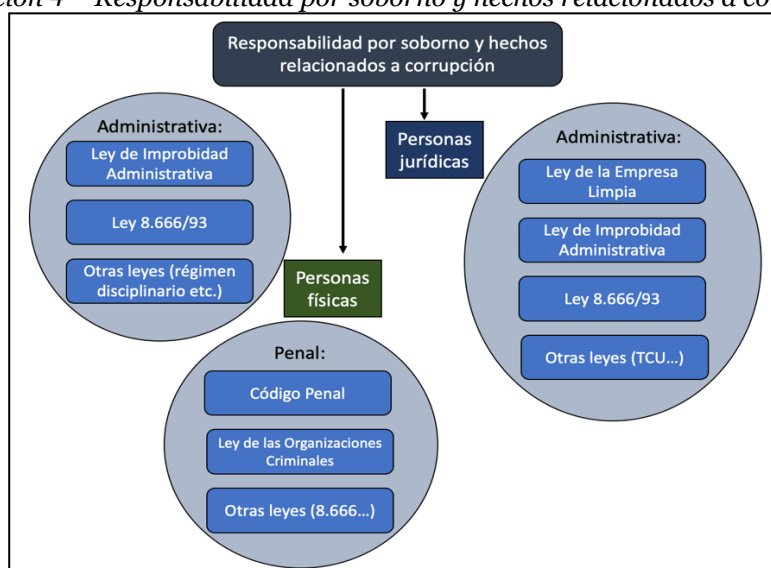
<sup>2376</sup> Ley 12.850/2013, art. 2.

<sup>2377</sup> En el art. 2.º, §4.º, II.

<sup>2378</sup> La colaboración premiada prevista en el art. 3.º.

Ley del Tribunal de Cuentas de Brasil y el régimen de los funcionarios federales, entre otras no mencionadas. La ilustración abajo presenta las leyes relacionadas a la responsabilidad administrativa y penal por corrupción y soborno.

Ilustración 4 – Responsabilidad por soborno y hechos relacionados a corrupción.



Fuente: elaboración propia.

## 2.2. Concurrencia institucional

### 2.2.1. En el sistema de combate a la corrupción

La diversidad de leyes del sistema brasileño conlleva a la multiplicidad de responsabilidades, que varían desde la responsabilidad civil hasta la responsabilidad penal y la administrativa. Adicional, conforme se ha mencionado, la legislación de Brasil permite la imposición de responsabilidad administrativa y de responsabilidad penal para los mismos hechos y, muchas veces, a los mismos involucrados, lo que genera un ámbito de superposición de responsabilidades. En este sentido, la utilización del Derecho Administrativo sancionador en Brasil no está planteada en un esquema para reducir el uso del Derecho Penal, dado que este sería la *ultima ratio*<sup>2379</sup>: el sistema de leyes fue desarrollado para permitir opciones diversas de responsabilidad por los mismos hechos.

<sup>2379</sup> Conforme ejemplificado en el apartado anterior, la Ley de *Improbidad* Administrativa prevé la responsabilidad administrativa por hechos relacionados a pagos de soborno, y la Ley de la Empresa Limpia también. Además, el propio Código Penal de Brasil prevé delitos de corrupción activa. En esos términos, el Derecho Administrativo sancionador no es utilizado para imposición de responsabilidad para casos que no deben ser considerados delitos graves, pero sí utilizado también para imponer responsabilidad para casos que la ley penal prevé responsabilidad por delitos.

La evaluación del sistema brasileño de responsabilidad por corrupción, en especial, permite que se concluya por la ausencia de un planteamiento por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo<sup>2380</sup> para evitar la superposición. Esto porque la adopción de una nueva ley, nuevas sanciones y nuevos procesos de responsabilidad —judiciales o administrativos— no necesariamente parecen haber sido implementados a partir de una evaluación de las demás leyes y posibilidades de la responsabilidad ya existentes. Como consecuencia, además de la multiplicidad de responsabilidades, el sistema brasileño también genera una concurrencia institucional en la lucha contra la corrupción. Esta superposición de atribuciones fue observada por dos organismos internacionales en la evaluación del sistema de Brasil: por el MESISIC de la OEA y por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales<sup>2381</sup>.

Con relación al MESISIC, la crítica sobre la existencia de múltiples instituciones puede ser observada a partir del informe final de la evaluación de la implementación de las obligaciones de la Convención Interamericana Contra la Corrupción por parte de Brasil, adoptado en la quinta rueda de debates de expertos ocurrida en marzo de 2018, en la ciudad de Washington, D.C., EE.UU.<sup>2382</sup>. En el Informe, el grupo de evaluadores y miembros del mecanismo reconocen un incremento en la colaboración entre las instituciones brasileñas en la lucha contra la corrupción<sup>2383</sup>. Para ello, el grupo de expertos se basó en la información suministrada por la Fiscalía Federal, la Policía Federal y las agencias de combate a la corrupción y de control interno de Brasil<sup>2384</sup>, que demostraban el incremento en el número de casos de soborno bajo investigación y el incremento en el número de prisión de personas físicas involucradas en corrupción<sup>2385</sup>.

Sin embargo, mientras evaluaba específicamente el sistema de leyes y reglamentos federales para la responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción, el grupo de expertos también apuntó la

---

<sup>2380</sup> Ejecutivo dado que ese fue responsable por la iniciativa de leyes relacionadas a la lucha contra el cohecho, como la propia Ley de la Empresa Limpia. Ver SIMÃO & VIANNA (2017: 25) hablando del mensaje del presidente que encaminaba el proyecto de la Ley de la Empresa Limpia al Congreso Nacional.

<sup>2381</sup> Sobre los referidos grupos de expertos y evaluadores, ver capítulo anterior.

<sup>2382</sup> *Brazil: Final Report, Mechanism for Follow-Up on the Implementation of the Inter-American Convention Against Corruption [MESISIC], Thirtieth Meeting of the Committee of Experts*, SG/MESISIC/doc.518/17 rev. 4 (15 de marzo de 2018), [http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5\\_bra\\_report\\_eng.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_report_eng.pdf) (en adelante *Brazil: Final Report*).

<sup>2383</sup> *Id.* en 85.

<sup>2384</sup> *Brazil: Responses, Reports and Representatives of MESISIC*, OAS (<http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/paises-rondas.html?c=Brazil&r=5>). La información y documentos presentados por las autoridades de Brasil están disponibles en el sitio en línea.

<sup>2385</sup> Ver *Brazil: Final Report*, *supra* nota 2382 en 84-85.

falta de cooperación entre las instituciones brasileñas<sup>2386</sup>. La Recomendación 3.3.1 del informe sugiere a Brasil adoptar las medidas necesarias para incrementar la cooperación entre las instituciones federales, en especial la Fiscalía, la Policía y los órganos de control como la CGU<sup>2387</sup>. Es interesante observar que la recomendación es que se incremente la cooperación entre las instituciones brasileñas para mejorar la búsqueda de pruebas e información relevantes para las investigaciones o para los procesos penales, y así incrementar la implementación de responsabilidad y la imposición de sanciones en los casos de corrupción<sup>2388</sup>. De esta manera, se puede observar que la evaluación del grupo de expertos resultó en una recomendación simple: la necesidad de adoptar estrategias para la cooperación en la colecta de documentos e información; lo que significa que la información presentada por las autoridades brasileñas no es suficiente para demostrar un estándar de cooperación mínimo necesario entre las instituciones responsables por los procesos de responsabilidad por corrupción en Brasil, en especial cuando se considera el sistema de responsabilidad de personas físicas y de personas jurídicas.

Los informes del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales también mencionan la necesidad de incrementar la cooperación entre las instituciones brasileñas, al paso que suministran más pistas relacionadas al intrincado sistema de leyes y responsabilidades. El informe final de la tercera fase de evaluación del Grupo de Trabajo, aprobado en 2014, menciona que Brasil debería implementar medidas preventivas, medidas legislativas y debería incrementar la capacitación de los funcionarios responsables por prevenir e investigar corrupción<sup>2389</sup>. Además, en el referido informe también quedó registrada la necesidad de incrementar las medidas relacionadas a la participación de la sociedad en la lucha contra la corrupción<sup>2390</sup>. Los expertos registraron que el sistema jurídico de combate a la corrupción de Brasil fue desarrollado en capas de leyes y reglamentos con superposición, generando retos en la adecuada implementación de las medidas legales<sup>2391</sup>. Las recomendaciones del informe demuestran la falta

---

<sup>2386</sup> Ver *Brazil: Final Report*, supra nota 2382 en §373.

<sup>2387</sup> *Id.* en 88.

<sup>2388</sup> *Id.* en §386, en el original: *Adopt the measures necessary to strengthen cooperation among federal, district, state and municipal institutions and bodies, including the Federal Police, the Public Prosecutor's Office, the Courts of Accounts and the Federal Comptroller General's Office, in the search for evidence and information of interest in investigations or criminal procedures, so as to facilitate increased efficacy in arrests and punishment for cases of corruption.*

<sup>2389</sup> Ver *OECD, Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*, at 5–6 (2014) (<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>). No hubo Informe de evaluación de Brasil relacionado al tema en fecha posterior a 2014.

<sup>2390</sup> *Id.* en 62.

<sup>2391</sup> *Id.* en 71.

de un planteamiento de las medidas legislativas utilizadas, debido a la existencia de diversas instituciones, previsiones de sanciones diferentes en diversas leyes, además de diversos procesos y procedimientos posibles<sup>2392</sup>, conforme se ha mencionado en el apartado anterior.

En una de las recomendaciones específicas, el grupo de expertos registró la necesidad de que Brasil garantizara la cooperación efectiva entre la Fiscalía y la Policía Federal, además de adoptar un estándar formal detallado de cooperación entre la CGU y la Fiscalía Federal<sup>2393</sup>. Dicha recomendación de adopción de un estándar de cooperación está basada en la multiplicidad de procedimientos de investigación y procesos de responsabilidad en el sistema de Brasil, distribuidos entre diversas instituciones y autoridades<sup>2394</sup>. En 2017, el Grupo de Trabajo produjo el informe de seguimiento de la evaluación de 2014<sup>2395</sup>. En el informe de 2017, los expertos mantuvieron los apuntes relacionados a la complejidad del sistema de Brasil, en especial en lo que se refiere a la necesidad de implementar estrategias efectivas de cooperación entre las instituciones brasileñas debido a la superposición de camadas de leyes del sistema<sup>2396</sup>. En este punto, conforme a la información presentada por las autoridades brasileñas, hasta la confección del informe no habían sido adoptadas medidas necesarias para el desarrollo de un sistema formal de colaboración entre la Fiscalía Federal y la CGU<sup>2397</sup>.

Las observaciones de los organismos internacionales acerca de la superposición de leyes y la concurrencia institucional del sistema brasileño pueden ser observadas a partir de dos ópticas. La primera, a partir de la identificación de las autoridades e instituciones responsables en las diversas leyes para investigar y actuar en los casos de corrupción. La segunda, a partir de la identificación de los múltiples procedimientos y procesos previstos en ley. Con relación a las autoridades e instituciones, la ley penal

---

<sup>2392</sup> *Id.*

<sup>2393</sup> Recomendación 5(a), *id.* en 71.

<sup>2394</sup> *Id.*

<sup>2395</sup> OECD, *Brazil: Follow-Up to the Phase 3 Report & Recommendations* (2017).

<sup>2396</sup> *Id.* en 4.

<sup>2397</sup> *Id.* en 5. Sobre ese aspecto, es importante que se observe que los sitios de internet del gobierno brasileño indican que existe cooperación entre la CGU y la Fiscalía Federal en los casos de corrupción, en especial en el caso de la operación “Lava Jato”. Como ejemplo, ver *Lei Anticorrupção: Leniência passo a passo (parte 2)*, Governo do Brasil (27 de marzo de 2017) (Bras.), <http://www.cgu.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-leniencia-passo-a-passo-parte-2>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Inclusive, en 2020, la CGU, la AGU y la Fiscalía Federal, juntamente con el Tribunal de Cuentas de la Unión y el Supremo Tribunal Federal, negociaran un acuerdo de cooperación técnica para establecer flujos de cambio de información y actuación conjunta en los casos. Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073&ori=1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Hasta agosto de 2020 el acuerdo cooperación había sido firmado por CGU, AGU, TCU, pero no por la Fiscalía Federal.

—en el Código Penal o en las leyes especiales— prevé la actuación de la Fiscalía con el ejercicio de la acción judicial y la actuación de la Policía en las investigaciones<sup>2398</sup>, en un caso de competencia federal, la actuación de la Fiscalía y de la Policía Federal. La Ley de *Improbidad* Administrativa prevé una investigación administrativa por parte de la autoridad administrativa responsable<sup>2399</sup>. La misma Ley prevé que, en caso de que existan pruebas de improbidad, deberá la Fiscalía o el propio órgano de la Administración actuar con la proposición de una acción judicial<sup>2400</sup>. Considerando que los órganos y departamentos de la Administración Pública brasileña son representados por sus abogados, la Ley de *Improbidad* prevé una investigación por parte de la autoridad administrativa y la propuesta de una acción judicial por la Fiscalía o por el abogado de la Administración, en conjunto o separadamente.

Otra Ley relevante para el combate a la corrupción, conforme se ha mencionado, es la Ley 8.666/1993, que trata sobre el régimen general de contratación pública en Brasil<sup>2401</sup>. La referida ley prevé la actuación de la Fiscalía en los casos de sus delitos, asimismo prevé la aplicación de sanciones por parte de la autoridad administrativa<sup>2402</sup>. La Ley de la Empresa Limpia, a su vez, prevé la actuación de la autoridad administrativa en la sanción de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción<sup>2403</sup>. Además, la referida ley prevé también la actuación de la Fiscalía y del abogado de la Administración para la proposición de acción judicial específica (de naturaleza civil) para imposición de determinadas sanciones a las personas jurídicas responsables<sup>2404</sup>.

De esta manera, apenas con relación a la ley penal, a la Ley de *Improbidad* Administrativa, la Ley de Contratación Pública y la Ley de la Empresa Limpia, existe la previsión de actuación de la Fiscalía, del abogado de la Administración y de la autoridad administrativa. Además, conforme el caso, podrá haber más de una autoridad administrativa competente, como

---

<sup>2398</sup> Considerándose los delitos relacionados a corrupción. El sistema de Brasil prevé el ejercicio de acción penal privada, pero para casos de delitos que afectan a intereses privados, como a la honra y a la imagen. Para los demás delitos, la Constitución de Brasil y la ley penal prevé la acción penal pública.

<sup>2399</sup> Ley 8.429/1992, art. 14. Como regla general, la autoridad responsable será la autoridad jerárquica superior con competencia para investigación de irregularidades disciplinarias o administrativas. También hay competencias de autoridades especiales, como por ejemplo de la *Controladoria-Geral da União* (CGU).

<sup>2400</sup> Arts. 16 y 17 de la Ley N.º 8.429/1992.

<sup>2401</sup> Otras leyes relacionadas a la contratación pública en Brasil también prevén responsabilidad por irregularidades y delitos, además de procesos de responsabilidad. Como ejemplo, se puede mencionar la Ley 10.520/2002, que trata sobre la contratación en la modalidad de *pregão* y la Ley 12.462/2011, que trata sobre contratación para situaciones específicas relacionadas a seguridad pública, al desarrollo de tecnología, entre otros.

<sup>2402</sup> Arts. 87 y 100 de la Ley 8.666/1993.

<sup>2403</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2404</sup> Art. 19 de la Ley 12.846/2013.

por ejemplo en los casos del Poder Ejecutivo federal en el cual hay competencia para investigación y sanción por parte de la autoridad máxima del órgano y de la CGU<sup>2405</sup>. Así, mismo desconsiderando las demás leyes relevantes para la lucha contra la corrupción, como las leyes de blanqueo de capitales, del antitrust y de los tribunales de cuentas; habrá una multiplicidad de instituciones con competencia para investigar, conducir procesos administrativos y para proponer acciones judiciales civiles y penales. La siguiente ilustración ejemplifica la competencia de las instituciones para las leyes mencionadas, considerando los hechos de soborno y corrupción de competencia federal.

*Ilustración 5 – Autoridades competentes*



*Fuente: elaboración propia.*

La concurrencia de competencia entre las instituciones brasileñas también puede ser observada desde la existencia de múltiples procedimientos y procesos previstos en las mencionadas leyes. Con relación a los delitos, la Ley prevé las investigaciones de la Policía y de la Fiscalía<sup>2406</sup>. Además, conforme se ha mencionado, los casos de delitos relacionados a corrupción están sujetos a procesamiento vía acción penal. Con relación a los actos de *improbidad* administrativa, la Ley prevé la investigación administrativa y también el proceso judicial de naturaleza civil<sup>2407</sup>. Además de las investigaciones y procesos criminales relacionados a los delitos de la Ley de Contratación Pública, la referida Ley también prevé la responsabilidad administrativa aplicable a partir del proceso administrativo<sup>2408</sup>. De igual modo, la Ley de la Empresa Limpia prevé

<sup>2405</sup> Art. 8.º, §2.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2406</sup> En términos generales, la investigación policial está prevista en el Código Penal de Brasil en los artículos 4 a 23. En términos generales, la Fiscalía tiene competencia para requerir la instauración de investigación policial (art. 129, VIII de la Constitución Federal) además de la competencia para promover investigaciones diversas (arts. 7.º y 8.º de la Ley Complementar 75/1993). Para más información sobre las investigaciones penales promovidas por la Fiscalía, sus reglamentos y límites, ver FRISCHEISEN (2019: 65-72).

<sup>2407</sup> Arts. 14 y 17 de la Ley N.º 8.429/1992.

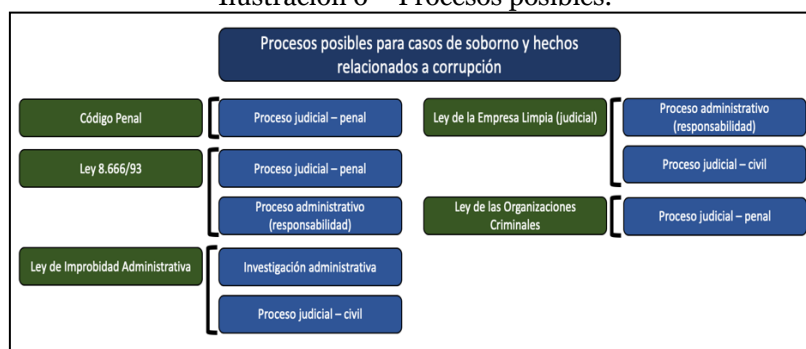
<sup>2408</sup> La responsabilidad administrativa está prevista en los arts. 86-88 de la Ley 8.666/1993. La referida ley no prevé el proceso administrativo para responsabilizar. Sin embargo, dado que la propia Constitución federal prevé la necesidad del debido proceso para limitaciones a derechos de propiedad—art. 5.º, LIV—de modo que la Ley 9.784/1999 contiene el rito del proceso



responsabilidad administrativa aplicable a partir del proceso administrativo<sup>2409</sup> y también prevé la posibilidad de aplicar sanciones más graves a través de la utilización de proceso judicial de naturaleza civil<sup>2410</sup>.

Conforme el reglamento de la Ley de la Empresa Limpia, las irregularidades previstas en las leyes de contratación pública que también sean irregularidades bajo los conceptos de la Ley de la Empresa Limpia serán investigados a través de proceso administrativo conjunto, de manera que, al menos en estos casos, habrá un proceso de responsabilidad administrativa único<sup>2411</sup>. Sin embargo, no hay otras referencias en el sistema legal sobre la investigación colectiva. De esta manera, debido a la utilización del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal para luchar contra la corrupción, conforme se ha mencionado, y considerando la responsabilidad aplicable a personas físicas y a personas jurídicas, pueden ser realizadas investigaciones civiles y criminales por la Fiscalía e investigaciones administrativas por las autoridades. Además, pueden ser utilizados procesos penales para los delitos y procesos judiciales de naturaleza civil. Por último, también pueden ser utilizados procesos administrativos sancionadores<sup>2412</sup>. La ilustración de abajo demuestra la superposición de los procedimientos mencionados para investigación e imposición de responsabilidad por los mismos hechos, considerando la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa (excluidos procesos de responsabilidad meramente civil y otras leyes que pueden ser aplicadas, mencionadas anteriormente).

Ilustración 6 – Procesos posibles.



Fuente: elaboración propia.

administrativo general que debe ser utilizado como reglamento mínimo para la imposición de las sanciones de la Ley 8.666/1993.

<sup>2409</sup> Arts. 8.º a 15 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2410</sup> Arts. 18 a 21 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2411</sup> Art. 12 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2412</sup> El término “proceso administrativo sancionador” es utilizado generalmente para indicar un proceso administrativo en el cual es posible una decisión final con aplicación de sanción, un proceso administrativo desarrollado para imposición de responsabilidad.

Un análisis de otros sistemas jurídicos también identificaría la utilización de diversas instituciones en la lucha contra determinados delitos, incluso contra la corrupción, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos y de la FCPA, la potencial participación del FBI, del DOJ y de la SEC. Sin embargo, lo que ocasionó las observaciones de los organismos internacionales en la evaluación del sistema de Brasil no fue una estrategia dirigida para utilizar diversos órganos con la finalidad de generar investigaciones más amplias y con múltiples facetas. Lo que se puede observar de las autoridades e instituciones involucradas y de los procesos e investigaciones existentes en el sistema brasileño es una superposición de competencias, que puede generar incluso una competencia entre las instituciones por protagonismo en los casos de combate a la corrupción<sup>2413</sup>. Esta distinción es muy importante, en especial en la prevención y represión de delitos complejos. La propia naturaleza de dichos delitos, al involucrar a diversas personas, incluso personas jurídicas, a través de operaciones desarrolladas en el tiempo<sup>2414</sup>, requiere investigaciones amplias y complejas. De hecho, la utilización de diversas instituciones en las investigaciones tiene la ventaja de añadir diversas ramas de conocimiento y múltiples expertos en la lucha contra la criminalidad. Así, el uso de órganos de control y auditoría, así como la participación de agencias de información y de lucha contra el lavado de activos pueden ser esenciales en las investigaciones de la Policía y de la Fiscalía en la lucha contra la corrupción.

No obstante, la crítica que se hace al sistema de Brasil es que las leyes fueron desarrolladas con superposición. Así, las leyes consideran las mismas conductas como delitos e irregularidades administrativas, y distribuyen competencia para investigar y sancionar a diversos órganos<sup>2415</sup>. Por ello, y conforme se ha explicado en los informes del MESISIC y del Grupo de Trabajo de la OCDE, Brasil tiene que implementar un sistema de colaboración entre las instituciones que permita la mejora de la obtención de pruebas y la actuación conjunta de la Administración Pública, para maximizar la lucha contra los hechos lesivos. Si este planteamiento —o a lo mejor, esa falta de planteamiento— del sistema brasileño tiene la desventaja de generar dicha superposición y concurrencia institucional, por otro lado, genera una oportunidad para que las diversas instituciones realicen investigaciones conjuntas, lo que podría ampliar la prevención y represión de la corrupción.

---

<sup>2413</sup> Para más sobre la concurrencia en el sistema brasileño y la adopción de un sistema con múltiples instituciones, ver TOJAL & TAMASAUSKAS (2018: 86%). Ver también Matheus Teixeira, *Falta de entendimento entre as instituições gera insegurança quanto à leniência*, JOTA (28 de noviembre de 2018), <https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2414</sup> ORSI (2017: 399).

<sup>2415</sup> TOJAL & TAMASAUSKAS (2018: 86%).

Tal vez con fundamento en estas cuestiones, la CGU, la AGU, el *Tribunal de Contas da União* y el Ministerio Fiscal federal, bajo la coordinación del *Supremo Tribunal Federal*, negociaran un acuerdo de colaboración técnica en mediados de 2020 para definir límites de utilización de los acuerdos de lenidad y de las informaciones a través de ellos obtenidas en los procesos administrativos y judiciales<sup>2416</sup>. No obstante, la principal finalidad del instrumento es prever mecanismos de cooperación interinstitucional, flujos de trabajo y el respecto a principios jurídicos para los casos en los cuales haya la negociación y la firma de acuerdos de lenidad —como el de *non bis in idem* y el de legalidad— lo que debería ser respetado desde siempre, incluso sin el referido acuerdo de cooperación técnica. En este sentido, el documento no presenta respuesta definitiva a los problemas de concurrencia institucional ni de superposición de responsabilidad y de procesos posibles, mas sí indica un *norte* para que las instituciones actúen siempre de manera conjunta en la búsqueda de un resultado uniforme, lo que ya sería, desde el inicio, rol de la Administración.

### **2.2.2. En el ámbito de la Ley de la Empresa Limpia**

Además de la concurrencia institucional generada por las diversas leyes en el sistema brasileño, otra cuestión relevante es que la propia Ley de la Empresa Limpia permite una cierta concurrencia entre instituciones, porque la Ley prevé la imposición de responsabilidad administrativa a partir de dos vías. La primera, la Ley prevé la posibilidad de imponer sanciones de multa y de publicación de la decisión de condena a través de un proceso administrativo de responsabilidad<sup>2417</sup>. En este caso, para la responsabilidad, la máxima autoridad administrativa de los órganos y entidades de la Administración Pública deberán instaurar y juzgar el proceso administrativo en el caso de irregularidades contra la Administración Pública nacional<sup>2418</sup>.

En el ámbito federal, la CGU tiene competencia compartida con la máxima autoridad administrativa mencionada para investigar e imponer sanción, así como tiene competencia para llamar para sí los procesos instaurados<sup>2419</sup>. Dicha competencia tiene fundamento en la situación institucional de la CGU, como órgano de control y de combate a la corrupción en el ámbito del Poder Ejecutivo federal. En estos términos, la

---

<sup>2416</sup> Ver *Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção*, Supremo Tribunal Federal, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073&ori=1>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). A excepción del Ministerio Fiscal, las demás instituciones firmaran el acuerdo en agosto de 2020, O Antagonista, <https://www.oantagonista.com/brasil/orgao-tecnico-do-mpf-defende-que-aras-nao-assine-novas-regras-de-leniencia/>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2417</sup> Arts. 6.º y 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2418</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2419</sup> Art. 8.º, §2.º de la Ley 12.846/2013.

propia ley conceptúa la posibilidad de que la CGU llame para sí y conduzca los procesos para evaluar su regularidad y también para regularizar sus trámites<sup>2420</sup>. La CGU también tiene competencia exclusiva en los casos de irregularidades de la Ley en contra de la Administración extranjera<sup>2421</sup>. De esta manera, habrá competencia compartida entre la autoridad administrativa y la CGU para determinados casos de irregularidades —irregularidades contra el Poder Ejecutivo nacional federal—. Sin embargo, en tales casos, debido a la competencia para llamar para sí los procesos, de la CGU y su condición de órgano de control, la concurrencia en (términos técnicos) será resuelta en favor de la decisión de la CGU, incluso para los casos de instauración de proceso. En este aspecto, aunque la Ley de la Empresa Limpia no lo mencione expresamente en el caso de instauración y juzgamiento, con la finalidad de evitar el doble trabajo de la Administración y el riesgo del *bis in idem*, el proceso que debe prevalecer es el instaurado por la CGU<sup>2422</sup>.

La segunda vía de responsabilidad prevista en la Ley de la Empresa Limpia es a través de la utilización de una acción judicial de rito civil, que puede ser propuesta por la propia Administración a través de sus abogados o por la Fiscalía<sup>2423</sup>. Es interesante observar que, en estos casos, la imposición de sanción a través del proceso administrativo de responsabilidad no impide la imposición de sanción por medio de la vía judicial<sup>2424</sup>. En realidad, una evaluación de las sanciones posibles de imposición a través del proceso judicial genera inferencia de que este debe ser una consecuencia del proceso administrativo de responsabilidad. En primer lugar, la propia ley prevé que la responsabilidad, vía proceso administrativo, no impide la responsabilidad vía proceso judicial. En segundo lugar, las sanciones aplicables son diversas, en el proceso administrativo se puede aplicar multa y publicación de la decisión de condena<sup>2425</sup>. En el proceso judicial se puede aplicar las sanciones de (i) pérdida de los bienes, ventajas o productos de las irregularidades; (ii) suspensión o interdicción de actividades de la persona jurídica; (iii) disolución de la persona jurídica y (iv) prohibición para recibir incentivos, subvenciones y otros fondos públicos<sup>2426</sup>.

En este sentido, las sanciones aplicables por vía judicial pueden ser consideradas sanciones agravadas conforme a las circunstancias del caso,

---

<sup>2420</sup> *Id.* en la segunda parte del párrafo.

<sup>2421</sup> Art. 9.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2422</sup> De hecho, la CGU tiene competencia para hacer suyos los procesos, instaurarlos y tornarlos nulificados, conforme el art. 51 de la Ley 13.844/2019. A partir de estos preceptos, la competencia de la CGU, como regla general, tendrá primacía sobre la competencia de investigación e imposición de sanción de las otras autoridades.

<sup>2423</sup> Art. 21 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2424</sup> Art. 18 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2425</sup> Art. 6.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2426</sup> Art. 19, I-IV de la Ley 12.846/2013.

de manera que se puede considerar que la decisión de exigir un proceso judicial para aplicar esas sanciones —y no permitir su aplicación a través del proceso administrativo sancionador— está relacionada con la mayor gravedad de dichas sanciones (porque tendrían mayor impacto en derechos fundamentales). De hecho, la propia ley restringe la aplicación de la disolución de la persona jurídica a los casos en los que quede comprobado que la persona jurídica (i) haya sido empleada de manera habitual para auxiliar o promover la práctica de irregularidades o que (ii) haya sido registrada para ocultar o disimular intereses ilícitos o la identidad de los beneficiarios de los actos irregulares<sup>2427</sup>. Otro precepto de la Ley que indica la subsidiariedad del proceso judicial al proceso administrativo de responsabilidad es el que posibilita que la Fiscalía, en los casos de omisión de la autoridad responsable por el proceso administrativo, solicite también al juzgado competente la aplicación de las sanciones aplicables vía proceso administrativo de responsabilidad<sup>2428</sup>.

Así, el proceso judicial previsto en la Ley de la Empresa Limpia tendrá sanciones diversas del proceso administrativo sancionador y, solamente en los casos que haya sido comprobada omisión de la Administración Pública, la Fiscalía podrá solicitar la aplicación de las sanciones previstas para el proceso administrativo de responsabilidad. Los abogados de la Administración, de manera distinta, no pueden solicitar la aplicación de las sanciones del proceso administrativo. Tal distinción está de conformidad con la estructura de la Administración Pública de Brasil, en la cual la Fiscalía tiene competencias para actuar en procesos penales y civiles y no está vinculada *jerárquicamente* ni al Poder Judicial ni al Poder Ejecutivo<sup>2429</sup>. Los abogados de la Administración, de manera distinta y como regla general, son funcionarios del Poder Ejecutivo y representan a la Administración Pública judicialmente. Con ello y de manera simplificada e hipotética, una divergencia entre la Fiscalía y la autoridad administrativa no puede ser resuelta a través del poder jerárquico, mientras la divergencia entre abogados de la Administración y la autoridad —como regla general— lo puede<sup>2430</sup>.

---

<sup>2427</sup> Art. 19, §1.º, I-II de la Ley 12.846/2013.

<sup>2428</sup> Art. 20 de la Ley 12.846/2013. En esta situación serían aplicables las sanciones previstas para la vía administrativa y para la vía judicial por el juzgado competente.

<sup>2429</sup> Conforme a la Constitución de Brasil, el Ministerio Fiscal es institución permanente y esencial a la función jurisdiccional del Estado, con competencia para defender el orden jurídico, el régimen democrático, los intereses sociales y los intereses individuales indisponibles. Además, el Ministerio Fiscal es indivisible y tiene independencia funcional. Art. 127 de la Constitución Federal.

<sup>2430</sup> Esa conclusión puede ser considerada como regla general con excepciones. Como excepción, por ejemplo, la *Advocacia-Geral da União* también representa el Tribunal de Cuentas de la Unión judicialmente. Sin embargo, dicho tribunal no es parte del poder ejecutivo, y si del Poder Legislativo federal, de manera que las divergencias entre dichos órganos no pueden ser resueltas a través del poder jerárquico.

Aunque la subsidiariedad de los procesos administrativos y judicial previstos en la Ley pueda ser inferida a partir de los argumentos mencionados, otros argumentos permiten la interpretación de la independencia de dichos procesos, para generar una verdadera concurrencia institucional. En primer lugar, es importante que se observe que no hay en la Ley previsión expresa de subsidiariedad o de dependencia de los procesos administrativo y judicial. El hecho de que el propio texto legal permite a la Fiscalía solicitar en el proceso judicial la aplicación de las penas posibles de imposición por la vía del proceso administrativo solamente en los casos de omisión permite la interpretación de que en los demás casos —en los que no hubo omisión— la Fiscalía y los abogados de la Administración pueden solicitar todas las otras penas, aunque no hubiera aplicación de las sanciones en el proceso administrativo (debido a la absolución, por ejemplo).

Debido a la complejidad de la cuestión se añade la ausencia de elementos para definir la omisión de la autoridad administrativa. Concluir que la omisión solamente ocurre delante de la ausencia total de instauración del proceso administrativo que genera diversos problemas, por ejemplo, la decisión de no instaurar puede ser adecuada debido a la conclusión de una investigación previa que demuestre la “inocencia” de la persona jurídica. Dicha interpretación permitiría, por otro lado, que una autoridad administrativa involucrada en los hechos indebidos instaure un proceso sancionador simplemente para concluir por la no aplicación de sanción, para alejar su omisión y la posibilidad de otros procesos consecuentes. Para evitar este tipo de situación, se puede plantear que la omisión de la autoridad responsable por el proceso administrativo sancionador sea evaluada de manera material, y no meramente formal. La decisión (i) de no de instaurar el proceso administrativo y (ii) las conclusiones del proceso instaurado, que concluye por la no aplicación de sanción deben ser adecuadas a las supuestas irregularidades y a las pruebas e información obtenidas en los ámbitos de los procedimientos y procesos administrativos.

Dicha evaluación material de la omisión de la autoridad puede ser agrupada en tres situaciones. En primer lugar, las situaciones en las cuales no se instauró el proceso administrativo de responsabilidad. En estos casos, sería necesario una evaluación de que hubo medidas para llevar a cabo investigaciones iniciales y que existe la decisión no instaurar basada en pruebas e información adecuadamente producidas. Es decir, la no instauración puede ser una decisión adecuada o bien puede ser la expresión máxima de la omisión de la autoridad responsable. En segundo lugar, las situaciones en las cuales hay proceso administrativo sancionador en el cual se concluya por la inocencia de la persona jurídica o por la aplicación de sanciones reducidas. Conforme se ha mencionado, en un caso concreto, la autoridad involucrada o con intereses en los hechos ilícitos puede promover una marcha procesal meramente formal, sin la adecuada profundización en

las irregularidades, que pueda resultar en una no aplicación de sanción dada la no comprobación de los hechos. En estos casos, para que se evalúe la omisión, hace falta un análisis del proceso administrativo: su adecuación en lo que se refiere a las pruebas y a los trámites necesarios que conlleven a una decisión basada en un estándar de verdad procesal.

En las dos situaciones, dicha evaluación de omisión parece compleja, en especial porque ocurrirá a partir de una visión del proceso o de la decisión administrativa concluida, es decir, a partir de la observación de ritos, pruebas y documentos ya producidos. Además, sería adecuado indagar quien es la autoridad competente para hacer dichas evaluaciones. Con relación a la adecuación de ritos, pruebas e información, una respuesta sencilla sería partir del principio de legalidad aplicable al Derecho Administrativo sancionador —con bajo o ningún contenido de discrecionalidad, dado la naturaleza de la rama del Derecho Administrativo— y evaluar los elementos previstos en la ley<sup>2431</sup>. Es decir, si el comando del Derecho sancionador estuviera bien planteado en la ley, habrá una adecuada descripción del tipo administrativo —o de la irregularidad— y de la consecuencia jurídica<sup>2432</sup>, lo que significa que no deberá haber discrecionalidad en la aplicación de la ley. De esta manera, en las dos situaciones mencionadas —de la no instauración de proceso administrativo de responsabilidad o de la conclusión sin la sanción o con una sanción no adecuada a la gravedad del caso— haría falta evaluar los presupuestos de la ley y la adecuación de la conclusión.

No obstante, esta evaluación de adecuación a los dictámenes de la ley no es tan simple en todos los casos. En primer lugar, una evaluación de la adecuación de la conclusión implicará en una evaluación de los hechos comprobados en el proceso —o en la investigación que antecede al proceso administrativo—. En este sentido, la autoridad que hace la revisión en búsqueda de una eventual omisión, muchas veces, deberá evaluar la calidad de la información colectada y del soporte material de dicha información, es decir, las pruebas obtenidas en el ámbito procesal<sup>2433</sup>.

Apenas por mencionar un ejemplo simple, la autoridad responsable por la búsqueda de la omisión puede encontrar un caso concreto en el cual hay una denuncia con identificación y firma del denunciante, con copias de documentos y contenido suficientes para demostrar sobrepago y supuesto pago de soborno. Si, con base en dicha información, no se produjo investigación previa para identificar los estándares mínimos de veracidad,

---

<sup>2431</sup> Sobre el principio de legalidad en el Derecho Administrativo sancionador, ver VORONOFF (2019: 214 y ss.).

<sup>2432</sup> Sobre la discrecionalidad y el Derecho Administrativo sancionador, ver BACIGALUPO (1997: 250-253) hablando de los elementos de tipicidad administrativa y de consecuencia jurídica conforme a la provisión legal.

<sup>2433</sup> En ese sentido, también de las pruebas producidas en el ámbito de investigación pre-procesal.

podrá estar demostrada la omisión de la autoridad responsable, originalmente, para instaurar el proceso. Por otro lado, en un caso más complejo, tras un proceso administrativo de responsabilidad que resulte en desestimación del caso, para evaluar una omisión de la autoridad puede ser necesario evaluar la calidad de las pruebas obtenidas y la correlación del contenido de las pruebas con la decisión final del caso. En esta situación, por ejemplo, será necesario evaluar si hubo audiencia de testigos, si los testigos fueron las personas claves para la investigación, si los testigos no escuchados no lo fueron por algún motivo relevante, si las preguntas dirigidas a ellos fueron adecuadas, entre otros. La lista de elementos puede alargarse conforme más complejo sea el caso y más sofisticado el conjunto de pruebas procesales. No se puede olvidar que la Ley de la Empresa Limpia prevé responsabilidad administrativa para personas jurídicas involucradas en supuestos de corrupción y, en este aspecto, puede generar investigaciones de contratos públicos de gran complejidad y sofisticación — complejidad que también se trasladará a las pruebas, como pericias y otros—. De esta manera, conforme el caso, una verdadera evaluación de existencia de omisión material de la autoridad responsable por instaurar el proceso administrativo de responsabilidad e implementar la sanción, en los términos de la Ley de la Empresa Limpia, puede ser una tarea muy compleja y con muchos matices.

Otra cuestión es definir la autoridad competente para identificar la omisión material. En términos de estructura administrativa, los órganos jerárquicos y los órganos de control pueden —conforme sus competencias— realizar dichas funciones. La propia Ley de la Empresa Limpia, por ejemplo, prevé la competencia de la CGU para instaurar y llamar para sí los procesos administrativos de responsabilidad en el ámbito federal<sup>2434</sup>. En este aspecto y dadas las competencias institucionales de la CGU, conforme se ha mencionado, la autoridad administrativa es fácilmente identificable. Sin embargo, la Ley de la Empresa Limpia prevé que la Fiscalía —en casos de omisión— solicite en el ámbito del proceso judicial la aplicación de las sanciones originalmente aplicables en el ámbito del proceso administrativo de responsabilidad<sup>2435</sup>. En los casos de omisión total, conforme se ha mencionado, no parece haber mucha complejidad que la propia Fiscalía informe, en su solicitud al juzgado, porque queda evidente la omisión de la autoridad administrativa. Sin embargo, no está claro en la Ley cómo lo hará en los casos de mayor complejidad. En realidad, no está claro en la Ley si es posible que la Fiscalía inicie el proceso de responsabilidad en los casos de omisión parcial o de aparente no omisión por parte de la autoridad.

El problema parece más importante si se considera que los casos relevantes serán aquellos en los cuales podrá haber cooptación de la clase

---

<sup>2434</sup> Art. 8.º, §2.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2435</sup> Art. 20 de la Ley 12.846/2013.



política y de las instituciones, además de complejidad de contratos y de la organización responsable por los pagos de soborno. Es decir, los casos más graves serán probablemente los casos en los cuales habrá diversos factores para incrementar el riesgo de omisión de las autoridades responsables. La respuesta para estos casos —repítase— no parece sencilla. Si la omisión verificable es la formal, la delincuencia organizada —incluidos en ellas eventualmente autoridades y políticos— podrán empezar el proceso o procedimiento de la Ley para concluir por la insuficiencia de pruebas, como un simulacro. Si es verificable una omisión material, la Fiscalía podría solicitar ayuda a la autoridad de control para poner de manifiesto la omisión o argumentarla en el ámbito del proceso judicial de la Ley de la Empresa Limpia. En el primer caso, la Fiscalía estaría dependiendo de la autoridad de control, lo que le quitaría alguna autonomía. En el segundo caso —apenas cómo una crítica simple— se generaría un proceso judicial con contenido complejo, en el cual existe un Estado-Fiscalía que acusa de omisión a un Estado-autoridad e imputa a una persona jurídica una irregularidad material<sup>2436</sup>.

### **2.2.3. En el ámbito del acuerdo de lenidad**

La tercera situación de concurrencia de instituciones prevista dado la existencia de las dos vías de responsabilidad en la Ley de la Empresa Limpia ocurrirá en los casos de negociación o firma de acuerdo de lenidad. La competencia para aceptar propuesta de negociación de acuerdo de lenidad y de firmarlo es de la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad<sup>2437</sup>. En el caso del Poder Ejecutivo federal, la competencia exclusiva es de la CGU, competencia también extensiva a los casos de soborno transnacional<sup>2438</sup>. Con arreglo al proceso judicial de responsabilidad previsto en la Ley, la competencia para ejercer la acción es de la Fiscalía o del órgano o entidad a través de sus abogados<sup>2439</sup>. Con relación a ello, no hay en la Ley ninguna limitación al ejercicio del proceso judicial en los casos de acuerdo de lenidad. No hay regla que informe que, utilizada la herramienta de justicia negociada, no se deberá empezar el proceso judicial.

---

<sup>2436</sup> Porque, en este caso, la tarea del Fiscal sería alegar que la autoridad fue omisa y hacer prueba de ello, como requisito para solicitar la imposición de la responsabilidad de la persona jurídica. El reconocimiento judicial de la omisión de la autoridad podría generar perjuicios a la autoridad (como persona) y a la ejecución de la política pública relacionada, de manera que se imagina que habría necesidad de habilitar a la defensa de la Administración con la finalidad de comprobar la ausencia de omisión.

<sup>2437</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2438</sup> Art. 16, §10 de la Ley 12.846/2013. En este caso, se puede observar que la competencia para promover el proceso administrativo de responsabilidad es concurrente, conforme se ha mencionado en el apartado anterior. Sin embargo, la competencia para el acuerdo de lenidad es exclusiva de la CGU, siendo vedada dicha competencia a la autoridad máxima del órgano o entidad del poder ejecutivo federal.

<sup>2439</sup> Art. 19 de la Ley 12.846/2013.

Con relación al tema, es importante que se observe que el proceso judicial puede ser iniciado por la Administración a través de su representante judicial —abogados de la Administración— o por la Fiscalía. En el caso de la propia Administración, debido a la estructura de las competencias de la Ley, sería incompatible que la misma Administración que negocia el acuerdo de lenidad, firmado este, ejerciera su potestad de empezar el proceso judicial. En este aspecto, aunque no existiera limitación expresa en la Ley, hacerlo de manera distinta sería permitir que la Administración actuara con mala fe, en lo que no parece haber problema con relación a la concurrencia institucional. De todos modos, aunque la Administración empezara el proceso judicial —en un caso de verdadera *doble personalidad* de la Administración—, la parte afectada podría hacer uso de remedios procesales para demostrar que el caso está resuelto a través de la utilización del consenso en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Además, con relación al Poder Ejecutivo federal, dado la competencia de la CGU y la reglamentación de participación de la AGU en los acuerdos de lenidad<sup>2440</sup> —los abogados de la Administración— parece improbable que dicha situación ocurra.

Con relación a la competencia de la Fiscalía, la situación no parece tan simple. Si existe cooperación entre la autoridad y la Fiscalía en el caso, en la negociación del acuerdo de lenidad para la adecuada obtención de la información necesaria para la persecución —penal, administrativa y civil— de los demás involucrados, no habrá mayores problemas. Sin embargo, en los casos en los cuales la autoridad responsable por el acuerdo y la Fiscalía no estuvieren de acuerdo, no hay previsión legal sobre cómo resolver el caso. Por un lado, si se considera que el proceso judicial previsto en la Ley de la Empresa Limpia es una consecuencia del proceso administrativo sancionador, el acuerdo de lenidad solucionaría el problema. En otras palabras, si la condena en un proceso administrativo de responsabilidad es fundamento necesario para el proceso judicial previsto en la Ley, la conclusión de acuerdo de lenidad impedirá que se empiece el proceso judicial. Sin embargo, permanecería la cuestión de si dicha interpretación no sería una intromisión en las competencias institucionales de la Fiscalía —en el caso de Brasil, detentora de independencia funcional y autonomía—.

La otra interpretación posible —de que el proceso judicial no depende de la condena en el proceso administrativo de responsabilidad, o a lo mejor no depende de proceso administrativo previo— genera una variedad de situaciones relacionadas con los tramites de acuerdos de lenidad.

---

<sup>2440</sup> La AGU y la CGU aprobaron ordenanza ministerial conjunta para reglamentar la negociación de acuerdo de lenidad de los dos órganos, alcanzando sus competencias institucionales previstas en la Ley 12.846/2013 y en la Ley 8.429/1992, Ley de la Empresa Limpia y Ley de Improbidad. Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

Considerando que el acuerdo de lenidad<sup>2441</sup> es una resolución consensuada de un caso concreto a partir de una actividad de negociar, hasta la conclusión del acuerdo final habrá un trámite para proponer el acuerdo y fases de negociación y elaboración de condiciones y cláusulas<sup>2442</sup>. En primer lugar, las situaciones que pueden ocurrir estarán relacionadas con la fase que se puede denominar negociación del acuerdo de lenidad<sup>2443</sup>. La Ley no prevé la imposibilidad de que la Fiscalía, por ejemplo, empiece la acción judicial de responsabilidad una vez iniciada la negociación del acuerdo con la autoridad administrativa. Además, en los casos de omisión, la Fiscalía podrá solicitar a la autoridad judicial la aplicación de las sanciones previstas en la vía del proceso administrativo de responsabilidad.

En este aspecto, como no hay definición de lo que sería esta omisión, diversas cuestiones restan sin respuesta, por ejemplo, si el transcurso de un largo plazo de negociación sin la efectiva conclusión con acuerdo de lenidad es suficiente para justificar la actuación de la Fiscalía en la búsqueda de la responsabilidad por la vía del proceso judicial. La respuesta, una vez más, no parece simple, porque la competencia para negociar el acuerdo es de la autoridad —que es independiente de la Fiscalía—, de modo que la autoridad administrativa sería la responsable de evaluar si el alargamiento de los tramites de negociación es razonable y adecuado al caso concreto o no. No obstante, la ausencia total de control podría generar, una vez más, en los casos más graves de corrupción —en los cuales el riesgo de cooptación de las instituciones es mayor— un expediente de negociación meramente formal, con la finalidad de evitar la responsabilidad. Una alternativa que evitaría la incertidumbre —¿y la esquizofrenia en la actuación del Estado?<sup>2444</sup>— sería exigir de la Fiscalía que buscara la responsabilidad de la autoridad omisa. Es decir, que buscara la responsabilidad —incluso penal— de la autoridad que no adoptó las medidas necesarias o utilizó la ley para desviarse del propósito.

En un segundo lugar, la concurrencia institucional también puede ocurrir en los casos en los cuales, tras una extensa negociación del acuerdo de lenidad, la autoridad decide no firmar el acuerdo ni instaurar proceso

---

<sup>2441</sup> Las situaciones de no instauración de proceso y de proceso sin condena son objeto del apartado anterior.

<sup>2442</sup> El art. 16 de la Ley 12.846/2013 menciona diversos requisitos y condiciones a los acuerdos. El Decreto 8.420/2015 también menciona elementos, requisitos, cláusulas y condiciones, conforme se evaluado en los apartados que siguen.

<sup>2443</sup> El art. 31 del Decreto 8.420/2015 menciona que la persona jurídica con interés en firmar acuerdo de lenidad deberá presentar propuesta en ese sentido. A partir de dicha propuesta, se desarrollan otras fases relacionadas a la negociación.

<sup>2444</sup> Es importante que se observe que la actuación de la Fiscalía contra los actos y procesos administrativos es plenamente justificable y adecuada. En especial cuando dichos actos y procesos violan la ley, las competencias administrativas y el interés público. En ese sentido, nunca es demasiado recordar que la Fiscalía de Brasil tiene la competencia de luchar por los bienes públicos y los intereses sociales e individuales indisponibles (art. 127 de la Constitución Federal).

administrativo de responsabilidad. Para estos casos, dos hipótesis generarán los mayores retos: la primera, cuando la decisión de no firmar el acuerdo estuviera relacionada con la conclusión de que los presupuestos fácticos no se relacionan con los tipos administrativos previstos en la Ley 12.846/2013. En esta situación, no deberá tener lugar el acuerdo ni deberá ocurrir un proceso administrativo de responsabilidad<sup>2445</sup>. La segunda, cuando la decisión de no firmar el acuerdo esté relacionada con el incumplimiento de los requisitos o con la imposibilidad de consenso en las condiciones del acuerdo en sí, asociada a la decisión de no instaurar proceso administrativo de responsabilidad dado que no hay información mínima sobre los presupuestos fácticos fuera de las negociaciones del acuerdo<sup>2446</sup>.

En la primera hipótesis, el ejercicio de la acción judicial por parte de la Fiscalía contraría la decisión administrativa de que el hecho no es irregular en los términos de la Ley de la Empresa Limpia. En la segunda hipótesis, aunque la Fiscalía pueda tener la información mínima —como justa causa— para ejercer la acción judicial, permanecerá la duda sobre la existencia de omisión —¿sería involuntaria? — de la autoridad en la instauración del proceso administrativo de responsabilidad. Además, permanecerá también la duda de si la Fiscalía, a partir del conocimiento de que la autoridad no tenía la información necesaria para procesar administrativamente a la persona jurídica, tiene el deber de proveer la información y pruebas a su disposición a la autoridad y aguardar su actuación (para entonces, conforme ella, identificar la existencia o no de omisión).

Por último, la concurrencia institucional también podrá ocurrir en los casos en los cuales la autoridad decida firmar el acuerdo con la persona jurídica y garantizarle las ventajas por la colaboración previstas en la Ley de la Empresa Limpia. Conforme se ha mencionado, tampoco para dichos casos existe prohibición expresa de que la Fiscalía ejerza la acción de responsabilidad contra la persona jurídica colaboradora. Una salida simple sería decidir que, firmado el acuerdo, se establecería la imposibilidad de actuación de la Fiscalía. Sin embargo, tal interpretación parece encontrar

---

<sup>2445</sup> Como ejemplo hipotético se puede mencionar el caso en el cual la persona jurídica presenta a la Administración en el ámbito de la negociación de acuerdo de lenidad la detección por su órgano de cumplimiento corporativo acerca de la contratación de autoridad como consultora en proyecto a ser desarrollado por la persona jurídica, sin que dicho proyecto tenga relación con el interés público, con contratación pública o que dependa de dinero o presupuesto público. La contratación puede significar conflicto de interés e incumplimiento de normas disciplinarias por parte de la autoridad. Sin embargo, no estará en las hipótesis de irregularidades previstas en la Ley de la Empresa Limpia.

<sup>2446</sup> Como ejemplo hipotético, una empresa puede descubrir un pago de soborno y realizar la adecuada investigación interna y decidir por el auto-reporte a la Administración, sin que la Administración tenga ninguna información sobre el caso, sobre el pago o sobre cualquier contraprestación realizada por el funcionario que recibió el soborno.<sup>9</sup> En dichas situaciones, si no existe consenso sobre las condiciones del acuerdo, la Administración tiene el deber de devolver la documentación a la persona jurídica, conforme el art. 35 del Decreto 8.420/2015. Ver también ATHAYDE (2019: 310-313).

límites en la autonomía e independencia de la propia Fiscalía de Brasil. No obstante, habilitar a la Fiscalía para ejercer la acción de la propia Ley de la Empresa Limpia —aunque exista acuerdo de lenidad— genera incertidumbre: las empresas tendrán dificultad de identificar si su colaboración con las investigaciones y con el resarcimiento de los daños reducirán los impactos de su responsabilidad.

Diversos problemas emergen de dichas situaciones de concurrencia institucional. Un ejemplo sería la indagación de si la Fiscalía —o la propia Administración— puede utilizar la información obtenida en el ámbito del acuerdo contra la propia persona jurídica colaboradora —más allá de los casos de incumplimiento del acuerdo—. Otra cuestión es que, como la colaboración debe generar información y pruebas de los hechos indebidos y de las personas involucradas en los hechos, que permita imponer responsabilidad de dichas personas, en principio la persona jurídica también deberá colaborar en procesos de competencia de la Fiscalía —como procesos penales—. Sin embargo, la Ley no prevé expresamente que el acuerdo sea firmado en el interés de la persecución penal.

Por último —y sin el interés de enumerar exhaustivamente los retos de dicha concurrencia institucional— resta la duda de quien es la autoridad competente de evaluar el cumplimiento de la legalidad en el acuerdo de lenidad. El acuerdo de lenidad está fundamentado en el principio de discrecionalidad regulada, en el cual existen requisitos, elementos y condiciones previstos en la Ley y en el reglamento<sup>2447</sup>. De esta manera, existe la posibilidad de controlar la legalidad de los acuerdos. Sin embargo, dichos elementos están textualmente relacionados a la colaboración con la Administración, al pago de multas y resarcimiento de daños y a programas de cumplimiento. Así, dichos elementos están planteados para la evaluación por la propia Administración. Como consecuencia, no está claro si otra autoridad, además de la administrativa, sería competente para actuar en este control de la legalidad, incluso si la Fiscalía podría hacerlo. Además, conforme se ha mencionado anteriormente, tampoco es claro si lo podrá hacer por la vía del proceso judicial de la Ley de la Empresa Limpia alegando la omisión de la autoridad (por inobservancia de las condiciones legales). Una alternativa posible sería ejercer el control de la propia actuación de la autoridad, a través del uso de la Ley de *Improbidad* Administrativa o del Derecho Administrativo disciplinario —esto último nunca a cargo de la Fiscalía<sup>2448</sup>—.

---

<sup>2447</sup> Dichos elementos son abordados en los apartados que siguen.

<sup>2448</sup> Como regla general, la Fiscalía no tiene competencia para imponer responsabilidad de naturaleza disciplinaria a las demás autoridades.

### 2.3. La Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad Administrativa*: concurrencias y posibles incompatibilidades

La Ley de *Improbidad Administrativa* —Ley 8.429/1992— prevé la responsabilidad de funcionarios y de las personas físicas (y jurídicas) involucradas en hechos relacionados al enriquecimiento ilícito, a los perjuicios causados al patrimonio público y a la violación de los principios administrativos<sup>2449</sup>. En este aspecto, conforme se ha mencionado, antes de la Ley 12.846/2013, existía la posibilidad de imponer responsabilidad a las personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción. Sin embargo, dicha responsabilidad es dependiente de la responsabilidad de funcionarios<sup>2450</sup>. De esta manera, la Ley de la Empresa Limpia amplió la posibilidad de responsabilidad de las personas jurídicas al prever conductas aplicables también a hechos cometidos por ellas en el exterior y por prever conductas que generan responsabilidad objetiva incluso en los casos en los que no haya resultado específico de daño o perjuicio o al no haber la participación de funcionarios<sup>2451</sup>. La interpretación de las dos leyes —conjuntamente con otras normas del sistema brasileño— resultó en la concepción de un acuerdo de lenidad no previsto expresamente en la ley y que permite a la Fiscalía —y a los Abogados de la Administración— utilizar dicha herramienta de justicia negociada en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica por *improbidad* administrativa<sup>2452</sup>.

No obstante, lo anterior las dos leyes tienen un espacio de superposición. En primer lugar, las dos leyes prevén responsabilidad administrativa aplicable a personas jurídicas. En segundo lugar, las descripciones de las leyes no son exactamente idénticas, pero muchas veces abarcan las mismas conductas, en verdadera superposición<sup>2453</sup>. Por último, las dos leyes se originan a partir de una estrategia legislativa que utiliza el Derecho Administrativo sancionador para desestimular la práctica de conductas descritas tradicionalmente como delitos, a través del uso de sanciones, en el caso de las personas jurídicas, de naturaleza similar —de multa, entre otras sanciones—.

Este espacio de superposición —en el caso de las personas jurídicas— requeriría una solución en la aplicación de las leyes, a fin de que se evitara

---

<sup>2449</sup> Ley 8.429/1992, arts. 9-11. En realidad, la Ley no prevé expresamente la terminología de responsabilidad de personas jurídicas. No obstante, en su artículo 3.º, menciona que la responsabilidad será aplicable a las personas que induzcan o concurren en la práctica de los hechos, aunque no sean funcionarios. De esta manera, la interpretación es que la responsabilidad es aplicable a las personas físicas y jurídicas involucradas.

<sup>2450</sup> Ley 8.429/1992, art. 3.º.

<sup>2451</sup> Ver apartado anterior, sobre el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 12.846/2013.

<sup>2452</sup> Ver apartado específico sobre el acuerdo de lenidad del ministerio fiscal. Ver también en el Capítulo I, el acuerdo de la Fiscalía con Odebrecht.

<sup>2453</sup> Conforme se ha mencionado anteriormente, la Ley de *Improbidad Administrativa* prevé responsabilidad por pago de soborno, así como la Ley de la Empresa Limpia prevé responsabilidad por los mismos hechos.

el *bis in idem*. De hecho, las dos leyes contienen preceptos que indican la independencia de la responsabilidad que prevén con relación a otras responsabilidades. O sea, la solución adoptada por el legislador fue mantener en las leyes la independencia de imposición de las sanciones, no solamente penales y civiles, sino también administrativas. La Ley de *Improbidad* Administrativa menciona que sus sanciones serán aplicables con independencia de las demás sanciones penales, civiles y administrativas<sup>2454</sup>; la Ley de la Empresa Limpia menciona que la aplicación de las sanciones previstas no afecta los procesos de responsabilidad y la aplicación de la sanción relacionada con actos de *improbidad* administrativa en los términos de la Ley 8.429/1992 ni a las irregularidades relacionadas a una licitación y contratación con la Administración Pública<sup>2455</sup>.

La cuestión que permanece de los preceptos de la Ley es si, a pesar de la autorización legal, la imposición de la responsabilidad de las dos leyes no generaría violación a la garantía fundamental de prohibición del *bis in idem*<sup>2456</sup>. Las dos leyes prevén responsabilidad administrativa —y civil— a partir de hechos cometidos contra la Administración. Conforme se ha mencionado, las dos leyes tienen objetos semejantes, y protegen los mismos bienes jurídicos, con la observación que la protección de la Ley 12.846/2013 (en relación con las personas jurídicas) es más amplia, puesto que incluye también la protección a la Administración Pública extranjera<sup>2457</sup>. Incluso, es importante observar que la Ley 8.429/1992 no prevé expresamente la responsabilidad de persona jurídica, pero sí utiliza nomenclaturas relacionadas a personas físicas, de manera que la extensión de su responsabilidad a las personas jurídicas fue originada a partir de una interpretación de sus términos<sup>2458</sup>. Además, bajo el paradigma de la necesidad de seguridad jurídica, a las personas les debe ser dado a conocer la potencial consecuencia de la actuación contraria a la ley. Es decir, la aplicación de la ley no puede ocurrir de sorpresa el sistema jurídico debe proveer la información suficiente para dar certidumbre acerca de las conductas<sup>2459</sup>. Así, respecto a las garantías y derechos fundamentales, es necesario la identificación —y solución— de la eventual incompatibilidad de la aplicación de la responsabilidad de las dos leyes a las personas jurídicas.

Bajo el paradigma de la resolución de las antinomias en el sistema jurídico, el problema puede ser evaluado a partir de los criterios de

---

<sup>2454</sup> Ley 8.429/1992, art. 12.

<sup>2455</sup> Ley 12.846/2013, art. 30.

<sup>2456</sup> La garantía está prevista en el Pacto de San José de Costa Rica —Convención Americana de Derechos Humanos— art. 8(4), *verbis*: O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

<sup>2457</sup> TOJAL (2014).

<sup>2458</sup> TOJAL (2014).

<sup>2459</sup> TOJAL (2014). *Vid.* Capítulo V, apartado sobre el principio de legalidad.

jerarquía, especialidad y cronología<sup>2460</sup>. Las dos leyes tienen la misma jerarquía, dado que son leyes “ordinarias” federales. Sin embargo, la Ley 12.846/2013 tiene una relación especial comparada con la Ley de *Improbidad* Administrativa. De hecho, la Ley de la Empresa Limpia prevé responsabilidad de personas jurídicas por lesión a la Administración Pública —nacional y extranjera—, mientras la Ley 8.429/1992 ni siquiera prevé expresamente la responsabilidad de personas jurídicas. La Ley de la Empresa Limpia excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las personas físicas. Por último, la Ley 12.846/2013 también tiene prevalencia bajo la evaluación del criterio de cronología, dado que fue aprobada hace más de veinte años después de la aprobación de la Ley de *Improbidad* Administrativa.

Con base en estas consideraciones, a pesar de que las leyes prevén la independencia de las instancias de responsabilidad, no es posible que se considere la aplicación de responsabilidad de la misma naturaleza, a las mismas personas y por los mismos hechos debido a la garantía del *non bis in idem*<sup>2461</sup>. Además, con relación a la incompatibilidad de las leyes, considerados los criterios de especialidad —que por sí solo ya es suficiente para resolver la superposición de la responsabilidad— y el criterio de cronología, la ley que debe ser aplicada para imponer responsabilidad a personas jurídicas por conductas relacionadas a corrupción, que genere perjuicios a la Administración Pública es la Ley de la Empresa Limpia.

Con relación a esta aplicabilidad, dado el criterio de especialidad, la responsabilidad por *Improbidad* Administrativa no debe ser aplicada subsidiaria. O sea, si acaso la descripción de las conductas de la Ley de *Improbidad* fueren más amplias, en determinado caso, de lo previsto como irregularidad en la Ley de la Empresa Limpia, aun así no se podrá imponer la responsabilidad por *improbidad* a las personas jurídicas, porque, a partir de 2014 la responsabilidad de personas jurídicas para supuestos de corrupción está prevista en la Ley 12.846/2013<sup>2462</sup>, lo que no obsta aplicar la Ley de *Improbidad* a los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia<sup>2463</sup>. Es decir, sus normas de derecho material —las irregularidades y las sanciones que prevé— deben ser aplicadas a las conductas irregulares practicadas antes del 2014. Sin embargo, la forma de procesamiento que debería ser adoptada es la de la ley especial, lo que conllevaría a la imposición de responsabilidad, evitando el proceso judicial, como está previsto en la Ley 8.429/1992, mas sí a través del proceso administrativo de responsabilidad de la Ley 12.846/2013.

---

<sup>2460</sup> BOBBIO (1992: 191-196).

<sup>2461</sup> TOJAL (2014) y ZENKNER (2019: 437).

<sup>2462</sup> TOJAL (2014).

<sup>2463</sup> Conforme el art. 31 de la Ley 12.846/2013, su vigencia empieza en principios del 2014.



Por último, este mismo análisis no puede ser extendido a la responsabilidad de las personas jurídicas previstas en la Ley 8.666/1993 — la Ley de Contratación Pública—, porque las conductas previstas en sus artículos 86 y 87 están relacionadas con la existencia de contratación pública. Además, la imposición de dicha responsabilidad está relacionada con el atraso o la falla de ejecución de los objetos contratados, sin que necesariamente ocurran perjuicios al patrimonio o a los principios de la Administración<sup>2464</sup>. De esta manera, dichas irregularidades son diferentes de las previstas en la Ley de la Empresa Limpia, porque estas dispensan la necesidad de relación contractual. La finalidad de la Ley 8.666/1993 está relacionada con los contratos públicos, y sus artículos 86 y 87 protegen el adecuado desarrollo de tales contratos.

No obstante, en el caso concreto es posible que un incumplimiento contractual esté relacionado con una de las irregularidades descritas en la Ley 12.846/2013, como un pago de soborno. En estos casos, un incumplimiento contractual podrá estar relacionado con lesión a la Administración, de modo que sería posible la imposición de la responsabilidad de las dos leyes<sup>2465</sup>. La misma interpretación es extensible a las otras leyes que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas —y personas físicas— por el incumplimiento de relaciones contractuales con la Administración Pública, por ejemplo, el Régimen Diferenciado de Contrataciones Públicas<sup>2466</sup>. De esta manera, a diferencia de otros sistemas jurídicos, que no permiten la combinación en procesos de responsabilidad civil, administrativa y penal, en el régimen brasileño la independencia de la responsabilidad es regla tradicionalmente adoptada, salvo casos específicos definidos en la ley<sup>2467</sup>. Sin embargo, en el caso de la Ley de *Improbidad* y de la Ley de la Empresa Limpia, la protección de bienes jurídicos idénticos con sanciones de la misma naturaleza no puede permitir la interpretación de que las personas jurídicas están sujetas a una doble responsabilidad de la misma naturaleza.

### **3. JUSTICIA NEGOCIADA EN CASOS DE CORRUPCIÓN: LA COLABORACIÓN**

La corrupción, como delito complejo, implica muchas veces la ejecución de diversas conductas a través de la participación de múltiples agentes, actuando organizadamente y de manera dilatada en el tiempo. Además, factores como la cooptación de funcionarios y autoridades por los corruptos, y las dificultades para obtener pruebas, añaden retos en la lucha contra la

---

<sup>2464</sup> TOJAL (2014).

<sup>2465</sup> TOJAL (2014).

<sup>2466</sup> Lei N.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, *Diário Oficial da União* (DOU) de 5.8.2011 (Brasil).

<sup>2467</sup> ZENKNER (2019: 434-437)

corrupción<sup>2468</sup>, de manera que la colaboración de los involucrados se vuelve importante en su persecución. Considerando que tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden estar involucradas en los hechos, dos leyes que prevén herramientas de justicia negociada son importantes mecanismos para el sistema de Brasil: la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de las Organizaciones Criminales<sup>2469</sup>.

Mientras la Ley de las Organizaciones Criminales es una ley penal, la Ley de la Empresa Limpia es una ley que prevé responsabilidad administrativa. No obstante, aunque la segunda ley esté en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, su desarrollo fue planteado para generar responsabilidad por la práctica de hechos de corrupción (doméstico y transnacional)<sup>2470</sup>. La responsabilidad administrativa que prevé es aplicable a los agentes principales de las conductas relacionadas con la corrupción y pagos de soborno. De esta manera, a diferencia del paradigma del Derecho Administrativo sancionador para intentar prevenir delitos a través de la imposición de responsabilidad a personas relacionadas accesoriamente con conductas ilícitas<sup>2471</sup>, la Ley de la Empresa Limpia de Brasil tiene como núcleo y principal fin responsabilizar personas jurídicas involucradas en hechos de corrupción<sup>2472</sup>.

### **3.1. El acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013**

La Ley de la Empresa Limpia se diseñó en base a compromisos internacionales firmados por Brasil, en especial las convenciones sobre la lucha contra la corrupción de OCDE, de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos<sup>2473</sup>. Conforme hemos estudiado, dichas obligaciones internacionales —entre otras convenciones— prevén herramientas que deben ser implementadas en el combate contra la corrupción y la delincuencia organizada, dentro de las cuales la responsabilidad de personas jurídicas y la posibilidad de adopción de herramientas de colaboración en el ámbito de justicia negociada<sup>2474</sup>. Esta responsabilidad de personas jurídicas puede, conforme a la tradición penal de cada país, ser penal o administrativa: la heterogeneidad de los sistemas jurídicos de diversos países conlleva la inexistencia de un estándar internacional uniforme con respecto a la naturaleza de la responsabilidad

---

<sup>2468</sup> ORSI (2017: 399) hablando de factores que vuelven los delitos complejos.

<sup>2469</sup> Ley 12.846/2013 y Ley 12.850.

<sup>2470</sup> SANTOS, BERTONCINI & COSTÓDIO FILHO (2015:26).

<sup>2471</sup> Como ejemplo de utilización del Derecho Administrativo sancionador a personas que no son las responsables por las conductas principales de corrupción y soborno se menciona los sujetos coobligados en entregar información en casos de operaciones sospechas de blanqueo de capitales, conforme FABIÁN CAPARRÓS (2003).

<sup>2472</sup> DEMATTÉ (2015: 110-111).

<sup>2473</sup> DEMATTÉ (2015: 109 y ss.), SIMÃO & VIANNA (2017: 23-25) y RIBEIRO (2017: 23-29).

<sup>2474</sup> Ver apartados específicos del Capítulo 2.

aplicable a las personas jurídicas<sup>2475</sup>. En este contexto de responsabilidad administrativa por hechos de corrupción, la Ley 12.846/2013 prevé la herramienta de un acuerdo de lenidad<sup>2476</sup>.

Este acuerdo es una modalidad de colaboración en el ámbito de la justicia negociada aplicable a la persona jurídica involucrada en actos de corrupción y soborno. El acuerdo de lenidad exige que la persona jurídica auxilie en las investigaciones y entregue información y pruebas relevantes para el conocimiento más completo de los hechos y conductas indebidas más allá de la información descubierta por otros agentes involucrados<sup>2477</sup>. Según el propio precepto legal, se exige al colaborador entregar información sobre los otros involucrados en los hechos *si eso fuera posible*<sup>2478</sup>. Sin embargo, hace falta que se entregue de manera rápida información y documentos sobre los hechos lesivos<sup>2479</sup>. En consecuencia, hace falta que la colaboración resulte, por lo menos, en información y pruebas de los hechos, y es posible que se produzca información (y pruebas, por tanto) sobre otras personas involucradas<sup>2480</sup>, de manera que la colaboración pueda resultar en una ampliación objetiva y subjetiva de las investigaciones.

El Decreto Federal que regula el acuerdo de lenidad permite que se firme el acuerdo hasta el momento antes de que sea elaborado informe — conclusivo— en proceso de imposición de responsabilidad administrativa; como el límite procesal máximo<sup>2481</sup>. De esta manera, se puede concluir que la herramienta de justicia negociada de la Ley 12.846/2013 está relacionada con la obtención de pruebas e información de manera rápida, y que dichos elementos relacionados a los hechos lesivos no estén ya disponibles a las autoridades responsables por la imposición de responsabilidad. En este sentido, el acuerdo es una manera de exigir a la persona jurídica colaboración con las investigaciones<sup>2482</sup>. Así, el acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia es una herramienta de colaboración cualificada porque no le basta al colaborador simplemente con una confesión formal y renuncia a sus derechos y garantías procesales, hace falta aún *más*: una colaboración a través de la entrega de elementos que ayuden en las investigaciones de los hechos.

De esta manera, una de las consideraciones posibles es que, si existen los elementos suficientes para la imposición de responsabilidad, no tendrá cabida el acuerdo de lenidad. Es decir, si la Administración tiene como

---

<sup>2475</sup> ENGELHART (2014: 55).

<sup>2476</sup> Ley 12.846/2013, art. 16.

<sup>2477</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, I y II.

<sup>2478</sup> El art. 16, I, en el original: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber.

<sup>2479</sup> El art. 16, II, en el original: II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

<sup>2480</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 116-118) y ATHAYDE (2019: 277).

<sup>2481</sup> Decreto 8.420/2015, art. 30, § 2.º.

<sup>2482</sup> DEMATTÉ (2015: 126).

concluidas las investigaciones con todos los elementos necesarios para la imposición de responsabilidad a las personas involucradas, aunque sea posible la entrega de información y documentos, esta actuación —en teoría y abstractamente— no será relevante para el interés público, o por lo menos esta parece ser la delineación de “interés público” adoptada por el sistema jurídico de Brasil. Así, si en el caso concreto, concluido el informe final en el proceso administrativo, lo único que la persona jurídica puede ofrecer a la Administración es aceptar la imposición de la pena: ya no le será posible negociar y firmar un acuerdo de lenidad.

Esta elección del interés jurídico como la obtención de información y de prueba deja dos retos para la efectividad del sistema: en primer lugar, puede ser una ventaja para el Estado la aceptación voluntaria de la responsabilidad por parte de las personas jurídicas, ante la certidumbre de la imposición de responsabilidad. Por ejemplo, el pago de multa y la recomposición de daños voluntarios evitará costes relacionados con procedimientos de ejecución judicial. Para remediar este tipo de situación pueden ser utilizados otras herramientas de justicia negociada disponibles, como la transacción y los acuerdos en sede de acción civil<sup>2483</sup>.

En segundo lugar, como una especie de colaboración cualificada, la Ley exige que el colaborador ayude de forma efectiva a las investigaciones (y no con otro “interés público”). En este aspecto y en términos materiales, lo que se requiere es ayudar en las investigaciones y en la obtención de pruebas e información. Si no hace falta la obtención de pruebas e información, tampoco hará falta la colaboración prevista en la Ley de la Empresa Limpia. Sin embargo, el estándar adoptado por el decreto regulador mencionado es la *conclusión* del informe final del proceso de responsabilidad<sup>2484</sup>. Este estándar puede o no estar relacionado con la suficiencia de los elementos de información y prueba —puesto que la comisión responsable de la investigación ha llegado a su informe final—. Es decir, no hay garantía de que en el informe final la comisión habrá obtenido los elementos necesarios para la comprobación de los hechos.

Hay tres posibilidades cuando se elabora el informe final de la comisión: (i) la conclusión por la imposición de responsabilidad a partir de la obtención suficiente de pruebas e información; (ii) la conclusión por la no imposición de responsabilidad por ausencia de pruebas e información suficientes; y (iii) la conclusión por la no imposición de responsabilidad dada la evidencia de ausencia de responsabilidad por parte de la persona jurídica involucrada. En la primera situación, considerando que hay múltiples procesos de investigación posibles, las pruebas y la información

---

<sup>2483</sup> Ver el apartado anterior sobre el sistema brasileño de colaboración, en especial en lo que se refiere con la Ley de la *Advocacia-Geral da União*, la Ley 9.469/1997 y la Ley 13.140/2015.

<sup>2484</sup> Art. 30, §2.º del Decreto.

necesarias pueden estar disponibles con independencia de la confección del informe final. Por ejemplo, es posible que al final de una investigación penal estén disponibles todas las pruebas necesarias para la imposición de responsabilidad a la persona jurídica —antes que se empiece el proceso administrativo de imposición de responsabilidad—. Además, también es posible que los elementos necesarios estén disponibles después del inicio del proceso administrativo y antes del informe final. Al parecer, en estos casos la Ley posibilita la utilización del acuerdo de lenidad.

No obstante, aunque abstractamente sea posible el acuerdo de lenidad, la información y las pruebas que se entreguen no serán necesariamente nuevas, es decir, la Administración ya las puede tener disponibles. Por esta condición de ausencia de novedad respecto a lo que la colaboración puede aportar, se debería rechazar la propuesta de colaboración<sup>2485</sup>. Además, aunque la colaboración padezca de ausencia de novedad imposibilitando un acuerdo de lenidad, permanece como uno de los factores atenuantes que pueden ser utilizados en el cálculo de la multa aplicable a las personas jurídicas<sup>2486</sup>.

En las otras dos situaciones mencionadas —la conclusión por la no imposición de responsabilidad por ausencia de pruebas e información suficientes o debido a la evidencia de no culpabilidad por parte de la persona jurídica involucrada—, el informe final de la comisión no conlleva, de forma automática, la consideración práctica de que no exista interés público en aceptar la colaboración. En especial puesto que, en las dos situaciones, la conclusión será por la no imposición de responsabilidad, es decir, la Administración no tiene la información y las pruebas necesarias para utilizar en el caso concreto. Si se considera que la corrupción, como delito complejo, muchas veces es de difícil comprobación en el proceso —tanto administrativo cuanto penal—, se estima que es posible que, después de todo el esfuerzo investigativo y de obtención de pruebas, bajo el paradigma del debido proceso, no se consigan obtener los elementos suficientes para garantizar la condena. En los casos mencionados —más que en los otros— habrá interés público en obtener la confesión y la colaboración de la persona jurídica involucrada en los hechos.

Por tanto, en estos casos en los cuales las actividades de investigación y persecución concluyeron sin elementos suficientes para obtener una condena, la obtención de pruebas e información a partir de la colaboración será, quizás, la única manera de garantizar la imposición de alguna responsabilidad a la persona jurídica, aunque sea en el ámbito del acuerdo de colaboración. Además, a partir de la referida colaboración es probable que se obtengan pruebas e información relevantes para la imposición de responsabilidad del funcionario o político destinatarios de los pagos de

---

<sup>2485</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 118) y ATHAYDE (2019: 278).

<sup>2486</sup> ATHAYDE (2019: 278-279).

soborno, entre otras personas físicas, y tal vez hasta jurídicas, involucradas en los hechos.

En este aspecto, el estándar del decreto no parece ser el ideal para la efectividad de un sistema que permite la colaboración en la lucha contra la corrupción<sup>2487</sup>. Al mismo tiempo, la ausencia total de estándar también tendrá desventajas, como la incertidumbre en las situaciones en las cuales es adecuado aceptar colaboración y la posibilidad de tratar situaciones semejantes sin respeto al principio de igualdad ante la ley. Una solución posible es adoptar la interpretación de que, para haber colaboración, esta debe ser útil y eficaz para la lucha contra la corrupción, de manera que, aunque después de la conclusión del informe final de la comisión de proceso pueda llevarse a cabo un acuerdo de lenidad si se cumple este fin principal. O sea, en la práctica, la utilización de la colaboración en el ámbito de responsabilidad por hechos de corrupción debe primar por la efectiva ampliación de la capacidad de investigación de la Administración<sup>2488</sup>. En realidad, en términos abstractos, incluso tras aplicarse una sanción administrativa a la persona jurídica sería posible que la eventual colaboración fuera importante para las investigaciones<sup>2489</sup>, por ejemplo, el caso en que la Administración obtuvo pruebas para la condena de la persona jurídica y algún funcionario, pero no tiene completo conocimiento de los hechos relacionados con la corrupción, la totalidad de los sobornos y de todas las otras personas involucradas.

### **3.2. La delación premiada de la Ley 12.850/2013**

La otra posibilidad de colaboración relacionada con la lucha contra la corrupción es la “colaboración premiada” (también denominada “delación premiada”), prevista en la Ley 12.850/2015 relativa a las organizaciones criminales.

Como regla general, la responsabilidad penal en Brasil es aplicable solo a las personas físicas, de manera que la referida colaboración no es aplicable a las personas jurídicas. Así, la herramienta de colaboración de la Ley de las Organizaciones Criminales prevé la posibilidad de colaboración de personas físicas con las investigaciones como uno de los medios de obtención de prueba<sup>2490</sup>. En realidad, dada la participación del colaborador tanto proveyendo información y documentos relevantes como actuando como testigo, la delación prevista en la Ley parece a la vez un medio de obtención de prueba y un medio de prueba, porque generará la oportunidad de que las

---

<sup>2487</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 109-110)

<sup>2488</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 109).

<sup>2489</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 110). De hecho, esto es posible en algunos casos de colaboración de personas físicas con las investigaciones en colaboración premiada. Ver en el capítulo I la sobre la colaboración de Marcelo Odebrecht y art. 4.º, §§2.º y 5.º de la ley 12.850/2013.

<sup>2490</sup> Ley 12.850/2013, art. 3.º, I.

autoridades obtengan otras pruebas —documentos, periciales y toda clase de pruebas generadas a partir de la colaboración— y también generará la propia actuación del colaborador como testigo<sup>2491</sup>.

Es una herramienta que requiere la colaboración cualificada, dado que la simple confesión y renuncia al juicio no son suficientes para asegurar beneficios al colaborador. No obstante, la Ley le exige la renuncia al derecho de no declararse culpable cuando interviene como testigo, de manera que está obligado a decir la verdad<sup>2492</sup>. La Ley específicamente prevé determinados resultados que deberán ser generados a partir de la colaboración<sup>2493</sup>: (i) la identificación de otras personas involucradas en los ilícitos, (ii) la prestación de información sobre la estructura de la organización criminal, (iii) la prevención de la práctica de ilícitos, (iv) la recuperación total o parcial de las ganancias de los hechos ilícitos y (v) la localización de la víctima con su integridad física intacta<sup>2494</sup>. De estos elementos es posible observar que la colaboración puede resultar en la ampliación de la capacidad de investigación y de imponer responsabilidad del Estado, tanto en términos objetivos como subjetivos, dado que son resultados posibles la identificación de personas y la prestación de información y pruebas de los hechos. Sin embargo, el sistema de colaboración también permite como resultados la recuperación de ganancias y productos del delito y la localización de víctimas —que no son necesariamente relacionadas con el potencial de ampliar las investigaciones—. De este modo, el sistema permite que la colaboración tenga como objetivo la obtención de otros elementos relevantes para el Derecho Penal distintos a la ampliación de las investigaciones.

Un aspecto interesante es que la Ley no fue aprobada en el marco de las estrategias nacionales anticorrupción, pero sí en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada. De esta manera, la aplicación de la colaboración premiada ocurre en casos excepcionales, en los cuales existe la presencia de este tipo de delincuencia<sup>2495</sup>. Por ello, la herramienta es importante para las investigaciones de casos de corrupción más complejos, porque no sería posible la colaboración en casos de simple pago de soborno que involucrasen solo a dos personas, por ejemplo. En resumen, la Ley define la organización criminal como la asociación de al menos cuatro personas, de manera estructurada, con el intento de obtener ventajas a partir de conductas ilícitas<sup>2496</sup>. La Ley —y por consecuencia la colaboración

---

<sup>2491</sup> BADARÓ (2018: 62%).

<sup>2492</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, §14. Ver BADARÓ (2018: 62%).

<sup>2493</sup> ATHAYDE (2019: 318).

<sup>2494</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, I-V.

<sup>2495</sup> DE VASCONCELLOS (2017: 43%).

<sup>2496</sup> En el original del artículo 1.º, §1.º: § 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem

que prevé— también se aplica a delitos transnacionales y a las organizaciones terroristas<sup>2497</sup>. En el caso de colaboración podrá haber perdón judicial o la reducción de la pena hasta en dos tercios. Además, en caso de que el colaborador no sea el líder de la organización y fuera el primero en auxiliar con las investigaciones, el fiscal responsable podrá dejar de ejercer la acción penal contra él<sup>2498</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en la Ley de la Empresa Limpia, la colaboración premiada puede ser realizada una vez concluido el proceso penal a resultas del cual haya resultado condenado penalmente el colaborador<sup>2499</sup>. De esta manera, se evitan los retos mencionados del acuerdo de lenidad, en el cual el decreto reglamentario fija un momento procesal a partir del cual no sería admisible la colaboración —la confección de informe por la comisión del proceso—. La Ley 12.850/2015 parece dejar como estándar la evaluación de la utilidad práctica de la colaboración, con los elementos que deben ser resultado de dicha actuación del colaborador. Además, la colaboración debe ser negociada con el Fiscal o con el oficial de la Policía responsable del caso y, en las dos situaciones, refrendada posteriormente por el juez<sup>2500</sup>. En el caso de la Ley de la Empresa Limpia, de manera distinta, el acuerdo de lenidad no se negocia con la Fiscalía sino con la autoridad máxima de la Administración que sufre los impactos de la conducta ilícita —o, en el caso de la Unión, con la CGU—<sup>2501</sup>. Por lo tanto, en el caso de la colaboración premiada la negociación debe ser realizada por un agente que pertenece a un poder distinto de la autoridad que homologa los términos del acuerdo, mientras que en el caso del acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 la autoridad responsable de firmar el acuerdo debe designar una comisión de funcionarios responsables por la investigación y la obtención de pruebas y confección de informe sobre la culpabilidad de la persona jurídica<sup>2502</sup>.

### **3.3. La utilidad de la colaboración conjunta de personas físicas y jurídicas**

La Ley 12.850/2015 prevé la colaboración premiada para las personas físicas con resultados en la condena penal pero no prevé ningún tipo de

---

de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

<sup>2497</sup> Ley 12.850/2013, art. 1.º, §2.º, I y II.

<sup>2498</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, §4.º.

<sup>2499</sup> Ley 12.850/2013, art. 4.º, §§2.º y 5.º.

<sup>2500</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 96). Sobre la importancia del rol del Ministerio Fiscal en la lucha contra la corrupción, su sumisión a control interno y externo, ver BRITO DE ASSIS (2020: 220 y ss.).

<sup>2501</sup> Sobre el tema SIMÃO & VIANNA (2017: 101-106) explicitan las críticas generadas debido a la pulverización que la Ley resultó al autorizar la colaboración con autoridades de los tres poderes y en todos los entes federados, como Unión, Estados y municipios.

<sup>2502</sup> Ley 12.846/2013, arts. 8 y 16.



resultado en otros ámbitos de responsabilidad, como la responsabilidad administrativa<sup>2503</sup>. De esta manera, no existe en dicha Ley una correlación entre la colaboración de una persona física y de una persona jurídica involucrada en los mismos hechos. Es decir, en casos en que la colaboración con la Fiscalía sea realizada por directivos, socios o ejecutivos, no existe ningún precepto que permita la extensión de la colaboración a las personas jurídicas involucradas<sup>2504</sup>. Es verdad que un sistema que acepta más de una colaboración tendrá desventajas por no poner a los individuos en situaciones como el dilema del prisionero<sup>2505</sup>. En este sentido, permitir ventajas por colaboración a diversos individuos involucrados en los mismos hechos puede no generar el efecto de desestabilización de la delincuencia: lo que es una de las finalidades de permitir la colaboración en acuerdo. Sin embargo, esta “doble” (o múltiple) colaboración puede ser importante, porque en algunos de los casos de delincuencia corporativa la colaboración conjunta de la persona jurídica y de su agente será la colaboración que generará más beneficios al interés público<sup>2506</sup>. Conforme se ha mencionado, esto no siempre será verdad, incluso es importante observar que algunos sistemas de colaboración fueran planteados para permitir la justicia negociada a cambio de las más amplias ventajas solamente de la primera persona que colabore<sup>2507</sup>.

En los casos en los cuales la colaboración de un directivo —o agente de la persona jurídica— fuera necesaria para auxiliar la propia colaboración de la persona jurídica en la investigación de los hechos lesivos, la colaboración conjunta o simultánea podrá ser la que mejor atenderá al interés público. Por ejemplo, en un determinado caso, es posible que la obtención de información y de pruebas sobre los hechos requiera que el directivo responsable por un pago de soborno auxilie la persona jurídica en las investigaciones y funcione, además, como testigo en los procesos. No permitir la colaboración de la persona física y la persona jurídica puede derivar en varios desdoblamientos, en el ejemplo mencionado, puede ser de interés para la persona jurídica realizar la colaboración —en el caso de Brasil, en los términos de la Ley 12.846/2013—. Sin embargo, para hacerlo, la persona jurídica deberá informar a la Administración de los datos de su directivo o agente responsable por la negociación del pago de soborno y es posible que solamente el agente pueda confirmar detalles sobre el pago y la negociación de los intereses del corruptor y del corrompido. Pero si la colaboración de la persona jurídica no resulta en ninguna ventaja para la

---

<sup>2503</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 98).

<sup>2504</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 98).

<sup>2505</sup> Ver DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 23-28) hablando sobre la teoría de negociación y el dilema del prisionero.

<sup>2506</sup> Por ejemplo, ver la colaboración con Odebrecht, mencionada en el Capítulo I.

<sup>2507</sup> En el caso de Brasil, las Leyes 12.486/2013, 12.529/2011 y 13.506/2017 permiten la colaboración con la primera persona que colabore. Ver ATHAYDE (2019).

persona física, es decir, si su único rol es proveer información para que la persona jurídica tenga ventajas, el agente estará, al colaborar con la empresa, produciendo pruebas respecto a su propia culpabilidad.

Esto conllevará la ausencia de interés del agente de la empresa responsable por el pago en colaborar con la obtención de pruebas. Además de no tener interés en ayudar en la colaboración de la persona jurídica, la persona física responsable por el pago de soborno —en el ejemplo, el directivo— tendrá un verdadero interés en obstaculizar las investigaciones internas de la persona jurídica. En este caso y dependiendo de las características de los hechos lesivos, la persona física podrá, incluso, tener interés en destruir y alterar documentos para imposibilitar que la empresa entregue pruebas e información respecto a su culpabilidad. Es decir, en casos específicos de colaboración de persona jurídica —no necesariamente en todos los casos— puede existir la necesidad de colaboración de personas físicas. Sin embargo, como dicha colaboración podrá generar evidencias de culpabilidad de la propia persona física, esta tendrá interés en no colaborar e, incluso, en impedir la colaboración de la persona jurídica.

Otra posibilidad de desdoblamiento de la situación ocurriría cuando la persona física que tenga el interés de colaborar vislumbre también desventajas de que su colaboración individual genere responsabilidad de la persona jurídica. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando la persona física potencial colaborador sea socio, dueño o tenga participación en las acciones o en los beneficios de la empresa<sup>2508</sup>. En estos casos la persona física podrá tener incentivos (sistémicos) para colaborar e incentivos —financieros— para no colaborar, dado que la colaboración también le generará perjuicios. Además, su colaboración como persona física también podrá generar la necesidad de presentar información y documentos que pertenecen a la propia persona jurídica, lo que también podrá generarle incumplimiento de un deber o contrato —o incluso la comisión de un delito, obteniendo y entregando indebidamente documentos de la empresa—.

En este aspecto, posibilitar solamente una modalidad de colaboración excluyente, es decir, o colabora la persona física o colabora la persona jurídica, no parece ser la estrategia que generará la mejor obtención de pruebas e información sobre las dimensiones objetiva y subjetiva de los hechos ilícitos. Por un lado, la colaboración exclusiva de la persona física podrá generar —para la propia persona física— daños y perjuicios. Por otro lado, dicha colaboración podrá ser limitada porque la exclusión de la persona jurídica podrá impedir que la persona física produzca todos los elementos necesarios a la colaboración. De nuevo, en situaciones como esta, la colaboración simultánea de la persona física con la persona jurídica parece ser la que generará más consecuencias positivas para las

---

<sup>2508</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 98).

investigaciones y para la aplicación de responsabilidad, de manera que se amplíe el efecto de prevención y represión de los delitos<sup>2509</sup>.

El último desdoblamiento que se menciona está relacionado con los supuestos en los cuales la colaboración de la persona jurídica puede exigir la colaboración de persona física que actuó bajo su mando y autoridad. Por ejemplo, y a diferencia de las situaciones ya mencionadas, la colaboración de la persona jurídica puede exigir que un empleado intervenga como testigo o que actúe en la obtención de información y documentos que pueden generar, de algún modo, dudas acerca de su culpabilidad. En el ejemplo, los empleados podrían estar simplemente cumpliendo órdenes de directivos y superiores de manera que no detentaban toda la información necesaria para saber que la ejecución de la orden era, en realidad, parte de la ejecución de una conducta delictiva. En las referidas situaciones, no permitir la extensión de ventaja a las personas físicas colaboradoras también puede generar incertidumbre sobre su colaboración. En este sentido, aunque la persona física crea en su inocencia —dada su imposibilidad de conocer la práctica delictiva en el momento de cumplimiento de las órdenes— vislumbrar la discusión judicial relacionada con su culpabilidad le generará un desincentivo a la colaboración.

En estos casos —y de manera ejemplificativa— parece que sería más provechoso para la Administración posibilitar la adhesión de personas físicas con participación reducida en los hechos indebidos en la colaboración con la persona jurídica. De esta manera se podría garantizar inmunidad a la persona física colaboradora para que auxilie al máximo la colaboración de la persona jurídica. Dicha colaboración simultánea podría ser ventajosa también en casos en los que la persona jurídica tenga baja culpabilidad<sup>2510</sup>. En este tipo de situación, la colaboración simultánea —o la adhesión a la colaboración de la persona jurídica<sup>2511</sup>— podría permitir los mejores resultados en la ampliación de las investigaciones y en la imposición de responsabilidad a los culpables. Un rasgo distintivo de este tipo de situación de necesidad de colaboración simultánea con relación a los otros ejemplos es que aquí existe certidumbre sobre la culpabilidad de una persona —la persona jurídica— mientras que en los otros ejemplos existe la culpabilidad tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Así, en este último tipo de colaboración simultánea, ofertar algún tipo de inmunidad a una persona física con un bajo (o ningún) grado de culpabilidad y cuya colaboración sea esencial para las investigaciones parece ser un precio adecuado para la consecución del interés público.

Los ejemplos y situaciones mencionadas no son exhaustivos debido a la amplitud de configuraciones fácticas que justifiquen una colaboración

---

<sup>2509</sup> Ver, por ejemplo, el caso de Odebrecht, en el Capítulo I.

<sup>2510</sup> ATHAYDE (2019: 338).

<sup>2511</sup> ATHAYDE (2019: 338-340).

conjunta de personas físicas y jurídicas. Muchas otras situaciones pueden ocurrir conforme al tipo societario de la persona jurídica, si es de capital abierto o si es de responsabilidad limitada, además del tipo de participación de las personas físicas en los hechos y su relación con la persona jurídica, sean directivos, empleados o incluso prestadores de servicios especializados, como abogados o contadores. Sin embargo, conforme se ha mencionado, las Leyes que prevén las herramientas de la *colaboración premiada* y del *acuerdo de lenidad* no especifican la posibilidad de extensión de los efectos de la colaboración de una persona física a una persona jurídica, ni la adhesión de una persona física a la colaboración de una persona jurídica.

Además, es importante que se observe que permitir la colaboración *simultánea* también incrementa el riesgo de impunidad y de vulneración de los efectos deseados de prevención y represión de las conductas. Por un lado, y basado en las ideas de la teoría de juegos, la propia colaboración de más de un individuo hace que se reduzcan los incentivos del sistema que desestabilizan las relaciones entre los delincuentes. El incentivo de reducción de pena y sanciones a quien colabore con las investigaciones actuaría para desestructurar el grupo delictivo si los delincuentes comprenden que las ventajas serán garantizadas solamente al primero que colabora<sup>2512</sup>. Por otro lado, la atenuación de responsabilidad que resulte de la colaboración simultánea de una persona jurídica responsable por el pago de un soborno y de un político o funcionario que recibieron el soborno puede generar un sentimiento de impunidad<sup>2513</sup>. Es decir, en el caso, permitir que todos —o casi todos— los responsables por los hechos ilícitos reciban atenuación de su responsabilidad simplemente porque colaboraron con las autoridades significa implementar una pena menor de la adecuada. Así, en lugar de la sanción adecuada por el delito, los delincuentes recibirán una sanción atenuada, de manera que el efecto de la amplia colaboración podría afectar la garantía de que la sanción sea mayor que los beneficios obtenidos con el delito<sup>2514</sup>.

De este modo, la colaboración de más de una persona responsable —la colaboración simultánea de persona físicas o jurídicas— debe ser utilizada de manera excepcional y solamente cuando fuera necesario para lograr resultados importantes para el interés público. Debido al principio de legalidad y al principio de discrecionalidad, en el caso de Brasil, esta posibilidad excepcional debería ser objeto de reglamento, incluso como manera de posibilitar control jerárquico y judicial, y de garantizar la igualdad ante la ley de los diversos colaboradores. No obstante, la amplia

---

<sup>2512</sup> MARTINEZ (2018: 26%).

<sup>2513</sup> Ver PODGOR (2018) hablando de las preocupaciones en el sistema estadounidense relacionadas a la no implementación adecuada de la prevención y represión de delitos generados por la utilización del *plea bargaining*.

<sup>2514</sup> Sobre la proporcionalidad de las sanciones, ver RODRÍGUEZ LOPEZ (2004).

variedad de las posibles situaciones en concreto parece dificultar que se plantee una reglamentación exhaustiva. Una alternativa sería la construcción de factores a ser evaluados en el caso de necesidad de colaboración simultánea, de manera que se garantice una oportunidad (o una discrecionalidad) reglada, que posibilitarían a los responsables por las investigaciones decidir la estrategia de colaboración más adecuada. Además, en adhesión al texto de las Leyes 12.846/2013 y 12.850/2013, dado que la colaboración con las personas jurídicas debe ser negociada y firmada con la autoridad pública y la colaboración con las personas físicas, con la Fiscalía, el reglamento también podría prever la negociación simultánea con la participación de todas las autoridades con competencia para celebrar acuerdos de colaboración<sup>2515</sup>.

Una puntualización que debe ser hecha es que, dado el actual sistema de la Ley 12.846/2013, es posible la colaboración de más de una persona jurídica en un mismo asunto de corrupción. Esto ocurre porque la Ley requiere que la persona jurídica colaboradora sea la primera en manifestar el interés en colaborar en la investigación del *acto ilícito*<sup>2516</sup>. De esta manera, y dada la complejidad de los casos de corrupción, es posible que más de una persona jurídica colabore en relación con la pluralidad de conductas posibles. Por ejemplo, en un caso de investigación de un político corrupto, diversas personas jurídicas pueden colaborar con la investigación de múltiples pagos de soborno en el ámbito de diferentes contrataciones públicas<sup>2517</sup>. En una situación como esta, aunque se esté hablando de solamente un “caso”, la continuidad en el tiempo puede hacer que las conductas tengan total independencia entre sí, de manera que se generen diversos procesos penales y procesos de responsabilidad para las personas jurídicas.

En este sentido, dicha colaboración no es una modalidad de colaboración simultánea como las mencionadas, que requiere la colaboración de más de una persona para la investigación del mismo acto ilícito. El requisito no limita la colaboración de más de una persona jurídica para hechos o conductas diversos, considerados actos *ilícitos*, es decir, no simplemente parte de ejecución de los hechos. Además, el requisito de *primera persona* proviene de la tradición de acuerdo de lenidad en el área de delitos contra la competencia<sup>2518</sup>, en los cuales está presente la necesidad de que la posibilidad de colaboración produzca la desestabilización del

---

<sup>2515</sup> Sobre las competencias para firmar acuerdos de colaboración, ver el apartado específico en este capítulo.

<sup>2516</sup> Art. 16, §1.º, I de la Ley 12.846/2013, la Ley, en su literalidad, menciona “acto ilícito” y no lesivo.

<sup>2517</sup> De hecho, conforme se puede observar del “Caso Lava Jato”, descrito en el capítulo 1, puede ser relevante para el interés público la colaboración de diversas personas jurídicas, en especial en casos en los cuales la corrupción no es un hecho aislado. Ver ARAS (2018: 217) hablando de la utilización de acuerdo de lenidad en el “Caso Lava Jato”.

<sup>2518</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 119).

cártel de empresas. Conforme a las circunstancias del caso, los delitos pueden ser tan complejos y prolongados en el tiempo que, incluso después de la colaboración de la *primera persona* jurídica, exista interés público en continuar aceptando la información y las pruebas ofertadas por otras personas jurídicas involucradas, de manera que es justificable la colaboración de más de una persona jurídica en el mismo caso<sup>2519</sup>.

De manera distinta, la Ley 12.850/2013, en la provisión de la *colaboración premiada* no prevé la limitación de que solamente colabore la primera persona interesada. En realidad, la Ley no menciona este tipo de límite a la colaboración, y la ausencia de limitación parece estar en conformidad con la diferencia de las dos herramientas de justicia negociada. En el caso del acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013, la finalidad principal de la colaboración es generar una ampliación de la capacidad de investigación de los hechos<sup>2520</sup>. La colaboración está planteada para posibilitar una amplificación de la imposición de responsabilidad a los agentes involucrados, y en este sentido, un incremento en el potencial de prevención y represión de conductas ilícitas. Un reflejo de esta finalidad principal de la colaboración es que no se prevé la colaboración después de la decisión del proceso de imposición de responsabilidad, incluso se prohíbe en el decreto reglamentar que se realice un acuerdo una vez concluido el informe final de la comisión de investigación.

En el caso de la colaboración premiada de la Ley 12.850/2013, el incremento en la capacidad de investigación de la Administración es solo una de las finalidades de la herramienta de justicia negociada, entre otras previstas en la Ley. Así, la colaboración también puede resultar en la prevención de otros delitos, la recuperación de los beneficios del delito y en la localización de víctima<sup>2521</sup>. Dicha colaboración premiada puede, incluso, ocurrir tras ser aplicada la condena por la autoridad judicial, otra prueba de que la finalidad de la colaboración no está limitada al incremento del potencial investigativo de las autoridades responsables.

### **3.4. El acuerdo de lenidad del Ministerio Fiscal Federal**

En base al texto de las Leyes 12.846/2013 y 12.850/2013, conforme se ha mencionado, la autoridad responsable de la negociación de acuerdos de lenidad con las personas jurídicas presuntamente involucradas en hechos de corrupción no será la misma autoridad responsable por la negociación

---

<sup>2519</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 122). *Vid. también* el caso de Oderbrecht en el Capítulo I, que generó la colaboración de diversas personas físicas, y el “Caso Lava Jato”, que generó, además, la colaboración también de diversas personas jurídicas.

<sup>2520</sup> Art. 16, I y II de la Ley 12.846/2013. No obstante, es posible defender que el acuerdo también generará el resarcimiento de los daños causados como elemento principal. Más información en los apartados sobre los requisitos y las condiciones para colaboración de la Ley 12.846/2013.

<sup>2521</sup> Art. 4.º, III-V de la Ley 12.850/2013.

de colaboración premiada con personas físicas presuntamente involucradas en los mismos hechos. De esta manera, el sistema brasileño adopta una regla de heterogeneidad con relación a competencia para la negociación de colaboración en el ámbito de la justicia negociada aplicable a casos de corrupción. No obstante, en la actualidad, el Ministerio Fiscal Federal de Brasil considera posible la realización de un acuerdo de lenidad en el ámbito de colaboración con la Fiscalía, de manera que posibilite a las personas jurídicas colaborar con investigaciones de casos con la finalidad de recibir una reducción de sanción administrativa o la exención de la responsabilidad prevista en la Ley de *Improbidad* que es aplicable también a las personas jurídicas<sup>2522</sup>.

La posibilidad de realización de acuerdo de lenidad por la Fiscalía se basa en la reinterpretación de preceptos del sistema jurídico brasileño. En primer lugar, la Constitución federal brasileña prevé la competencia exclusiva del ministerio fiscal para ejercer la acción penal pública<sup>2523</sup>, lo que implicaría, conforme a esta interpretación, también en la competencia para no ejercer la acción<sup>2524</sup>. Además, la Constitución prevé la aplicación del principio de eficiencia en la Administración Pública<sup>2525</sup>. En estos términos, la norma prevería la posibilidad de instrumentalización de solución consensuada en el Derecho Administrativo con la finalidad de obtener la decisión eficiente<sup>2526</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, traspuesta al sistema jurídico brasileño a través del Decreto Federal 5.687/2006<sup>2527</sup> es el texto normativo que fundamentaría la interpretación. Conforme el artículo 37(1)(2)(3) de la convención, los Estados-parte deberán adoptar medidas para que las personas jurídicas involucradas en los hechos puedan proveer información útil a la investigación a cambio de reducción de sanciones o inmunidad. De igual modo, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado, traspuesta en Brasil a través del Decreto Federal 5.015/2004, es adoptada como fundamento del acuerdo de lenidad con la Fiscalía<sup>2528</sup>, porque dicha convención prevé la necesidad de que los Estados-parte implementen sistemas que permitan la colaboración de los involucrados en delincuencia organizada con la finalidad de proveer

---

<sup>2522</sup> Esa interpretación sobre la posibilidad de realización de acuerdo de lenidad por parte de la Fiscalía Federal está expresada en la Nota Técnica n.º 1/2015 de la 5.ªCCR. *Nota Técnica No 1/2017–5.ª CCR*, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (20 de noviembre de 2017), <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2523</sup> Constituição Federal (CFB) art. 129, I (Brasil).

<sup>2524</sup> ATHAYDE (2019: 331).

<sup>2525</sup> Constituição Federal (CFB) art. 37 (Brasil).

<sup>2526</sup> DE PALMA (2010: 96).

<sup>2527</sup> Decreto Federal 5.687, de 31 de janeiro de 2006, *Diário Oficial da União* (DOU) de 1.2.2006 (Brasil).

<sup>2528</sup> ATHAYDE (2019: 332).

información útil sobre los demás involucrados, sobre la estructura de la organización, sobre los hechos practicados, además de auxiliar las autoridades a confiscar las ganancias y producto de los delitos, a cambio de reducción o exención de pena conforme a las tradiciones del sistema jurídico<sup>2529</sup>.

Por último, dicha interpretación de la Fiscalía también estaría basada en el Código de Proceso Civil y en el Código Civil de Brasil. En el Código de Proceso Civil porque este prevé la necesidad de que el Estado realice la búsqueda de la solución de los conflictos a través del consenso, siempre que sea posible. De este modo, soluciones como la conciliación, la mediación y otros métodos de resolución consensuados deben ser utilizados por los jueces, abogados, defensores y fiscales<sup>2530</sup>. En el Código Civil puesto que este contiene normas sobre la legalidad de la búsqueda de resolución consensuada de los casos, incluso a través de concesiones sinalagmáticas, además de contener normas sobre la responsabilidad del empleador y del empleado comitente en la obligatoriedad de reparación de daños<sup>2531</sup>. Este último precepto, específicamente, se relacionaría con la posibilidad de acuerdo de lenidad que incluyera empleados, es decir, en modalidad de colaboración simultánea.

Más allá de estas normas, conforme se desarrolla la investigación de casos de corrupción en Brasil, otras leyes e institutos fueron utilizados como base para una interpretación en el sentido de la posibilidad de realización de acuerdo de lenidad por parte de la Fiscalía, en especial para obtener una resolución basada en consenso y colaboración para los casos de *improbidad* administrativa<sup>2532</sup>. Como la Ley de *Improbidad* Administrativa tiene sanciones aplicables a personas físicas y jurídicas<sup>2533</sup>, el acuerdo con la Fiscalía basado en esta interpretación podría generar una colaboración simultánea. Además, permitiría la corrección de un fallo lógico en el planteamiento del sistema de colaboración de Brasil. Conforme se ha mencionado, irregularidades administrativas previstas como *improbidad* administrativa también son previstas por la ley penal, como el pago y promesa de sobornos, tráfico de influencia y otros delitos. De igual modo y en relación con la responsabilidad de personas jurídicas, las conductas semejantes a corrupción de la ley de *improbidad* tienen similitud con las conductas que causan perjuicios a la Administración de la Ley de la

---

<sup>2529</sup> Decreto Federal 5.015, de 12 de marzo de 2004, art. 26, *Diário Oficial da União* (DOU) de 15.3.2004 (Brasil).

<sup>2530</sup> ATHAYDE (2019: 333) hablando de la Nota Técnica 1/2017 de la 5.<sup>a</sup> CCR, en especial del artículo 3.<sup>o</sup>, §§2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> del Código de Proceso Civil de Brasil.

<sup>2531</sup> ATHAYDE (2019: 333) hablando de la Nota Técnica 1/2017 de la 5.<sup>a</sup> CCR, en especial de los artículos 840 y 932, III del Código Civil (CCB).

<sup>2532</sup> ARAS (2018: 217).

<sup>2533</sup> Es importante considerar que la Ley de *Improbidad* no prevé expresamente la responsabilidad de personas jurídicas. Ver el apartado sobre la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad* Administrativa en la mención al posible *bis in idem*.



Empresa Limpia. De esta manera, el planteamiento del sistema brasileño expresamente permite colaboración en casos de delitos —conforme se ha mencionado, la colaboración premiada— y colaboración en casos de corrupción empresarial —el acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013—. Así, prohibir la colaboración en casos de *improbidad* administrativa parece contrario al propio sistema, que permite la colaboración en casos de delitos y de responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción<sup>2534</sup>. No obstante, la propia Ley de *Improbidad* —de 1992— contenía un precepto que prohibía expresamente la transacción o la conciliación<sup>2535</sup>, y que fue enmendado en diciembre de 2019 para permitir la transacción conforme previsto en la legislación civil aplicable<sup>2536</sup>, es decir, años después que la Fiscalía Federal empezara a firmar “acuerdos” con personas jurídicas con los fundamentos presentados.

Con ello, el acuerdo de lenidad realizado en el ámbito de la *improbidad* administrativa con la Fiscalía Federal estaría basado no solo en preceptos legales y la propia Constitución de Brasil respecto a la posibilidad de transacción y búsqueda de solución consensuada en la imposición de responsabilidad, sino también en el propio funcionamiento lógico del sistema de la lucha en contra de la corrupción<sup>2537</sup> y, posteriormente, en el cambio en el texto legal de finales de 2019. La fragmentación de la responsabilidad de las personas involucradas y la multiplicidad de responsables por la investigación y imposición de sanciones y penas parecen ser los dos puntos centrales relacionados con la necesidad de dicha reinterpretación. En primer lugar, la responsabilidad administrativa y penal de Brasil en la lucha contra la corrupción —y otras conductas relacionadas o no con la corrupción— es empleada con la finalidad de prevenir y reprimir dichas conductas. En este aspecto, la responsabilidad por enriquecimiento ilícito de un funcionario tiene naturaleza administrativa, como modalidad de *improbidad* administrativa, sin que se prevea un delito de enriquecimiento en la ley penal<sup>2538</sup>. De igual modo, la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción también tiene naturaleza administrativa, no habiendo ningún precepto de responsabilidad penal de

---

<sup>2534</sup> ARAS (2018: 217-218).

<sup>2535</sup> ATHAYDE (2019: 331) hablando de la redacción anterior del art. 17, §1.º de la Ley 8.429/1992.

<sup>2536</sup> En su redacción actual, la Ley 8.429/1992 prevé a posibilidad de aplicación de transacción civil a los hechos de *improbidad*. Sin embargo, esta alteración fue realizada a través de ley aprobada en 24 de diciembre de 2019, o sea, pasados años que la Fiscalía Federal de Brasil había interpretado posible realizar acuerdo de lenidad sobre *improbidad*.

<sup>2537</sup> Y ahora mismo, prevista en la redacción actual de la Ley 8.429/1992. Es importante observar, sin embargo, que el cambio legal no prevé la realización de “acuerdo de lenidad”, mas simplemente permite que se realice transacción nos términos de la ley civil aplicable. En este sentido, no hubo un cambio para incluir el acuerdo de colaboración con las personas jurídicas, sino que una permisón de que las demás posibilidades de transacción civiles fueran aplicables también a los hechos de *improbidad*.

<sup>2538</sup> Ley 8.429/1992, art. 9, VII.

las personas jurídicas por hechos de corrupción<sup>2539</sup>. Además, el recibimiento de soborno que configura la irregularidad administrativa en la ley de *improbidad* también configura delito penal para personas físicas y irregularidad administrativa para personas jurídicas en la Ley de la Empresa Limpia.

De esta manera y sin que se haga un elenco exhaustivo de las leyes brasileñas<sup>2540</sup>, hay una verdadera superposición de responsabilidades por hechos de corrupción<sup>2541</sup>. Una evaluación de la literalidad de los preceptos mencionados generaría la conclusión de que es posible colaborar a cambio de una reducción de la sanción en proceso penal y en sede de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Sin embargo, estaría inicialmente prohibido colaborar en el ámbito de responsabilidad administrativa por *improbidad* —en los mismos supuestos fácticos— tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas, lo que pasó a ser posible solamente a partir de diciembre de 2019. Es decir, la colaboración prestada en un proceso penal por una persona física o en un proceso administrativo por una persona jurídica generaría información y pruebas contra los propios colaboradores y que podrían ser utilizadas en el otro proceso de *improbidad* administrativa. Además, se permitiría la colaboración en causas penales sin efectos en la responsabilidad administrativa, o sea, la colaboración en la rama del Derecho con el mayor estándar de interés público y de derechos y garantías procesales sin la posibilidad de colaboración en la responsabilidad administrativa<sup>2542</sup>. Por todo ello, se vislumbra útil a la homogeneidad del sistema de combate contra la corrupción de Brasil la adopción de la herramienta de justicia negociada también para los casos de *improbidad* administrativa<sup>2543</sup>.

Otro rasgo relacionado con la superposición de responsabilidad es la multiplicidad de autoridades responsables por la investigación de los hechos. La Ley de la Empresa Limpia prevé como responsables de

---

<sup>2539</sup> Ley 12.846/2013, art. 1.º.

<sup>2540</sup> El sistema de Brasil también prevé otras posibilidades de responsabilidad por hechos relacionados a corrupción, como la responsabilidad de la Ley 8.666/1992 y de la Ley del Tribunal de Cuentas de la Unión.

<sup>2541</sup> ARAS (2018: 216).

<sup>2542</sup> ARAS (2018: 217) mencionando el crimen como “o mais” y la *improbidad* como “o menos” en términos de proceso y responsabilidad. No obstante, como se ha mencionado en capítulos anteriores, la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por corrupción y la propia responsabilidad por *improbidad* administrativa no son estándares de responsabilidad administrativa tradicional dado que actúan como herramientas con el propósito de prevenir y reprimir conductas consideradas tradicionalmente como delitos. Es decir, el sistema de Brasil adopta responsabilidad administrativa para reprimir directamente a los responsables por conductas consideradas delitos, lo que no es un estándar tradicional de responsabilidad administrativa, dado la superposición de responsabilidades mencionada en este apartado.

<sup>2543</sup> Lo que fue justado en la Ley 8.429/1992 tras el cambio mencionado, realizado a través de la publicación de la Ley 13.964/2019. Aún así, el cambio no fue planteado para solucionar la concurrencia institucional ni tampoco el riesgo del *bis in idem*.

investigar, sancionar y utilizar herramienta de justicia negociada la autoridad máxima del Poder y ente federado<sup>2544</sup>. En el caso del gobierno federal, solamente la *Controladoria-Geral da União* puede negociar un acuerdo de lenidad<sup>2545</sup>. En el caso de los delitos, la autoridad competente para el ejercicio de la acción penal pública es la Fiscalía<sup>2546</sup>. En el caso de la Ley de *Improbidad* Administrativa, el ejercicio de la acción civil para imposición de responsabilidad es de competencia de la persona jurídica de derecho público —a través de su abogacía o representación judicial— y de la Fiscalía, concurrentemente<sup>2547</sup>. Además, los supuestos de *improbidad* administrativa también pueden generar responsabilidad disciplinaria, con competencia para investigación y sanción por parte de la Administración Pública, adaptada al régimen disciplinario<sup>2548</sup>. Así, en un ejemplo de irregularidad que ocurra en el seno de la Unión en Brasil, la Fiscalía Federal será responsable de investigar y ejercer la acción penal contra personas físicas según la ley penal e iniciar acción de responsabilidad por *improbidad* administrativa contra las personas físicas y jurídicas. La *Advocacia-Geral da União* —o su órgano de competencia específica— tendrá la competencia para enjuiciar la acción de responsabilidad basada en *improbidad* administrativa. La autoridad administrativa tendrá la competencia para ejercer el proceso de imposición de responsabilidad disciplinaria contra sus funcionarios y el proceso de responsabilidad de la persona jurídica<sup>2549</sup>.

No obstante, y considerándose la literalidad de las leyes mencionadas, solamente habría posibilidad de utilización de herramienta de justicia negociada entre la Fiscalía (federal) y las personas físicas en sede de responsabilidad penal y la Administración —o la *Controladoria-Geral da União*, en el ejemplo— y las personas jurídicas en sede de responsabilidad administrativa (en los términos de la Ley de la Empresa Limpia). Además, todavía considerando la literalidad de las leyes, hasta enero de 2020<sup>2550</sup> estaría prohibida la colaboración de personas físicas o jurídicas en sede de responsabilidad por *improbidad* administrativa, tanto con la Fiscalía como con la propia persona jurídica de derecho público. La transacción en sede

---

<sup>2544</sup> Ley 12.846/2013, art. 8.º y art. 16.

<sup>2545</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §10.

<sup>2546</sup> Constituição Federal (CFB) art. 129, I (Brasil).

<sup>2547</sup> Ley 8.429/1992, art. 17.

<sup>2548</sup> Ley 8.429/1992, art. 14, §3.º.

<sup>2549</sup> No obstante y conforme se há mencionado, el acuerdo de cooperación técnica negociado con el Supremo Tribunal Federal, la AGU, la CGU, el Tribunal de Cuentas de la Unión y el Ministerio Fiscal Federal intenta, de alguna manera, prever flujos de cooperación entre estas instituciones federales en lo que se refiere a los acuerdos de lenidad y la colaboración de personas jurídicas. *Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção*, Supremo Tribunal Federal (6 de agosto de 2020) <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073&ori=1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2550</sup> La Ley que permitió la realización de acuerdos sobre *improbidad administrativa* fue aprobada en 24 de diciembre de 2019, con inicio de vigencia en 30 días (Ley 13.964/2019).

de responsabilidad disciplinaria podría o no ser permitida, dependiendo del régimen jurídico de los funcionarios. Sin embargo, la abogacía de la Unión —en el ejemplo— podría buscar una solución consensuada en otros casos si la acción civil correspondiente no se basase en *improbidad* administrativa<sup>2551</sup>.

### 3.5. ¿Hacia una colaboración uniforme?

Una aplicación literal del sistema brasileño permite que la Administración, en determinados casos de corrupción, actúe de manera verdaderamente esquizofrénica: por un lado, aceptando la colaboración de personas físicas o de personas jurídicas; y, por otro, investigando y enjuiciando procesos para promover la responsabilidad de las mismas personas. Esto ocurre porque, hasta el cambio en la Ley de *Improbidad* ocurrido en diciembre de 2019, la Fiscalía podía aceptar colaboración premiada en el ámbito de la responsabilidad penal, si bien tenía la obligación de enjuiciar la acción por *improbidad* administrativa contra el mismo colaborador. La Administración, de igual manera, podría aceptar colaboración de persona jurídica en el ámbito de la responsabilidad de la Ley 12.846/2013 pero tenía la obligación de promover la responsabilidad por *improbidad* administrativa. Además, para otros procesos de responsabilidad —administrativos y civiles— la abogacía de la Unión puede aceptar una resolución consensuada. En la actualidad, sería posible, aunque no haya muchos casos ni tampoco jurisprudencia que lo compruebe, una colaboración simultánea que incluya los hechos relacionados con la *improbidad*.

Bajo estos argumentos, mismo antes del cambio legal, ya parecía razonable la interpretación de la posibilidad de acuerdo de lenidad realizado con la Fiscalía en sede de responsabilidad de personas físicas y jurídicas por hechos de *improbidad* administrativa. De igual manera y en base a otras leyes, parecía razonable que la Administración Pública federal, a través de la *Advogacia-Geral da União*, también acepte colaboración como acuerdo de lenidad en caso de responsabilidad por *improbidad* administrativa<sup>2552</sup>. Así, sería posible aceptar la colaboración de una persona física o jurídica que produjera los efectos de reducción o mitigación de sanción en todos los ámbitos de responsabilidad. Con ello, el sistema ofrecería un incentivo homogéneo para la colaboración, de manera que se aportase certidumbre en la negociación con la Administración Pública. Es decir, el colaborador podría conocer los resultados de su colaboración, sin tener que preocuparse

---

<sup>2551</sup> Ver el apartado anterior sobre la posibilidad de transacción, mediación y consenso en las leyes de la abogacía de la Administración federal, en especial la Ley Complementaria 73/1993 y la Ley Federal 13.140/2015.

<sup>2552</sup> Ver apartado anterior sobre la posibilidad de transacción, mediación y consenso en el Código de Proceso Civil y el Código Civil, además de las leyes de la abogacía de la Administración federal, en especial Ley Complementar 73/1993 y Ley Federal 13.140/2015.

de que otra autoridad —o incluso la misma— después utilizara en su contra las mismas pruebas e información como fundamento para otro proceso de responsabilidad.

No obstante, hasta finales de 2019, esta interpretación estaba frontalmente en contra del precepto de la Ley de *Improbidad* Administrativa, siendo esta disposición el núcleo de la controversia sobre cuál interpretación es la más adecuada<sup>2553</sup>. Se añade a esto el hecho de que en Brasil la Administración está sujeta al principio de legalidad, siendo la discrecionalidad o la oportunidad reglada excepciones expresamente previstas en ley<sup>2554</sup> —a diferencia del sistema de Estados Unidos, en el cual la oportunidad es la regla general<sup>2555</sup>—. De este modo, la opinión en contra de la posibilidad de la extensión de uso de la herramienta de acuerdos de lenidad en casos de *improbidad* administrativa también estaba fundamentada en las tradiciones del sistema jurídico brasileño. En especial considerando que la *improbidad* fue planteada en base a concepciones de interés público sobre los cuales no se podría disponer, y por ello en la línea del principio de legalidad: las conductas de *improbidad* administrativa son conductas lesivas a intereses tales como los principios de la Administración Pública, el patrimonio y presupuesto público, además de conductas que generan enriquecimiento ilícito de funcionarios y políticos. El reglamento de la *improbidad* administrativa tiene la finalidad de incrementar la lucha contra la corrupción en Brasil<sup>2556</sup> de manera eficiente y pragmática, y el precepto legal que no permite la transacción en dicha materia fue planteado con el propósito de servir a esta finalidad.

Sin embargo, exigir que la misma autoridad que aceptaba colaboración como herramienta de justicia negociada —con persona física o con persona jurídica— tuviera la obligación de promover responsabilidad por *improbidad* administrativa parece traducirse en mala fe de la Administración en la aplicación de las leyes. La interpretación literal del dispositivo anterior de la Ley de *Improbidad*, que generaba la imposibilidad de garantizar al colaborador las ventajas por su colaboración integral, colocaba a los agentes de la Administración en una situación precaria. Al adoptar esta interpretación, dos conductas serían posibles a la autoridad: o pretender que no sabe nada sobre la *improbidad*, y mentir frontalmente al colaborador al garantizarle, mientras negociaba un acuerdo, que su colaboración sería recompensada; o decirle abiertamente que su colaboración, aunque eficaz y total, desembocaría obligatoriamente en un nuevo proceso de responsabilidad. Cambiar las autoridades en el caso fáctico, por ejemplo, a través de la utilización de dos fiscales, tampoco

---

<sup>2553</sup> ATHAYDE (2019: 331).

<sup>2554</sup> CAPEZ (2012: 160-162).

<sup>2555</sup> CHEMERISNSKY & LAVENSON (2018: 31 y ss.).

<sup>2556</sup> ZENKNER (2019: 149).

resuelve la cuestión. De hecho, todas estas opciones parecían desvirtuar los principios a los cuales se debe someter la Administración en un Estado de Derecho. Además, también parecen generar un determinado grado de incertidumbre en el sistema que impedirá la propia eficacia del planteamiento de herramientas de colaboración para ampliar la capacidad investigativa de delitos complejos. Esto porque las personas colaboradoras tendrán un alto grado de incertidumbre sobre las consecuencias posibles de su colaboración. Por ello, mismo antes del cambio legal<sup>2557</sup>, parecía más adecuada la reinterpretación amplia de los preceptos de justicia negociada, autorizando la colaboración también en casos de *improbidad*.

De la interpretación sobre la posibilidad de acuerdo en el ámbito de responsabilidad por *improbidad* administrativa proviene el reto fáctico de los efectos de los referidos acuerdos y sus consecuencias jurídicas debido a la pluralidad de autoridades competentes para actuar en las investigaciones y procesos de responsabilidad. Si los mismos hechos generan responsabilidad penal y por *improbidad* a las personas físicas, ocurre competencia de la Fiscalía y de la Administración —a través de su representación judicial— para ejercer acción judicial penal y civil<sup>2558</sup>. De igual modo, si los mismos hechos generan responsabilidad administrativa por corrupción en los términos de la Ley 12.846/2013 y responsabilidad por *improbidad* administrativa, de nuevo existirá competencia de la Administración y de la Fiscalía para actuar en el caso. De esta manera, para que un acuerdo genere los más amplios efectos de reducción de sanción, sería necesario que las autoridades que se ponen de acuerdo con el colaborador sean todas las autoridades con competencia para promover un proceso administrativo o un proceso judicial de responsabilidad.

Por ejemplo, un caso de colaboración de una persona jurídica por hechos de corrupción que generan responsabilidad en los términos de la Ley de la Empresa Limpia y de la Ley de *Improbidad* Administrativa<sup>2559</sup>. Si la colaboración ocurre solamente con la Fiscalía y en ámbito de *improbidad* administrativa, la persona jurídica colaboradora estará sujeta a la responsabilidad a partir del ejercicio de competencia de la Administración en los términos de la Ley de la Empresa Limpia. Hacer que el acuerdo con la Fiscalía vincule a la Administración con la competencia de la Ley 12.846/2013 sería una intromisión en las competencias legales de la otra autoridad<sup>2560</sup>. De igual modo, si el acuerdo ocurre solamente con la

---

<sup>2557</sup> La actual redacción del art. 17, §1.º de la Ley 8.429/1992 prevé la posibilidad de “acordo de não persecução civil”, mientras la redacción anterior preveía la prohibición de transacción.

<sup>2558</sup> En el caso de la acción penal, la competencia como regla general es sólo de la Fiscalía, no de la Administración.

<sup>2559</sup> Considerando que no hubo revocación expresa de la Ley de *Improbidad* Administrativa por la Ley de la Empresa Limpia y la consideración de la Fiscalía Federal de Brasil sobre la posibilidad de aplicar la Ley de *Improbidad* a las personas jurídicas. *Vid.* apartados sobre el acuerdo de lenidad del Ministerio fiscal federal y sobre el *bis in idem* considerando las dos leyes.

<sup>2560</sup> Conforme a la competencia definida en el art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

Administración, en los términos de la Ley 12.846/2013, sin la participación de la Fiscalía, obligar a la Fiscalía a no ejercer su competencia para enjuiciar la acción por *improbidad* administrativa también sería usurpación de competencia legal.

De esta manera, aunque se considere que la Fiscalía puede negociar acuerdo de lenidad en el ámbito de *improbidad* administrativa con persona jurídica, para que la colaboración genere los más amplios efectos de reducción o exención de sanción a la colaboradora, hace falta que el acuerdo sea resultado también de consenso de las autoridades competentes<sup>2561</sup>. En el ejemplo, para que la persona jurídica colaboradora tenga reducción de responsabilidad amplia debido a su colaboración en el acuerdo de lenidad, es necesaria la concordancia de la autoridad responsable por el acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 y de la autoridad responsable por la acción de la Ley de *Improbidad* Administrativa. En el caso de la Administración Pública federal, debido a la competencia de la AGU y de la Fiscalía Federal para proponer una acción civil de *improbidad*, y de la CGU para negociar un acuerdo de colaboración con personas jurídicas en casos de corrupción, sería necesario el consenso entre las autoridades de las tres instituciones<sup>2562</sup>.

En la práctica, existen decisiones en procesos judiciales en Brasil mencionando la necesidad de que los acuerdos de lenidad realizados con la Fiscalía necesitan también de la aprobación —en el caso federal— de la *Controladoria-Geral da União*, para tener amplios efectos<sup>2563</sup>. En términos resumidos, el fundamento para tal decisión es la ausencia de ley confiriendo a la Fiscalía la competencia para firmar acuerdos de lenidad y la existencia de competencia legal de la CGU para firmarlos. Es decir, se reconoce la competencia de la Fiscalía para adoptar herramienta de justicia negociada

---

<sup>2561</sup> Es interesante observar que ZENKNER (2019: 437) considera que la Ley de la Empresa Limpia, por ser posterior a la Ley de Improbidad, debe ser la única aplicable al caso, con la finalidad de evitar el *bis in idem*.

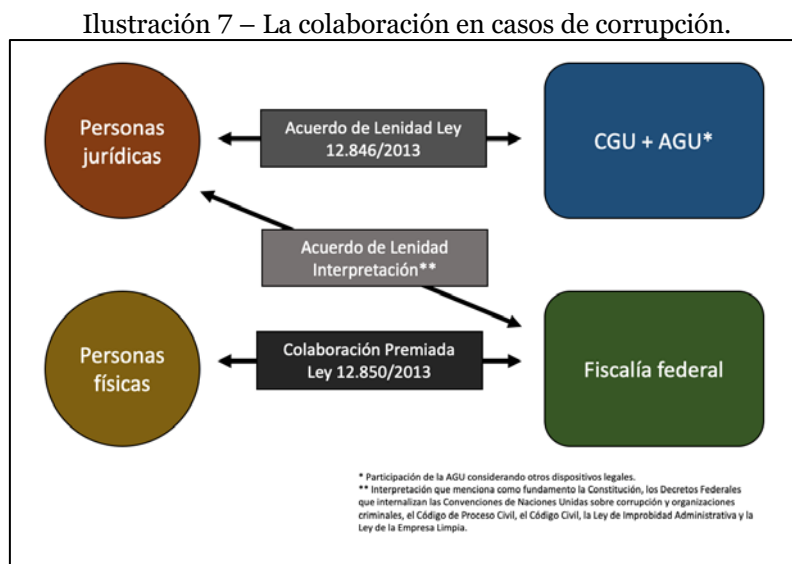
<sup>2562</sup> La AGU y la CGU aprobaron ordenanza ministerial conjunta para reglamentar la negociación de acuerdo de lenidad de los dos órganos, alcanzando sus competencias institucionales previstas en la Ley 12.846/2013 y en la Ley 8.429/1992, Ley de la Empresa Limpia y Ley de Improbidad. Ordenanza AGU/CGU No 4/2019. Además, en agosto de 2020 fue firmado acuerdo de cooperación técnica entre el Supremo Tribunal Federal, la AGU, la CGU, el Tribunal de Cuentas de la Unión, sin todavía la participación del Ministerio Fiscal federal, con la finalidad de prever la cooperación de estas instituciones en los casos de acuerdo de lenidad. *Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção*, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (6 de agosto de 2020) <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073&ori=1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Existe la posibilidad de que la inclusión del Ministerio Fiscal Federal signifique su decisión de cambiar la interpretación de que los fiscales federales tienen competencia para firmar acuerdos con personas jurídicas. Véase, *v.gr.*, el *Acordo de cooperação técnica' sobre leniência restringe atuação do MPF*, O ANTAGONISTA (05 de agosto de 2020), <https://www.oantagonista.com/brasil/acordo-de-cooperacao-tecnica-sobre-leniencia-restringe-atuacao-do-mpf/>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2563</sup> ATHAYDE (2019: 336).

relacionada con su competencia institucional, sin embargo, los efectos de dicha decisión de la Fiscalía de llegar a un acuerdo no pueden ser extendidos forzosamente a la autoridad que tenga competencia legal para promover la responsabilidad o negociar un acuerdo sobre la misma responsabilidad<sup>2564</sup>.

En el caso concreto de la decisión judicial, la situación fáctica fue resuelta a partir de la confección de acuerdo de lenidad “espejo” también con la CGU y la AGU, de manera que las tres autoridades brasileñas aceptaran la reducción y exención de responsabilidad de la persona jurídica a cambio de su colaboración con las investigaciones y resarcimiento de los daños causados<sup>2565</sup>. Así, el acuerdo de lenidad con la Fiscalía tiene su fundamento en la necesidad de la transversalidad de la colaboración, de manera que requiere una transversalidad también entre los agentes estatales. La ausencia de estrategias para garantizar esta transversalidad llega a ser considerada el mayor riesgo para la eficacia de la utilización de la herramienta de justicia negociada del sistema<sup>2566</sup>.

La figura abajo ilustra las posibilidades de colaboración mencionadas en las leyes a partir de una observación literal de las herramientas de justicia negociada, con inclusión de la posibilidad de acuerdo de lenidad entre personas jurídicas y la Fiscalía, que es fruto de una interpretación<sup>2567</sup>, y considerando las competencias de las autoridades federales de Brasil.



Fuente: elaboración propia.

<sup>2564</sup> ATHAYDE (2019: 336).

<sup>2565</sup> ATHAYDE (2019: 337).

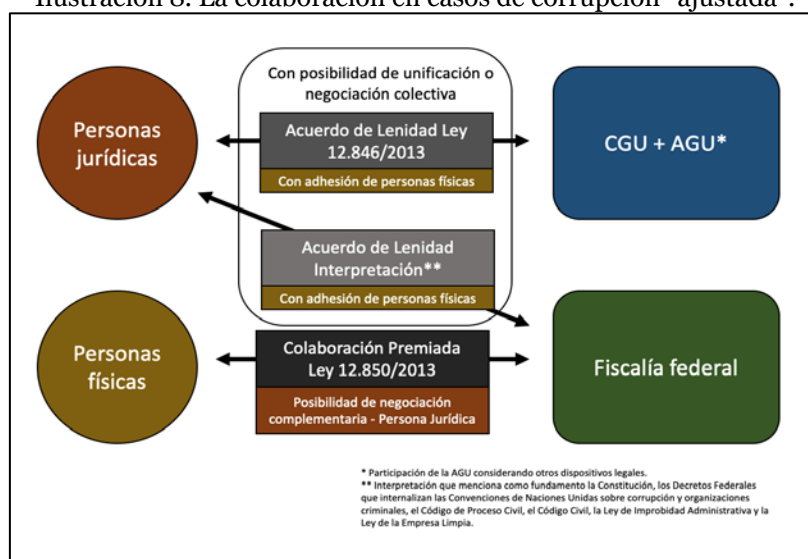
<sup>2566</sup> ATHAYDE (2019: 338).

<sup>2567</sup> Ver el apartado anterior sobre el acuerdo de lenidad del Ministerio Fiscal Federal.



La figura abajo ilustra las posibilidades de colaboración con los ajustes posibles: además de la inclusión de la colaboración con el Ministerio Fiscal Federal, con la participación de personas físicas en la colaboración de personas jurídicas<sup>2568</sup>.

Ilustración 8. La colaboración en casos de corrupción “ajustada”.



Fuente: elaboración propia.

#### 4. LA LEY 12.846/2013: DE LA RESPONSABILIDAD OPE LEGIS AL ACUERDO DE LENIDAD

La aprobación de la Ley 12.846/2013, la Ley de la Empresa Limpia, es considerada el elemento necesario para inaugurar en el sistema brasileño la efectiva responsabilidad de personas jurídicas<sup>2569</sup>. Dicha ley ha recibido diversos apodos relacionados con esta finalidad de luchar contra la corrupción, como Ley Anticorrupción y Ley Anticorrupción Empresarial<sup>2570</sup>. Sin embargo, estos apodos parecen presentar equívoco, dado que la Ley tiene un amplitud más definida y quizás más restringida de lo indicado por estos nombres: la Ley de 12.846/2013 tiene la finalidad de prever la responsabilidad solamente de personas jurídicas por hechos que lesionen a la Administración Pública nacional o extranjera<sup>2571</sup>. De esta manera sus preceptos son aplicables solamente a una parte de la relación de las personas involucradas en corrupción, dada su inaplicabilidad a personas

<sup>2568</sup> Ver capítulo I, para el análisis del caso de Odebrecht y la Ilustración 1.

<sup>2569</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 21).

<sup>2570</sup> SIMÃO & VIANNA (2017:21); ATHAYDE (2019:237) y ARAS (2018).

<sup>2571</sup> Ley 12.846/2013: *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.*

físicas particulares o funcionarios y políticos participantes de los hechos ilícitos. Además, la Ley fue planteada también con la finalidad de introducir incentivos a la cultura de cumplimiento corporativo en el sistema brasileño, de manera que sigue la tendencia de convenciones internacionales de promover también medidas de prevención a los pagos de soborno<sup>2572</sup>. Por estos motivos, denominaciones como La Ley de la Empresa Limpia o la Ley de la Integridad de las Personas Jurídicas parecen más adecuadas a sus preceptos<sup>2573</sup>.

Brasil participa en el ámbito internacional en organismos y es parte de Convenciones de lucha contra la corrupción con bastante anterioridad de la aprobación de la Ley de la Empresa Limpia<sup>2574</sup>. Sin embargo, la Ley fue aprobada solamente tras protestas y manifestaciones populares en las cuales la población, en el año 2013, exigía cambios a la clase política<sup>2575</sup>, y uno de los principales problemas señalados por la población en dichas protestas era la necesidad de combatir eficazmente la corrupción<sup>2576</sup>. Es importante observar que el proyecto de ley que, después de alteraciones, resultó en la Ley 12.846/2013, fue presentado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de los Diputados en febrero de 2010<sup>2577</sup>. Tras enmiendas —incluida la inserción de la herramienta del acuerdo de lenidad— el texto fue aprobado por los diputados en 19 de junio de 2013, por los senadores en 4 de julio de 2013 y por la presidente de Brasil el 1 de agosto de 2013.

---

<sup>2572</sup> El art. 7.º, VIII de la Ley prevé el programa de integridad interno como atenuante de pena. En el párrafo único del mismo artículo, la Ley prevé la competencia del poder ejecutivo federal para regular los parámetros de la evaluación de los programas de integridad y control, competencia que fue ejercida a través de la publicación del Decreto Federal 5.480/2015.

<sup>2573</sup> De hecho, ZENKNER (2019: 173) y ATHAYDE (2019: 237) utilizan esos apodos para la Ley.

<sup>2574</sup> ATHAYDE (2019: 238). Las Convenciones de OCDE y Naciones Unidas contra la corrupción, por ejemplo, fueron trasladadas al ordenamiento jurídico brasileño a través de decretos aprobados entre los años de 2005 y 2006, conforme se ha mencionado en apartado anterior.

<sup>2575</sup> Ver *Em dia de maior mobilização, protestos levaram mais de 1 milhão de pessoas às ruas no Brasil*, Cotidiano UOL (June 20, 2013) <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/em-dia-de-maior-mobilizacao-protestos-levam-centenas-de-milhares-as-ruas-no-brasil.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Ver también Luiz Fernando Toledo, *Passeata dos Cem Mil, Caras Pintadas e Movimento Passe Livre debatem 'Jornadas de Junho'*, Estadão (December 13, 2013) <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,passeata-dos-cem-mil-caras-pintadas-e-movimento-passe-livre-debatem-jornadas-de-junho,1107798> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Ana Carolina Moreno, *G1 Brasil* (June 28, 2013) <http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2576</sup> Conforme a las encuestas, más del 80% de los participantes de las protestas demandaban del gobierno cambios en políticas y en la prestación de servicios públicos, en especial la lucha contra la corrupción. Gustavo Villela, *O Brasil foi as ruas em junho de 2013*, ACERVO O GLOBO (May 15, 2014) <https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Ver también la nota anterior.

<sup>2577</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 25).

Así, tras las protestas, un proyecto de ley que había sido propuesto años antes al Poder Legislativo para cumplir compromisos internacionales que Brasil había firmado en los años 1996 y 1997, fue aprobado mediante un trámite muy rápido<sup>2578</sup>. De hecho, las protestas de junio de 2013 son consideradas el factor esencial para su aprobación, en especial porque esta ley fue utilizada por los parlamentarios de Brasil como “respuesta” a las demandas de la sociedad<sup>2579</sup>. El trámite legislativo muy rápido fue considerado como una de las causas de que la Ley se aprobase con fallos<sup>2580</sup>, y toda esta coyuntura fue relevante para que la clase política se refiriera a la Ley como “anticorrupción”, debido al interés de presentarla como una respuesta a los clamores sociales de que se combatiera la corrupción sistémica. La regulación federal de la Ley fue hecha en 2015, a través del Decreto Federal 8.420/2015<sup>2581</sup>.

La importancia de la aprobación de la Ley de la Empresa Limpia no reside en el hecho de que no existía responsabilidad de personas jurídicas en Brasil por conductas relacionadas a corrupción y soborno. La mencionada Ley de *Improbidad* Administrativa, por ejemplo, incluso antes de la Ley 12.846/2013, permitía la responsabilidad de personas jurídicas involucradas en hechos de *improbidad*<sup>2582</sup>, incluyendo pagos de soborno, enriquecimiento ilícito y fraudes que generen daños a los fondos públicos, entre otras conductas<sup>2583</sup>. Otro ejemplo de posibilidad de responsabilidad de personas jurídicas es la propia Ley de Contratos Públicos —Ley 8.666/1993— que permite la aplicación de sanciones a personas jurídicas: además de multas, la Ley permite la sanción de prohibición de contratar con la Administración Pública para casos de incumplimiento contractual, de fraude y de falta de idoneidad de la persona jurídica contratada<sup>2584</sup>. De esta manera se observa que el sistema brasileño preveía la responsabilidad de personas jurídicas por diversas conductas relacionadas a corrupción<sup>2585</sup>.

---

<sup>2578</sup> Brasil es parte de la Convención de la OEA (1996) y de la Convención de OCDE (1997) contra la corrupción. También es parte de las convenciones de Palermo (2000) y de Mérida (2003), de las Naciones Unidas. Ver ATHAYDE (2019: 239).

<sup>2579</sup> Los senadores de Brasil aprobaron la propuesta en 15 días, lo que es muy rápido para la tradicional marcha del poder legislativo, de manera que SIMÃO & VIANNA (2017: 27-28) consideran que la Ley fue aprobada con imperfecciones dado la excesiva velocidad en el final de su tramitación.

<sup>2580</sup> SANTOS, BERTONCINI & CUSTÓDIO FILHO (2015) y SIMÃO & VIANNA (2017: 28). Entre los fallos se puede mencionar, por ejemplo, la superposición con la Ley de *Improbidad* Administrativa y la fragmentación de competencia para investigar y utilizar herramienta de colaboración.

<sup>2581</sup> Decreto 8.420/2015, art. 30, § 2.º.

<sup>2582</sup> ZENKNER (2019: 437).

<sup>2583</sup> Conforme se ha mencionado en apartado anterior, en especial en los términos de los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 8.429/1992. Ver también ARAS (2018: 216).

<sup>2584</sup> Arts. 86 a 88 de la Ley 8.666/1993.

<sup>2585</sup> La propia Ley del Tribunal de Cuentas también prevé la posibilidad de responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados a fraude en contratos. Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992: Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

Sin embargo, este sistema presentaba fallos, porque que las leyes mencionadas —y otras existentes— no estaban dirigidas específicamente a la responsabilidad de personas jurídicas por supuestos de corrupción. Así, para la aplicación de la Ley de *Improbidad* Administrativa a un caso concreto hace falta la persecución también de un funcionario o político, lo que hacía imposible, en diversos casos, la responsabilidad de personas jurídicas; por ejemplo, si existía solamente la conducta unilateral de la persona jurídica —ofreciendo a funcionario, sin la aceptación o contrapartida—. La Ley 8.666/1993 también tiene su ámbito de aplicación restringido porque requiere que las irregularidades estén relacionadas con contratación pública, de manera que tampoco es aplicable a todos los casos posibles de fraude y corrupción. Por ejemplo, no es aplicable si el fraude fuera originado a partir de un convenio público, o si el pago de soborno fuera relacionado con la obtención de una licencia o permiso administrativo —sin procedimiento de contratación—.

Además, ninguna de estas leyes asignaba competencia para casos de soborno transnacional. En estos términos, antes de la Ley 12.846/2013 había diversos ámbitos en los cuales no era posible imponer responsabilidad a personas jurídicas por supuestos de corrupción. A partir de dicha ley es posible imponer responsabilidad por actos relacionados a soborno y corrupción incluso en los casos en los cuales no hay culpabilidad de funcionario o políticos, en los casos de empresas brasileñas que hicieron pagos a funcionarios de otros países o de organizaciones internacionales, incluso en los casos en los que no hubiera ninguna relación contractual con la Administración. Por ello la Ley efectivamente amplía el elenco de situaciones en las cuales es posible imponer responsabilidad a las personas jurídicas, lo que genera en el sistema un estándar más adecuado de igualdad, al posibilitar la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas a partir de su culpabilidad por la práctica de hechos lesivos<sup>2586</sup>.

Además de la aplicación a supuestos de corrupción y soborno nacional o transnacional, la responsabilidad prevista en la Ley 12.846/2013 también ocurrirá en conductas más amplias de lo que es tradicionalmente considerado como “delitos” de corrupción. Conforme se ha mencionado, la Ley fue planteada también para hacer frente a obligaciones internacionales de Brasil a partir de diversas convenciones, dentro las cuales la Convención de OCDE y de Naciones Unidas contra la corrupción, que prevén la necesidad de que los Estados-parte implementen reglas de responsabilidad de ofrecimiento o pago de ventajas a funcionario, directa o indirectamente, a cambio de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar<sup>2587</sup>. Es decir, en ambos casos la obligación internacional requiere que se implemente

---

<sup>2586</sup> SCHÜNEMANN (2004: 22).

<sup>2587</sup> Conforme a los conceptos del art. 1.º de la Convención Anticorrupción de la OCDE y los artículos 15 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas.

responsabilidad en caso de pagos o promesas de ventajas que tengan la finalidad específica de que un funcionario actúe o deje de actuar<sup>2588</sup>. De este modo, Brasil estaba obligado a implementar responsabilidad de personas jurídicas que actuaran de manera corrupta con el intento específico de obtener una ventaja en un negocio. De igual modo, el sistema brasileño de responsabilidad penal de las personas físicas, a través de los delitos de corrupción activa y de corrupción activa en transacción comercial internacional, también requiere el elemento de finalidad específica de que la conducta de ofertar o pagar ventaja indebida esté relacionada a determinar que el funcionario practique, retrase o deje de practicar un acto de oficio<sup>2589</sup>.

No obstante, las conductas irregulares descritas en la Ley 12.846/2013 están relacionadas con la promesa o el pago de ventaja, la manera de ejecución, entre otras conductas, sin que exista la necesidad de que el funcionario también actúe para que se produzca el hecho ilícito<sup>2590</sup>. En este aspecto, las conductas de la ley de responsabilidad de las personas jurídicas son más amplias que las conductas previstas en la ley penal de Brasil y que las conductas de las convenciones internacionales<sup>2591</sup>. Esa ausencia del elemento de la finalidad específica de la oferta o pago de la ventaja indebida puede hacer más simple la comprobación de la irregularidad y, consecuentemente, más simple la imposición de responsabilidad.

Ello ocurre porque, en el caso concreto, no es necesario comprobar la finalidad pretendida de la conducta de la persona jurídica: la prueba del pago o de la oferta de la ventaja —en los términos de la Ley— será suficiente. Esto puede ser una ventaja especialmente en los casos de pago de soborno transnacional, en el cual parte de las conductas pueden tener desarrollo en otro país, bajo otras leyes y otras jurisdicciones. La ausencia del elemento *finalidad* significa la ausencia de una necesidad de intentar demostrar que dicha finalidad está en desconformidad con los derechos que la persona jurídica pudiera pleitear en la otra jurisdicción. Sin embargo, la responsabilidad estará limitada por dos elementos: el primero, hace falta que la ventaja sea indebida<sup>2592</sup>. El segundo, la Ley también define que los actos irregulares son los actos que infrinjan el patrimonio público nacional o extranjero o los principios de la Administración Pública<sup>2593</sup>. Con ello, la

---

<sup>2588</sup> Conforme el art. 1.º de la Convención Anticorrupción de la OCDE, la finalidad debe estar relacionada con negocio internacional.

<sup>2589</sup> Código Penal (CPB) arts. 317 y 337-B (Braz).

<sup>2590</sup> DEMATTÉ (2015: 119).

<sup>2591</sup> El análisis de las conductas irregulares será profundizado en el próximo apartado.

<sup>2592</sup> Ley 12.846/2013, art. 5, I.

<sup>2593</sup> En el original del art. 5.º de la Ley 12.846/2013: Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos.

responsabilidad de la persona jurídica no podrá ser aplicada sin que exista lesividad, sin que exista un daño al interés público relevante protegido por la norma. En el caso concreto, no hace falta probar de la finalidad de la oferta o del pago de soborno, pero hace falta probar la vulneración de los principios administrativos o la creación de perjuicio al patrimonio público.

Lo que puede ser denominado el estándar de culpabilidad de la persona jurídica en la práctica de los hechos también es más bajo que el estándar tradicional de los delitos de corrupción aplicables a personas físicas, porque la Ley 12.846/2013 prevé responsabilidad objetiva<sup>2594</sup>. De esta manera, poco importa el dolo o la culpa de la persona jurídica, o las teorías utilizadas en otros sistemas jurídicos para comprobar la culpabilidad, tales como el *respondeat superior* y el *collective knowledge* adoptados en Estados Unidos<sup>2595</sup> o la acción por omisión adoptada en otros países<sup>2596</sup>. Además, la responsabilidad puede ser aplicada a través de proceso administrativo de responsabilidad o proceso civil. En el primer caso, la autoridad responsable debe nombrar una comisión de investigación que reunirá pruebas e información<sup>2597</sup>, analizará la defensa y confeccionará su informe final, para que la autoridad administrativa, en base en ello, decida sobre la imposición de la responsabilidad. En el segundo caso, la responsabilidad será aplicada (i) como consecuencia de la responsabilidad aplicable en el proceso administrativo —como extensión de la responsabilidad a través de la imposición de sanciones más graves— (ii) o como vía para suplir la omisión de la autoridad administrativa en promover la investigación adecuada del caso<sup>2598</sup>. Esta responsabilidad puede ser reducida —no hay exención total de responsabilidad de la persona jurídica— en los casos de colaboración en sede de justicia negociada.

La herramienta de justicia negociada de la Ley 12.846/2013 —el acuerdo de lenidad— está inspirada en la legislación brasileña de delitos contra la competencia<sup>2599</sup>: la Ley 12.529/2011 y acuerdo de lenidad *antitrust*. Esto puede ser uno de los motivos por los cuales, por ejemplo, la Ley de la Empresa Limpia prevé el acuerdo de lenidad solamente con la primera persona jurídica que manifieste su interés en colaborar con la investigación del hecho indebido<sup>2600</sup>. Ese tipo de requisito es más importante en situaciones de cártel, en las cuales el *dilema del prisionero* es aplicable a una multiplicidad de personas jurídicas. Además, si el intento de la legislación es permitir que solamente la primera *persona* a colaborar

---

<sup>2594</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 29-30).

<sup>2595</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 72-73).

<sup>2596</sup> La acción por omisión puede ser utilizada como teoría para basar la responsabilidad objetiva. Sin embargo, no hace falta la comprobación, en el caso de Brasil, de la omisión de la persona jurídica, dado el hecho de que el estándar aplicable es el de responsabilidad objetiva.

<sup>2597</sup> Ley 12.846/2013, arts. 8-15.

<sup>2598</sup> Ley 12.846/2013, arts. 18-21.

<sup>2599</sup> ATHAYDE (2019: 241).

<sup>2600</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §1.º, I.

reciba las ventajas por su colaboración, no es razonable no incluir también a las personas físicas: en casos de corrupción es posible la participación de diversas personas jurídicas, pero el estándar más simple de corrupción es el que relaciona uno o más agentes que actúan con la oferta o el pago de soborno y un o más agentes como destinatarios o como solicitantes de los pagos.

En este sentido, lo más común de la corrupción no involucraría diversas personas jurídicas, pero una multiplicidad de personas físicas y eventualmente una o más personas jurídicas. Por otro lado, la teoría de los juegos y el dilema del prisionero basan la idea de que los agentes involucrados en hechos indebidos tendrán el interés en colaborar si perciben que las ventajas por la colaboración serán obtenidas por el primero que colabora<sup>2601</sup>. En este caso, la colaboración de un agente quita al otro la posibilidad de recibir beneficios por colaboración, de modo que la posibilidad de que solamente el primero agente reciba ventajas desestabiliza la relación de confidencialidad y confianza existente entre los involucrados en los hechos lesivos. Sin embargo, a partir de la estructura de la Ley de la Empresa Limpia, no hay prohibición para la colaboración de más de una persona: de una persona física —con la Fiscalía, en los términos mencionados— y una persona jurídica.

En una situación en la cual ocurre cártel de empresas los incentivos para colaboración serán otros, puesto que deberán ser direccionado a las personas jurídicas involucradas en el cartel. De esta manera, en este contexto parece tener relevancia el requisito de permitir ventajas a cambio de colaboración sólo a la primera persona jurídica. Adicionalmente, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia, la herramienta de justicia negociada está nítidamente dirigida a incrementar el potencial investigador de la Administración, de manera que puede ser relevante la colaboración de más de una persona involucrada —física o jurídica— conforme a la capacidad efectiva de proveer información y pruebas de los hechos<sup>2602</sup>.

#### **4.1. Responsabilidad de personas jurídicas en la Ley 12.846/2013**

La Ley de la Empresa Limpia, conforme se ha mencionado, prevé la posibilidad que el Estado imponga responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción y soborno. De igual modo, la herramienta de justicia negociada que prevé —el acuerdo de lenidad— también puede ser utilizada para los mismos hechos sobre los cuales es posible imponer la responsabilidad. La ley prevé que la autoridad máxima del órgano de la Administración podrá negociar y firmar acuerdo de lenidad

---

<sup>2601</sup> Sobre el tema, ver DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 23-28) y MARTINEZ (2018).

<sup>2602</sup> Sobre el tema, ver los apartados anteriores.

con las personas jurídicas involucradas en conductas irregulares descritas en la propia ley<sup>2603</sup>. En estos términos, la Ley prevé una herramienta de justicia negociada que, además de cualificada, tiene una utilización restringida a conductas específicas. Cualificada porque la herramienta del acuerdo de lenidad requiere más que la simple confesión y renuncia al juicio<sup>2604</sup>; restringida porque no prevé el acuerdo de colaboración para todas las conductas irregulares capaces de generar responsabilidad de personas jurídicas<sup>2605</sup>.

Debido a esta conexión estricta de la colaboración con la responsabilidad administrativa, un adecuado planteamiento de la colaboración requiere el esclarecimiento de la posible superposición de responsabilidad, además de una evaluación de los efectos del tipo de responsabilidad previsto, en este caso, responsabilidad administrativa objetiva. La superposición de leyes en Brasil hace que la tarea de la persona jurídica que intente colaborar sea más compleja que simplemente hacer una búsqueda de la autoridad competente: es posible que una misma conducta esté relacionada con pago de sobornos y con, por ejemplo, violación de las leyes *antitrust* de Brasil<sup>2606</sup>. Como la colaboración de personas jurídicas en sede de delito contra la competencia y la colaboración en caso de corrupción son realizadas ante la autoridad administrativa, el futuro colaborador deberá identificar las posibles consideraciones a respecto de su conducta para identificar con cuantas y con qué autoridades deberá colaborar. En este aspecto, extender los efectos del acuerdo de lenidad *antitrust* —previsto en la Ley 12.529/2011— para la responsabilidad administrativa por hechos de corrupción sería extrapolar los límites de los acuerdos de lenidad y de la propia competencia de las diversas autoridades administrativas<sup>2607</sup>. No obstante, es posible —y saludable— una articulación entre las autoridades responsables de investigar y negociar acuerdos de lenidad que conlleve al futuro colaborador a presentar su interés en colaborar de manera conjunta<sup>2608</sup>.

En el ejemplo mencionado, la eventual superposición de responsabilidad está relacionada más con la propia complejidad de las

---

<sup>2603</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, en el original: Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte.

<sup>2604</sup> Sobre los requisitos para la colaboración, ver próximo apartado.

<sup>2605</sup> Por ejemplo, no prevé acuerdos de colaboración en el caso de la responsabilidad prevista en la Ley del Tribunal de Cuentas de la Unión, tampoco prevé expresamente la colaboración para casos de la Ley de *Improbidad* Administrativa, aunque para esta situación exista, conforme se ha mencionado en los apartados anteriores, interpretación de que las conductas de *improbidad* son posibles de acuerdo de lenidad a partir de una interpretación del sistema jurídico brasileño.

<sup>2606</sup> De hecho, eso pasó con el “Caso Lava Jato”. Ver el Capítulo 1.

<sup>2607</sup> ATHAYDE (2019: 105).

<sup>2608</sup> ATHAYDE (2019: 105-106).



conductas desarrolladas que con una superposición de responsabilidad por los mismos hechos ilícitos, porque una serie de conductas adoptadas por los mismos agentes violan leyes que protegen intereses diversos, con conceptos, sanciones y responsabilidades diversas <sup>2609</sup>. Así, un grupo de personas puede reunirse para negociar precios y condiciones de contratación de manera ilícita y también, para ejecución de dichas actividades, puede incurrir en incumplimiento contractual, pagos de ventajas indebidas a funcionarios, o fraudes fiscales, entre otras acciones.

Si las conductas están dirigidas a obtener ventajas en contratación con la Administración Pública, la serie de conductas descritas, además de perjudicar la competencia en el mercado, también perjudican los principios relacionados con la contratación y la preservación de los fondos públicos, y perjudican la actividad de cobro de tasas e impuestos. En este caso, el mismo conjunto de conductas genera lesión de múltiples intereses públicos, regulados por diversas leyes. Dichas leyes prevén la competencia para investigar y sancionar a diversas autoridades administrativas, y la superposición está relacionada con la existencia de conductas complejas y con finalidades diferentes. Es decir, no fue por el pago de soborno que hubo cártel de empresas, de manera que la superposición de responsabilidades es heterogénea. En el ejemplo, las empresas se pusieron de acuerdo en colusión de precios, y además hicieron pagos de sobornos a funcionarios y políticos para obtener ventajas en contrataciones con la Administración Pública.

No obstante, el planteamiento del sistema jurídico brasileño también permite que ocurra superposición de responsabilidad debido a la posibilidad de aplicación de diversas leyes a los mismos hechos. En este aspecto, no son diversas conductas que forman parte de un desarrollo delictivo complejo lesivo de diversos bienes jurídicos protegidos por múltiples ámbitos de responsabilidad. En realidad, el ordenamiento jurídico brasileño está planteado de manera que es posible la imposición de diversas “responsabilidades” por los mismos hechos basado en leyes que prevén la protección de intereses jurídicos similares o idénticos. Además de la Ley de la Empresa Limpia, están relacionadas a ese ámbito de responsabilidad la Ley de Contratación Pública y la Ley de *Improbidad*. Incluso la Ley del Tribunal de Cuentas de la Unión permite la imposición de responsabilidad a las personas jurídicas involucradas en fraude contractual<sup>2610</sup>.

---

<sup>2609</sup> Es lo que ocurrió con el “Caso Lava Jato” en Brasil. Incluso la empresa UTC firmó un acuerdo de lenidad con la autoridad responsable por investigar y sancionar carteles de empresas y con la autoridad responsable por investigar y sancionar supuestos de corrupción. Ver el Capítulo 1.

<sup>2610</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 183). No obstante, esa superposición no será pormenorizada en este apartado dado el alto grado de complejidad. En suma, la Ley del tribunal es anterior a la Ley 8.666/1993, que también prevé responsabilidad con declaración de ausencia de idoneidad

Este tipo de superposición de la responsabilidad puede ser considerada homogénea. Por ejemplo, la superposición de responsabilidad puede ocurrir cuando una persona jurídica, a través de sus directivos, negocia y paga soborno a un funcionario para ser contratada por la Administración con fraude en el procedimiento de contratación, de manera que obtiene el contrato que no debería obtener. En este caso la irregularidad relacionada con la conducta deshonesta en la contratación pública estará —en abstracto— sujeta a incidencia de la Ley 12.846/2013, de la Ley 8.666/1993 y de la Ley 8.429/1992<sup>2611</sup>.

De hecho, en casos como el del ejemplo, el propio sistema jurídico prevé la investigación de las conductas de violación de la Ley 12.846/2013 junto con la irregularidad de la Ley 8.666/1993. Dicha regla está presente en el Decreto 8.420/2015, que menciona la investigación conjunta de los hechos de las dos leyes, además de la investigación conjunta de otras irregularidades administrativas previstas en otras leyes de contratación pública<sup>2612</sup>. De igual modo, la Ley 12.846/2013, prevé la posibilidad de realizar acuerdo de lenidad en los casos de las irregularidades administrativas previstas en la Ley 8.666/1993<sup>2613</sup>. De esta manera, aunque exista superposición, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia y de la Ley de Contrataciones Públicas, el sistema permite la investigación e imposición de responsabilidad en un único proceso, además de permitir también la colaboración de la persona jurídica involucrada a través del acuerdo de lenidad. Este acuerdo de colaboración unificado podrá generar reducción o exención de las sanciones previstas en las dos leyes, lo que constituye un relevante incentivo para la colaboración: la persona jurídica involucrada en un pago de soborno relacionado con la contratación pública puede buscar la reducción o exención de la responsabilidad de la Ley de la Empresa Limpia y de la Ley de Contratación Pública con una negociación única<sup>2614</sup>.

---

para contratar por los mismos hechos. Además, como parte de la Unión, el Tribunal de Cuentas tiene su representación judicial realizada por la AGU, que también es parte de los acuerdos de lenidad de la Ley 12.846/2013. De esta manera parece compleja en términos teóricos y prácticos la tarea del Tribunal de Cuentas—órgano no judicial—imponer responsabilidad a personas jurídicas en los casos de acuerdo de lenidad basada en las Leyes 8.666/1993 y 12.846/2013.

<sup>2611</sup> Sobre la superposición de la Ley 8.429/1992, ver apartado *infra*. Ver también ZENKNER (2019: 437) y TOJAL (2014).

<sup>2612</sup> Decreto 8.420/2015: Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n.º 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

<sup>2613</sup> Art. 17 de la Ley 12.846/2013: Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

<sup>2614</sup> Para la superposición en el caso de la Ley de Improbidad, ver apartado específico *infra*.

Por último, otra cuestión importante es que la Ley de la Empresa Limpia prevé responsabilidad de naturaleza objetiva y únicamente para personas jurídicas<sup>2615</sup>. El hecho de que la responsabilidad sea objetiva significa, decir que la persona jurídica será condenada sin que se evalúe su culpabilidad<sup>2616</sup>. En estos términos, para efectos de imposición de sanción, no debería importar si la persona jurídica fue omisa en sus deberes de supervisión y control o si la persona jurídica actuó de manera direccionada para la realización de las conductas indebidas a través de sus empleados y directivos. O sea, la responsabilidad objetiva alcanza tanto a las personas jurídicas que establecieron estrategias de control y mitigación de riesgo de conductas indebidas, como los programas de cumplimiento, así como a las personas jurídicas cuyos directivos estuvieron directamente relacionados con el planteamiento de la práctica de conductas irregulares para incrementar la productividad o lucro.

Bajo este contexto, en un primer momento la Ley tendría un verdadero desincentivo para adoptar sistemas de cumplimiento, y tratar de igual manera las diferentes situaciones empresariales. Esto es observable a partir de dos factores: el primero, la empresa que tuvo costes para evitar las conductas de soborno tendrá el mismo trato que la empresa que no pagó estos costes. El segundo, la propia existencia de un sistema de control interno eficaz aumenta la probabilidad de rastreo de hechos indebidos, de manera que los costes de un sistema que genere investigación formal y estructurada de denuncias tendrán la perspectiva de generar aún más costes (por incrementar la probabilidad de identificar la conducta lesiva y, consecuentemente, la probabilidad de responsabilidad)<sup>2617</sup>.

No obstante, el sistema brasileño contempla herramientas para intentar extraer el mejor provecho de la responsabilidad objetiva añadiendo la evaluación de culpabilidad en la imposición de responsabilidad. En un primer momento, el hecho de que la responsabilidad sea objetiva generará un desincentivo a la colaboración. Sin embargo, en un segundo momento, la existencia de programas internos de monitoreo y control es uno de los factores previstos en la Ley para ser observados al momento de imponer responsabilidad<sup>2618</sup>. La cooperación de la persona jurídica en las investigaciones también es otro factor que deberá ser considerado en la imposición de las sanciones<sup>2619</sup>. Además, el Decreto 8.420/2015 prevé los

---

<sup>2615</sup> Art. 1.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2616</sup> RIBEIRO (2017) hablando que la responsabilidad será consecuencia de la violación de la norma de conducta. Ver también ZENKNER (2019: 174-175).

<sup>2617</sup> ARLEN & KRAAKMAN (1997: 708-710).

<sup>2618</sup> Ley 12.846/2013, art. 7.º, VIII: Art. 7.º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

<sup>2619</sup> Ley 12.846/2013, art. 7.º, VIII: VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações.

porcentajes de incremento y reducción de la pena de multa relacionados a la existencia de programa de cumplimiento, colaboración con las investigaciones y tolerancia de los directivos de la empresa con las conductas indebidas<sup>2620</sup>.

De esta manera, el hecho de no haber participación o tolerancia de la junta directiva de la empresa en las conductas indebidas, de no haber continuidad de las conductas ni ser una empresa reincidente, de haber reporte voluntario, de haber medidas de corrección y de haber programa de cumplimiento eficaz, reducen la pena de multa. Por ello es posible concluir que, aunque la Ley prevé responsabilidad objetiva, prevé también que la sanción será menor en los casos de existencia de programa de cumplimiento y adopción de medidas como reparación de los daños y colaboración<sup>2621</sup>. Es decir, la culpabilidad no es un elemento evaluado en la decisión de imponer o no responsabilidad, será evaluada en el cómputo de la sanción aplicable, en especial de la multa. No obstante, la responsabilidad objetiva, la Ley prevé un primer nivel de incentivo a la adopción de programas de cumplimiento al condicionar la imposición de responsabilidad a medidas relacionadas con dichos programas. La estructura normativa de cuantificación de las sanciones contiene factores a ser evaluados conforme el caso concreto, basados en el principio de proporcionalidad, que incluyen elementos relacionados a lo que podría ser denominado *culpabilidad* de la persona jurídica.

Además, el propio acuerdo de lenidad funciona como un espacio de evaluación de la culpabilidad de la persona jurídica en la imposición de responsabilidad. El sistema de la Ley 12.846/2013 no prevé la total exención de responsabilidad por la práctica de hechos indebidos, pero sí prevé la exención de algunas sanciones —como la condena de no idoneidad para contratar y la publicación de condena por la práctica de hechos indebidos— y prevé la reducción de la sanción de multa. Para ello, la persona jurídica tendrá que suspender la práctica de los actos indebidos y cooperar con las investigaciones<sup>2622</sup>, y tendrá que entregar información y pruebas sobre los hechos y sobre las demás personas involucradas en las conductas<sup>2623</sup>. En términos prácticos, el hecho de realizar el reporte voluntario, la investigación interna, adoptar medidas de corrección y colaborar de manera amplia con las autoridades son los elementos necesarios para desarrollar los requisitos y condiciones legales de los acuerdos de lenidad. Y estos elementos deberían ser, como regla general, parte de un programa de integridad efectivo y de calidad. Por ello es posible

---

<sup>2620</sup> Decreto 8.420/2015, arts. 17 y 18.

<sup>2621</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 34-35) considerando que la responsabilidad objetiva es un incentivo a la implementación de sistema de cumplimiento dado que la existencia de dicho programa es uno de los factores a ser observados en la imposición de responsabilidad.

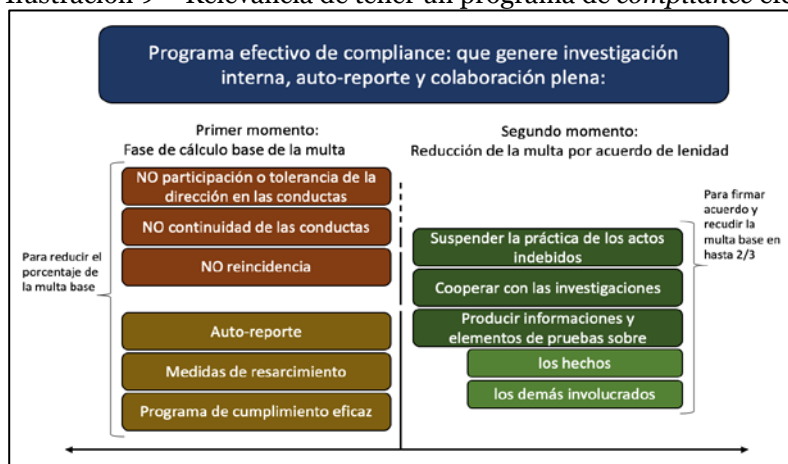
<sup>2622</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, §1.º, I-III.

<sup>2623</sup> Ley 12.846/2013, art. 16, I-II.

concluir que la Ley también prevé un según nivel de incentivo para adoptar sistemas de control interno: la simplificación de la colaboración con la finalidad de negociar acuerdo de lenidad. Es importante observar que el programa de cumplimiento previo, en estos términos, no es uno de los elementos necesarios para realización del acuerdo: su existencia previa demuestra los requisitos y condiciones para negociar acuerdo, mientras su ineficacia o inexistencia generarán la inclusión en el acuerdo de condiciones específicas para su mejoría o implementación<sup>2624</sup>.

La ilustración 9 demuestra la relevancia de los programas y medidas de cumplimiento y en el caso de imposición de sanción de multa sus dos momentos, primero, a partir de la identificación de ausencia de algunos elementos que incrementan el cálculo de la multa (agravantes) y de la presencia de algunos elementos que disminuyen el porcentaje del cálculo de la multa (atenuantes). En el segundo, en caso de acuerdo de lenidad, la Ley prevé factores relacionados al programa de cumplimiento que demuestran los resultados y los requisitos de la colaboración y la reducción de hasta dos tercios en el cómputo de la multa.

Ilustración 9 – Relevancia de tener un programa de *compliance* efectivo.



Fuente: elaboración propia.

De esta manera, a pesar de la responsabilidad objetiva, la Ley permite la utilización de la culpabilidad y de la conducta posterior a la comisión de los delitos como factores para reducir la responsabilidad, tanto a través del cálculo de la multa como a través del cumplimiento de los requisitos del acuerdo de lenidad. En la práctica, el sistema de Brasil exige elementos de colaboración para reducir la sanción y para realizar un acuerdo de lenidad que están relacionados con una cultura corporativa de prevención, investigación y corrección de los daños causados por la comisión de delitos.

<sup>2624</sup> Decreto 8.420/2015, art. 37, IV.

Este tipo de cultura corporativa puede ser generado a partir de un programa de cumplimiento antisoborno eficaz, demostrando un paso extra: la necesidad de utilizar el control interno para auxiliar la Administración en las investigaciones, requiriendo de las empresas un desarrollo preventivo y también represivo de la comisión de delitos<sup>2625</sup>.

No obstante, la Ley no prevé exención de responsabilidad en los casos de existencia de programa eficaz: aunque la persona jurídica descubra el hecho lesivo, realice investigación interna y reporte voluntario, además de colaborar plenamente con las investigaciones, estará sujeta a imposición de sanción. Además, la efectividad y calidad del programa de cumplimiento significa una reducción en la sanción de la multa en hasta unos cuatro puntos porcentuales de un total de veinte puntos<sup>2626</sup>. En este aspecto, aunque la consideración de culpabilidad en la aplicación de sanción y decisión sobre el acuerdo funcione como incentivo para un programa de cumplimiento, este incentivo puede no ser el necesario para que las personas jurídicas realmente implementen los mecanismos más eficaces de control interno. Es decir, un sistema eficaz no necesariamente generará la prevención de todas las probables irregularidades, especialmente en empresas de grandes dimensiones y multinacionales con estructura compleja. Añadido a los costes de la implementación del propio sistema estará el incremento en la probabilidad de la imposición de responsabilidad —reducida debido a los factores previstos en la Ley— pero todavía así, impuesta como condena.

#### **4.2.      Ámbito objetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013**

Los actos irregulares de la Ley 12.846/2013 están previstos en su artículo 5.º y pueden ser divididos en cuatro categorías: (i) los actos asemejados al soborno, (ii) los actos de financiación o participación en los hechos indebidos, (iii) los actos relacionados con la contratación pública y (v) los actos para dificultar la actuación del control ejercido por la Administración.

El referido artículo de la Ley los conceptúa como actos lesivos a la Administración Pública nacional o extranjera y practicados por las personas jurídicas mencionadas en la Ley. En estos términos, la Ley tiene aplicabilidad también a los hechos realizados total o parcialmente en el exterior o en el territorio nacional, contra la Administración Pública de otros países. De esta manera, el sistema brasileño adoptó el mismo estándar de conductas lesivas y de responsabilidad de personas jurídicas para el

---

<sup>2625</sup> Lo que puede ser criticado como una manera de privatizar el rol del Estado de investigar e imponer responsabilidad a los involucrados en hechos lesivos. BOTTINI (2013) y SIMÃO & VIANNA (2017: 75-76).

<sup>2626</sup> Decreto 8.420/2015, art. 18, V.

soborno y la corrupción nacional y para el soborno transnacional<sup>2627</sup>. La Ley menciona que los hechos son aquellos que generen perjuicios al patrimonio público —nacional o extranjero—, que lesionen principios de la Administración Pública o que lesionen compromisos internacionales asumidos por Brasil. El interés jurídico protegido por la Ley será el patrimonio y presupuesto público además de los principios de la Administración Pública. Es importante observar que, no obstante la amplia descripción de las conductas lesivas posibles<sup>2628</sup> en el contenido principal del artículo 5.º, su descripción de irregularidades posibles de imposición de responsabilidad es *numerus clausus*, de manera que otras conductas no previstas que lesionen los mismos intereses jurídicos no están abarcadas<sup>2629</sup>.

#### **4.2.1. Los actos asemejados al soborno y a los actos de financiación o participación**

La primera definición de conductas irregulares previstas en la Ley es muy similar a la concepción tradicional de soborno<sup>2630</sup>. De hecho, la Ley considera irregular prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida al funcionario o a tercera persona relacionada, utilizando una definición similar a la de cohecho de las convenciones internacionales. Contempla la promesa y la oferta, de manera que la conducta genera responsabilidad, incluso en los casos en que no exista participación con la aceptación del funcionario. La Ley también considera similar la promesa o el pago de manera directa o indirecta. La propia Ley no conceptúa lo que es

---

<sup>2627</sup> De hecho, la Ley fue desarrollada para cumplir obligaciones internacionales de imposición de responsabilidad de personas jurídicas en hechos de corrupción nacional y transnacional. SIMÃO & VIANNA (2017: 21).

<sup>2628</sup> ZENKNER (2019: 176) considera que los principios de la Administración y los compromisos internacionales son bienes absolutamente inmateriales. De esa manera, no hace falta lesión al patrimonio o presupuesto para la configuración de los actos indebidos. BITTENCOURT (2015: 55-59) considera que, además del patrimonio y de los principios de la Administración, los compromisos internacionales son bienes protegidos por la Ley. Sin embargo, consideramos que los compromisos internacionales asumidos por Brasil no son objetos de protección de la propia ley, dado que son legislación internacional que basa el desarrollo de la protección de la ley a la Administración Pública nacional y extranjera. De hecho, parece más adecuado decir que los compromisos internacionales son legislación internacional que soporta la defensa del patrimonio y de los principios de la Administración. Además, los compromisos—con relación a corrupción y soborno—son compromisos del Estado brasileño, y demás Estado-parte. No son el tipo de legislación internacional que prevé responsabilidad de personas jurídicas o personas físicas, pero obligatoriedad de los países de implementar herramientas de responsabilidad jurídica.

<sup>2629</sup> SANTOS, BERTONCINI & COSTÓDIO FILHO (2015: 160) y ZENKNER (2019: 175).

<sup>2630</sup> El art. 5.º, I de la Ley 12.846/2013: Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos. I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

ventaja indebida, y tampoco vincula la promesa o pago con el objetivo de que el funcionario —agente público— actúe, omita o retrase su actuación de oficio, ni tampoco vincula el pago a la finalidad de mantener u obtener contratación<sup>2631</sup>. De esta manera, los límites de la conducta son la violación de los objetos jurídicos tutelados —el patrimonio, los principios públicos, la competencia, entre otros— y la ilicitud de la ventaja.

La definición de la Ley presenta otras ventajas comparada con el delito de corrupción activa definido en el Código Penal de Brasil. En primer lugar, la utilización de la expresión en portugués más amplia —*agente público*— tiene la posibilidad de abarcar virtualmente diversas personas<sup>2632</sup>. También la presencia del verbo *dar* suple una laguna en la ley penal que no prevé la tipicidad del pago a partir de una requisición del agente público<sup>2633</sup>. Además, no hace falta que la ventaja sea patrimonial, basta simplemente su inadecuación, o el hecho de que sea indebida<sup>2634</sup>.

Las dos próximas conductas descritas en la Ley son, en realidad, modalidades de participación de los hechos indebidos. En primer lugar, es considerada indebida la conducta de financiar, costear, patrocinar o de cualquier modo subvencionar la práctica de hechos *ilícitos*<sup>2635</sup> previstos en la Ley. Cuestión interesante es que esta descripción de hecho ilícito es una forma de proveer soporte a la práctica del acto lesivo. De esta manera y conforme el caso concreto será o una especie de participación —subvencionar de cualquier manera— o será una verdadera forma de ejecución indirecta —patrocinar para que alguien realice la conducta—, expresando comportamientos relacionados con la práctica de los hechos indebidos, para contemplar acciones indirectas de participación principal o adicional en la irregularidad.

En segundo lugar, la Ley considera irregular el hecho de utilizar a otra persona, física o jurídica, para ocultar o disimular los reales intereses de los hechos lesivos o la real identidad de los beneficiarios de los actos practicados<sup>2636</sup>. Una vez más, es una conducta que expresa una forma de ejecutar la conducta principal a través de la utilización de otra —u otras personas— para promover una especie de *layering*, con la finalidad de

---

<sup>2631</sup> Conforme se ha mencionado en apartado anterior, la Ley no menciona finalidad específica al pago ni obtención de resultado como parte de la conducta descrita irregular.

<sup>2632</sup> ZENKNER (2019: 177).

<sup>2633</sup> ZENKNER (2019: 177).

<sup>2634</sup> ZENKNER (2019: 178). En el Código Penal brasileño tampoco hay la restricción de que la ventaja sea exclusivamente patrimonial. Art. 333 del Código Penal (CPB).

<sup>2635</sup> Una vez más, aunque sean irregularidades administrativas, el lenguaje utilizada en la Ley es de “ilícitos” para referirse a los hechos lesivos a la Administración. Art. 5.º, II de la Ley 12.846/2013, en el original: II- comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

<sup>2636</sup> Art. 5.º, III de la Ley 12.846/2013, en el original: III- comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.



disimular el verdadero interés o la identidad. Como una forma de participación o ejecución de la irregularidad, las dos conductas exigen también la práctica de la irregularidad principal<sup>2637</sup>.

En los dos casos la descripción de la conducta empieza con el verbo *comprobadamente*, indica que hace falta la prueba para imponer la responsabilidad. En este aspecto, es interesante observar que (en estos dos casos) la Ley describe como conductas irregulares las principales acciones que son modo de participación o de ejecución de las verdaderas conductas principales —pagar, ofertar, fraudar, entre otras—. De igual modo, es interesante observar que la descripción empieza con un verbo relacionado con la presencia de pruebas. De hecho, hay una expectativa de que, para imponer responsabilidad, debe existir además de la lesión al bien jurídico protegido a través de una acción u omisión; el soporte probatorio obtenido a través del debido proceso con el respeto a los derechos y garantías inherentes a la defensa. Por ello, la utilización del “comprobadamente” parece ser excesiva, asimismo como la descripción de que la ejecución a través de otras personas físicas o jurídicas también generarán responsabilidad por los hechos principales. Debido a la naturaleza administrativa de la responsabilidad, fuera del contexto de las normas de coautoría, participación y ejecución previstas en el código penal, se puede suponer que el exceso de información previsto en la Ley está relacionado con el intento de garantizar a la Administración soporte legal para imponer la responsabilidad de manera efectiva.

#### **4.2.2. Los actos relacionados con la contratación pública**

La Ley 12.846/2013 también considera irregular una serie de conductas que pueden ocurrir en el ámbito de la contratación pública, en el inciso IV, dividido en siete apartados. Todas las descripciones de dichos apartados están relacionadas a algún tipo de fraude en el procedimiento de la contratación pública. De este modo, además de proteger la responsabilidad de personas jurídicas, la Ley también protege la responsabilidad por hechos relacionados con la corrupción de los procedimientos de contratación pública, como una protección a la regularidad de los procedimientos públicos de contratación<sup>2638</sup>.

La primera conducta prevista es (a) frustrar el procedimiento de contratación pública, mediante el empleo de ajuste, combinación de otro

---

<sup>2637</sup> Ver ZENKNER (2019: 179) hablando de esa característica de exigir la conducta principal solamente con relación al inciso II del artículo 5.º, sin mencionar la misma correlación en el inciso III. Sin embargo, dado que las dos conductas son modo de ejecución, las dos requieren una conducta principal.

<sup>2638</sup> ZENKNER (2019: 181).

expediente que afecte la competencia<sup>2639</sup>. En este aspecto, la Ley protege el carácter general de los procedimientos de contratación pública para estar abiertos —cumplidos los requisitos legales y técnicos— a la participación de todas las partes interesadas. Aunque la conducta no sea un tipo de conducta típica de pago de soborno a funcionario, está relacionada con la corrupción puesto que distorsiona la capacidad de la Administración Pública de obtener la mejor ventaja a partir de un acuerdo entre las partes contratantes. En realidad, la condena por la conducta es una forma de imponer responsabilidad por actuar de manera similar al cartel de personas jurídicas, incluso punible en los términos de la Ley 12.529/2011. De todos modos, la conducta irregular prevista aquí tiene como acción frustrar o fraudar, de manera que incluye no solamente la combinación de precios, sino también la prestación de información falsa u otros expedientes que quiten la competitividad necesaria al procedimiento de contratación pública. En estos términos, dicha conducta es más amplia que aquella de la mencionada ley que protege los delitos contra la competencia<sup>2640</sup>.

La siguiente conducta prevista es (b) impedir, perturbar o fraudar la realización de cualquier acto del procedimiento de contratación pública<sup>2641</sup>. Así, también es irregular la actuación contraria al procedimiento regular de la contratación pública. A diferencia de la irregularidad anterior, no requiere un resultado concreto de afectación del procedimiento —como la reducción del carácter de competitividad—. No obstante, está relacionado con el proceso de contratación, de manera que su ejecución deberá ser hecha mientras se ejecutan los procedimientos, excluyendo, por ejemplo, fraude documental previo a la licitación pública<sup>2642</sup>. Además, esta irregularidad ocurrirá incluso cuando no exista fraude propiamente, por ejemplo, a través de la creación de perturbación en el procedimiento público. Sin embargo, es posible que esta perturbación impida el acto, pero no es necesario, dado que la Ley considera irregular la mera perturbación. Mientras las otras actuaciones descritas en este apartado relacionadas con contratación pública generalmente serán ejecutadas de manera disimulada, esta irregularidad del ítem (b) permite la responsabilidad de persona jurídica que abiertamente intente afectar la regularidad del proceso de contratación pública.

En el ítem (c) la Ley prevé la responsabilidad de los que alejan o intentan alejar al participante de la licitación, mediante fraude u ofrecimiento de

---

<sup>2639</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

<sup>2640</sup> ZENKNER (2019: 181-182).

<sup>2641</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público.

<sup>2642</sup> ZENKNER (2019: 183).

ventaja de cualquier tipo<sup>2643</sup>. En este caso la Ley considera dos situaciones muy diferentes. La primera, el empleo de fraude para alejar a alguien de la licitación. Esta situación es más amplia que la del ítem (a) por permitir la responsabilidad, aunque el fraude no resulte en la afectación de la competitividad de la licitación, incluso permite la responsabilidad en los casos que el fraude no aleje el participante, como una forma de tentativa de la conducta. La segunda situación que prevé es el ofrecimiento de ventaja para alejar al participante. Esta descripción de irregularidad por cierto abarca un tipo de soborno privado, en el cual una persona jurídica ofrece ventaja para que otra persona no participe del proceso licitatorio. Esta irregularidad no está en desconformidad con la finalidad de la Ley 12.846/2013, a saber, la protección de la Administración Pública, dado que es una conducta entre particulares que afecta la propia Administración, como la conducta del ítem (a). Sin embargo, a diferencia de la letra (a), la irregularidad del ítem (c) permite la responsabilidad de la persona jurídica que actúa de manera unilateral, que emplea fraude o intenta hacer pago<sup>2644</sup>. En el caso de que la persona jurídica actúe conjuntamente con otra persona jurídica, podrá haber, por ejemplo, la combinación o el fraude de la letra (a).

El ítem (d) prevé como irregular el fraude de la licitación o del contrato a ella relacionado<sup>2645</sup>. Esta irregularidad es un tipo de fraude genérico, que podrá incluir todas las otras especies de fraude que no estén explicadas en las otras conductas de la Ley. Como ejemplo se puede mencionar el fraude para generar la utilización de procedimiento de contratación de emergencia, entre otros. Además, permite la responsabilidad por fraude del propio contrato. La propia Ley de Contratación Pública prevé casos de fraude contractual, como la elevación arbitraria de los precios, la venta de una mercancía por otra, la alteración de cantidad, calidad o de la sustancia contratada, entre otros<sup>2646</sup>.

En la letra (e) está previsto como irregular la creación, de modo fraudulento o irregular, de una persona jurídica para participar en una licitación pública o para firmar contrato administrativo<sup>2647</sup>. Conforme se ha mencionado, la propia ley prevé la conducta de utilizar interpuesta una persona física o jurídica para realizar actos irregulares. Sin embargo, en este ítem, la situación es más específica, puesto que prevé la responsabilidad por la creación —fraudulenta o irregular— de otra persona jurídica, con la

---

<sup>2643</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

<sup>2644</sup> ZENKNER (2019: 184).

<sup>2645</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: d) fraudar licitação pública ou contrato de la decorrente.

<sup>2646</sup> Ley 8.666/1993, art. 96.

<sup>2647</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

finalidad de participar de licitación o contrato. De esta manera, hace falta primero que se constituya persona jurídica de manera irregular o fraudulenta. En segundo lugar, hace falta el intento de utilizar —*para participar*— de la licitación o contrato<sup>2648</sup>. En este aspecto, la propia terminología adoptada por la Ley parece dificultar la imposición de responsabilidad. En primer lugar, porque hace falta la prueba de la irregularidad o fraude en la constitución de la persona jurídica, y la Ley no especifica el tipo de irregularidad o fraude. Dado las amplias posibilidades de creación de personas jurídicas, restan cuestiones abiertas para utilización del precepto, por ejemplo, si la creación con la simple finalidad de participar de licitaciones es suficiente para demostrar irregularidad. Un tipo de caso concreto en el cual podría ser aplicable es el que una empresa crea otras personas jurídicas con el propósito de ofrecer precios también con otros nombres empresariales, para proveer tres precios a partir de diversas personas jurídicas<sup>2649</sup>. Aunque sea posible demostrar esta finalidad de participar en las licitaciones o contrataciones, la literalidad de la Ley prevé también que se demuestre cabalmente la irregularidad o fraude en la constitución de la persona jurídica. Otros preceptos con contenido más amplio, como el de las mencionadas letras (a) y (d) permiten responsabilizar sin la comprobación de elementos como la irregularidad de la constitución de las personas jurídicas.

En la línea (f) la Ley prevé como irregular obtener ventaja o beneficio indebido de cambios o prorrogaciones contractuales, con el empleo de fraude y sin autorización de ley, del acto de convocación de la licitación o de los respectivos contratos<sup>2650</sup>. Aquí la Ley protege contra los fraudes que generen un cambio irregular en el contrato, un cambio que no esté previsto ni en la legislación, ni en las propias reglas de la contratación específica. Es interesante observar que existe la necesidad de que la ventaja o beneficio sea indebido y del empleo de fraude, de manera que está plenamente preservada la necesidad de ajustes de precios o de cantidad de los contratos. De igual modo, que las otras conductas irregulares previstas en la Ley, estas también son previstas como crimen. Sin embargo, dado que la Ley 12.846/2013 prevé responsabilidad objetiva, se estima que la responsabilidad de la persona jurídica será aplicable de manera más fácil

---

<sup>2648</sup> ZENKNER (2019: 184-185).

<sup>2649</sup> Ver ZENKNER (2019: 186-187) mencionando el estándar de evaluación de tres precios suministrados por tres personas jurídicas diferentes para la legalidad de la licitación en la modalidad de *convite*.

<sup>2650</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

que la eventual responsabilidad penal de las personas físicas involucradas<sup>2651</sup>.

Cuestión interesante relacionada con esta irregularidad es la participación de funcionario para la obtención de la ventaja o beneficio indebido. En las otras conductas descritas, conforme se obtenga o no una finalidad —algunas conductas son posibles de responsabilidad simplemente por tentativa— habrá una participación de la Administración Pública, que podrá ser sin culpa, debido a fraude u otro expediente. Es decir, en las demás conductas descritas, es posible una participación de la Administración —a través de sus funcionarios— sin culpa, sin negligencia, sin impericia. En la irregularidad de la línea (f), las modificaciones o prorrogaciones deberán ser sin autorización de ley y de las reglas de la contratación. Sin embargo, dicha modificación contractual requiere la participación de un funcionario, muchas veces exigirá la emisión de parecer jurídico sobre los hechos. De esta manera, aquí hay una expectativa de algún grado de culpabilidad de uno o más funcionarios, dada la necesidad de que la propia Administración emita acto —la modificación contractual— contra las leyes. No obstante, conforme el caso concreto, el fraude puede ser suficiente para inducir en error la Administración Pública, para excluir la culpa del funcionario.

La última irregularidad relacionada con la contratación pública es la conducta de (g) manipular o fraudar el equilibrio de precios de los contratos firmados con la Administración<sup>2652</sup>. La expresión utilizada —el equilibrio económico financiero— significa la correlación entre lo contratado, incluyendo impuestos y tasas, y la contraprestación o remuneración correspondiente<sup>2653</sup>. La conducta es más amplia que la de la línea anterior, dado que no exige la obtención de ventaja o beneficio, ni tampoco requiere que exista un cambio contractual contra las reglas de la contratación. De esta manera, la referida conducta también quita parte del ámbito de aplicación de la irregularidad de la línea (f), dada la superposición de las conductas y la menor cantidad de hechos sobre los cuales hará falta obtener pruebas para conllevar a una condena.

#### **4.2.3. Los actos relacionados con dificultar la actuación del control ejercido por la Administración**

La última irregularidad prevista en la Ley 12.846/2013 está relacionada con impedir la Administración de la auditoría e investigación de actividades indebidas. Conforme a la Ley, es irregularidad posible de responsabilidad

---

<sup>2651</sup> Ver ZENKNER (2019: 186-187) hablando de la necesidad de prueba del dolo específico para condena de las personas físicas en los crímenes correspondientes.

<sup>2652</sup> El art. 5.º, IV, g de la Ley 12.846/2013, en el original: IV- no tocante a licitações e contratos: g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

<sup>2653</sup> ZENKNER (2019: 189-190).

dificultar la actividad de investigación o auditoria de un organismo, entidad o agente público, o intervenir en su actuación, incluso en las competencias de las agencias reguladoras y de los órganos de fiscalización del sistema financiero nacional<sup>2654</sup>. En términos abstractos, parece que la Ley prevé actuación directa e indirecta con la finalidad de evitar el ejercicio del control y monitoreo por parte de la Administración. Directa, a través de las acciones para obstaculizar las actividades de la Administración, ejemplos de estas conductas son la destrucción o falseo de documentos<sup>2655</sup>, así como obstaculizar el acceso físico a los documentos al equipo de investigación.

Las conductas indirectas están relacionadas con la intervención en la actuación, por ejemplo, a través del tráfico de influencia o soborno<sup>2656</sup>. El intento de cambiar los planes de auditoria, a partir de la influencia u oferta de ventaja a la autoridad superior responsable de plantear las actividades de control sería una de estas conductas lesivas. En este aspecto, la Ley prevé como hecho lesivo la conducta relacionada con atrapar el ejercicio de las competencias de control de la Administración Pública. En los términos de la Ley, es necesario que efectivamente se dificulte o que se intervenga en las actividades, de manera que hace falta la comprobación de actuación y del resultado de la actuación en las actividades de control; sin embargo, no hace falta que se impida la investigación o auditoría, dado que es irregularidad el simple hecho de dificultar o intervenir.

El precepto legal considera irregular incluso, el obstáculo creado para dificultar el ejercicio de las competencias —de investigación o control— de las agencias reguladoras y órganos de fiscalización del sistema financiero nacional. En estos términos, es posible considerar que la legislación prevé un ámbito de aplicación que sería muy amplio, porque prevé como irregularidad dificultar las investigaciones y auditorías realizadas por la Administración y sus representantes. Sería posible incluso adjudicar responsabilidad a las personas jurídicas que impidan la investigación de la Fiscalía<sup>2657</sup>.

Por el contrario, para la configuración de la irregularidad, es necesario contrastar el precepto con la finalidad de la ley y con los derechos de defensa de la persona jurídica. Con relación a la finalidad de la Ley, aunque la redacción de la provisión sea amplia, no es posible aplicarla con independencia de que sea un precepto insertado en una ley con finalidad específica, cual sea, proteger el patrimonio y los principios de la Administración Pública. Conforme se ha mencionado, la Ley fue desarrollada para promover la responsabilidad de personas jurídicas por

---

<sup>2654</sup> El art. 5.º, V de la Ley 12.846/2013, en el original: V- dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

<sup>2655</sup> RIBEIRO (2017: 165).

<sup>2656</sup> RIBEIRO (2017: 166).

<sup>2657</sup> ZENKNER (2019: 190-191).

hechos de corrupción y soborno, incluso a partir de obligaciones internacionales asumidas por Brasil y otros países<sup>2658</sup>. Además, el propio artículo en que está inserta la irregularidad mencionada se refiere a las lesiones al patrimonio, a los principios y a los compromisos internacionales<sup>2659</sup>.

Por ello, parece un equívoco interpretativo extender la posibilidad de imponer responsabilidad a personas jurídicas en casos en los cuales las investigaciones no son las de los otros hechos irregulares descritos en la propia ley. En este aspecto, la interpretación más razonable parece ser aquella que considera irregularidad punible con la ley, el dificultar o intervenir en las investigaciones o auditorías de hechos que generan responsabilidad en los términos de la propia ley. De esta manera, por ejemplo, los obstáculos creados por una persona jurídica para dificultar la actuación del equipo que investiga un fraude tributario —sin ninguna relación con corrupción o soborno— será irregular en los términos de la ley tributaria, no de la Ley 12.846/2013. Lo mismo pasaría con la persona jurídica que intenta dificultar las investigaciones de incumplimiento de la legislación laboral. Además, es importante considerar que, como norma de Derecho sancionador, la interpretación restrictiva del precepto parece ser la más adecuada.

De igual modo, la dificultad o intervención creada por la persona jurídica no deberá ser considerada irregular si parte de la estrategia de la defensa. En este caso, el hecho de la persona jurídica destruya documentos que no estaban por ley obligada a conservar o entregar a las autoridades, no puede ser considerado en la configuración de la irregularidad<sup>2660</sup>. De igual modo, el ejercicio regular del derecho a la no autoincriminación por parte de la persona jurídica, o su ejercicio de defensa a través de la búsqueda de remedios legales para suspender o impedir las investigaciones no puede ser considerada irregular.

#### **4.2.4. La Administración y el agente público**

Conforme a los preceptos mencionados, las irregularidades previstas en la Ley están relacionadas a los conceptos de Administración y del agente público, aunque la Ley no los conceptúe directamente. No obstante, agente público, de acuerdo con las tradiciones de Brasil, es un término genérico que abarca una amplia gama de personas que ejercen algún tipo de actividad relacionada con la Administración o en el desarrollo de cualquier actividad

---

<sup>2658</sup> Ver RIBEIRO (2017) hablando que el precepto está de conformidad con el artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.

<sup>2659</sup> Sobre los objetos protegidos por la Ley, ver el apartado anterior.

<sup>2660</sup> En Europa el TEDH decidió que la requisición de la Administración de los documentos que son de manutención y producción prevista en ley no violan a los derechos de no autoincriminación de las personas jurídicas. STEDH del 17 de diciembre de 1996. Caso *Saunders v. Reino Unido*. Ver también NEIRA PENA (2017: 286-289).

estatal. Incluye funcionarios y jefes de los tres poderes, de todos los entes federados, en la Administración concentrada y descentralizada. Abarca incluso los particulares que actúan en concesión de servicio público, los prestadores de servicio contratados, los que reciben oficio público y los particulares solicitados por la Administración<sup>2661</sup>. En estos términos, la ley brasileña considera agente público también, las personas que no integran de manera permanente el cuadro de funcionarios, lo que está en conformidad con el concepto de agente público extranjero previsto en el §3.º del artículo 5.º de la ley<sup>2662</sup>.

A partir de la utilización de una terminología tan amplia —agente público— se puede inferir que la Ley también se refiere a la Administración Pública a partir de un concepto amplio. Esta interpretación tiene similitud con la conceptualización de Administración Pública extranjera<sup>2663</sup>. De hecho, la Ley menciona que son considerados, Administración extranjera, órganos y entidades del Estado, además de representación diplomática, de cualquier nivel o *esfera* de gobierno. También incluye, para efectos de la ley, las personas jurídicas bajo control, directo o indirecto, del poder público del país extranjero, además de equiparar las organizaciones públicas internacionales a la Administración Pública extranjera. De esta manera, cumpliendo las obligaciones internacionales, la Ley prevé la posibilidad de responsabilidad de personas jurídicas también en el caso de conductas irregulares en detrimento de organismos internacionales.

#### **4.3.      Ámbito subjetivo de la responsabilidad en la Ley 12.846/2013**

La Ley de la Empresa Limpia tiene aplicabilidad solamente a las personas jurídicas, conforme se expresa en su artículo 1.º<sup>2664</sup>. De acuerdo, a su propia definición, la responsabilidad es aplicable a las sociedades empresariales y a las sociedades simples, personificadas o no personificadas, con independencia de su forma de organización o modelo de sociedad utilizado. La responsabilidad también es aplicable a fundaciones y asociaciones de personas naturales o de entidades y a

<sup>2661</sup> BANDEIRA DE MELLO (2010: 245).

<sup>2662</sup> En el original del §3.º del art. 5.º de la Ley 12.846/2013: § 3.º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

<sup>2663</sup> En el original de los párrafos §1.º y 2.º del art. 5.º de la Ley 12.846/2013: § 1.º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2.º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

<sup>2664</sup> ZENKNER (2019: 425) y SIMÃO & VIANNA (2017: 30).



sociedades extranjeras que tengan sede, filial o representación en el territorio de Brasil. Además, la Ley menciona su aplicabilidad a las personas constituidas de hecho o de derecho, incluso a las personas jurídicas constituidas temporalmente<sup>2665</sup>.

El concepto de sujetos posibles de responsabilidad —y en consecuencia, de acuerdo de lenidad— de la Ley también es amplio. Es posible considerar que todas las personas jurídicas del derecho privado podrían sufrir responsabilidad en los términos de la Ley, dada la proximidad de la descripción con el rol de personas jurídicas de derecho privado del artículo 44 del Código Civil Brasileño<sup>2666</sup>. No obstante, en el rol de la Ley 12.846/2013 no están repetidas todas las personas mencionadas en el rol del Código Civil. Esto hace que sea necesario un esfuerzo interpretativo para la comprensión de la amplitud subjetiva de la Ley. Es posible considerar que el listado de la Ley 12.846/2013 es ejemplificativo —y no taxativo— de manera que todas las personas jurídicas del derecho privado estarían sujetas a la responsabilidad<sup>2667</sup>. Así, la Ley sería aplicable no solamente a las personas jurídicas que menciona, sino a todas las personas jurídicas mencionadas en la legislación civil de Brasil.

Esta interpretación genera un resultado amplio, es decir, la Ley lista determinadas personas jurídicas sin enumerar todas las personas jurídicas del Derecho privado existentes en el sistema jurídico brasileño. Aunque se considere que las expresiones utilizadas por la Ley son amplias —y de verdad lo son— el lenguaje utilizado por la Ley y por el Código Civil generan la percepción de que, además de las personas jurídicas mencionadas, existen otras personas jurídicas del derecho privada no mencionadas: la Ley no menciona las organizaciones religiosas ni los partidos políticos<sup>2668</sup>. Sin embargo, estos dos tipos de personas jurídicas son especies de asociación de personas, que si son mencionados por la propia Ley 12.846/2013.

---

<sup>2665</sup> En el original del párrafo único del art. 1.º de la Ley 12.846/2013: Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

<sup>2666</sup> Ver ZENKNER (2019: 426) hablando de la aplicabilidad a todas las personas jurídicas del Derecho privado.

<sup>2667</sup> Ver SIMÃO & VIANNA (2017: 29) y SANTOS, BERTONCINI & COSTÓDIO FILHO (2015: 84) mencionando el listado de la Ley 12.846/2013 ejemplificativo.

<sup>2668</sup> El listado del artículo 44 del Código Civil (CCB): São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

No obstante, el destaque que les dio el Código Civil las aleja de la conceptualización de asociación como modalidad de persona jurídica, o sea, la ley brasileña considera a las organizaciones religiosas y a los partidos políticos como persona jurídica de derecho privado *sui generis*. De esta manera, si en la ley posterior —la Ley 12.846/2013— el legislador no incluyó estas dos modalidades de persona jurídica, cualquier interpretación que las considerase posible de responsabilidad en los términos de la ley sería una interpretación que ampliaría el ámbito del Derecho —administrativo— sancionador. En especial de un Derecho Administrativo sancionador planteado para hacer frente a obligaciones que implementen responsabilidad penal a personas jurídicas, si fuera posible, o alternativamente implementar responsabilidad adecuada a las tradiciones jurídicas de los países, conforme a las convenciones nacionales de las cuales Brasil es parte<sup>2669</sup>. Además, dicha interpretación conllevaría a la ampliación de la potestad del Estado para imponer restricciones a derechos fundamentales, porque posibilitaría sancionar a las personas jurídicas, organizaciones religiosas y partidos políticos para afectar, al menos, su propiedad<sup>2670</sup>.

Por todo ello el rol de las personas jurídicas de la Ley 12.846/2013 debe ser considerado taxativo, que no permita autorizar la imposición de restricciones a derechos de personas —jurídicas, en el caso— sin la expresa provisión legal<sup>2671</sup>. Lo que no significa decir que dicho rol es insuficiente<sup>2672</sup>, dado su potencial para alcanzar a las personas jurídicas que actúan con la finalidad de producir lucro o no. Además, permite imponer responsabilidad a las personas jurídicas de hecho, y a las personas jurídicas extranjeras que funcionen en el territorio de Brasil, permitiendo que se responsabilice incluso a empresas extranjeras que están actuando de manera informal en Brasil, y personas jurídicas nacionales que actúan también de manera informal, sin los debidos procedimientos de constitución de la personalidad jurídica. Entre el rol de las personas jurídicas de Derecho privado sin la finalidad de generar lucro, se permite la responsabilidad de asociaciones, cooperativas y fundaciones. Con ello, además de las personas jurídicas de derecho público, las únicas personas jurídicas no mencionadas son las organizaciones religiosas y los partidos políticos. Esta exclusión del ámbito de responsabilidad puede ser justificada a partir de la concepción de la importancia de dichas personas jurídicas para la sociedad, en el ejercicio de creencia religiosa y de derechos políticos. De esta manera, las dos especies

---

<sup>2669</sup> Sobre el Derecho Administrativo sancionador y las convenciones internacionales, ver los apartados anteriores.

<sup>2670</sup> A través de la imposición de multas, por ejemplo.

<sup>2671</sup> De hecho, la Constitución de Brasil —como suelen las normas constitucionales de Estados de Derechos— prevé la necesidad de una ley para que el Estado imponga obligación a las personas, en su art. 5.º, II.

<sup>2672</sup> BITTENCOURT (2015).

de personas jurídicas excluidas de la responsabilidad tienen tal importancia que se les permite el ejercicio de derechos fundamentales y de libertades públicas<sup>2673</sup>.

Cuestión interesante es que ni la Ley de la Empresa Limpia ni el Código Civil mencionan en sus respectivos listados los sindicatos. Es innegable que los sindicatos, conforme el Derecho brasileño, tienen personalidad jurídica de derecho privado<sup>2674</sup>. Además, el texto constitucional menciona que agruparse en sindicato es un ejercicio de derecho a asociación<sup>2675</sup>. Considerados estos elementos, los sindicatos podrían ser responsabilizados en los términos de la Ley 12.846/2013, porque son una asociación de personas sin la finalidad de obtener lucro<sup>2676</sup> —lo que está incluso en la descripción de la Ley—: por un lado, la justificativa (teleológica) que se plantea para no aplicar la responsabilidad a las organizaciones religiosas y a los partidos políticos también sería aplicable a los sindicatos, debido a su importancia en las democracias como asociaciones que permiten a las personas ejercer derechos y libertades; por otro lado, en el caso del sistema *pluripartidista* de Brasil, la creación de nuevos partidos políticos, cumplidos los requisitos constitucionales, es libre, de manera que la aplicación de sanción —o incluso la extinción— de un partido político no necesariamente generará la imposibilidad de representatividad política<sup>2677</sup>. Con ello, considerando la estructura de la Ley 12.846/2013 y del Código Civil brasileño, la conclusión más adecuada parece ser la de que los sindicatos pueden sí sufrir responsabilidad administrativa, mientras los partidos políticos están excluidos del listado de sujetos activos de las irregularidades, aunque los dos sean importantes para la defensa de derechos y de la Democracia.

## **5. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA COLABORACIÓN EN LA LEY 12.846/2013**

La Ley 12.846/2013 prevé el acuerdo de lenidad como una herramienta para generar un incremento en las investigaciones y, como consecuencia, en la capacidad del Estado de imponer responsabilidad. Además, prevé la posibilidad de estipular condiciones al acuerdo, dentro de las cuales está reglada la implementación de sistemas de integridad y control. La ley en los artículos 16 y 17 —y también en su decreto reglamentar— menciona resultados del acuerdo, requisitos para firmarlo y sus efectos. Todas estas circunstancias fácticas relacionadas con el acuerdo pueden ser divididas conforme su naturaleza, como requisitos subjetivos, requisitos objetivos y demás requisitos de los acuerdos. En este sentido, la Ley de la Empresa

---

<sup>2673</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2012: 27) hablando de los partidos políticos y los sindicatos.

<sup>2674</sup> DE SIQUEIRA (2005).

<sup>2675</sup> Constituição Federal (CFB) art. 8.º (Brasil).

<sup>2676</sup> RIBEIRO (2017: 39).

<sup>2677</sup> Constituição Federal (CFB) arts. 8.º y 17 (Brasil).

Limpia prevé una herramienta de justicia negociada en modalidad de colaboración cualificada, en la cual no es suficiente que el colaborador simplemente confiese y renuncie a la marcha procesal, y esta especificidad de la colaboración que prevé puede ser observada a través del análisis de los requisitos necesarios para la colaboración.

El sistema de colaboración cualificado de Brasil para la responsabilidad de personas jurídicas en casos de corrupción y soborno está planteado para generar ventajas al colaborador y a la Administración Pública. Algunas de estas ventajas están previstas expresamente en la Ley, por ejemplo, la exención de alguna sanción y la reducción de la sanción de multa, mientras otras ventajas están relacionadas con el propio sistema de colaboración y los resultados que pretende generar, como la ampliación de las investigaciones y la ampliación de la potencial prevención y represión de los hechos lesivos. No obstante, el sistema de colaboración también presenta desventajas y desafíos, que pueden estar relacionados con las condiciones previstas en la Ley, así como con las dificultades en la adecuada implementación de los resultados deseados, entre otros factores.

Además, el sistema está planteado también para incentivar la implementación —o al menos, el incremento de calidad— de los programas de cumplimiento<sup>2678</sup>, en una estructura que intenta demostrar la importancia de medidas eficaces de prevención con la finalidad de reducir los riesgos relacionados a los incumplimientos de las personas jurídicas. En estos términos, una adecuada evaluación del sistema de colaboración de la Ley 12.846/2013 requiere un análisis de cómo los requisitos de la ley están relacionados con las posibles ventajas y desventajas del sistema, y consecuentemente con el potencial para incrementar las ventajas y reducir o limitar las desventajas de la colaboración.

### **5.1. Requisitos subjetivos**

El acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia solamente puede ser firmado por las personas jurídicas sujetas a la responsabilidad de la Ley<sup>2679</sup>. En estos términos, cualquier persona jurídica posibles de imposición de responsabilidad administrativa por los hechos lesivos puede aceptar —o a lo mejor, proponer— colaborar con la Administración a cambio de reducción y mitigación de sanciones. La herramienta de justicia negociada no prevé expresamente la colaboración de personas físicas, ni de sus empleados o directivos de la persona jurídica. En este aspecto, y considerando solamente la Ley 12.846/2013, es posible que ocurra una limitación en la colaboración, porque la persona jurídica generalmente es responsable por hechos practicados por personas físicas. Exigir de la persona jurídica colaboración efectiva y ayuda para proveer información y

---

<sup>2678</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 40).

<sup>2679</sup> Ley 12.846/2013, art. 16.

documentos relacionados a las irregularidades significa exigir información sobre la conducta de personas físicas.

### **5.1.1. Requisito subjetivo como limitador de la colaboración**

Una herramienta que permite la colaboración apenas de un agente — sea la persona física o sea la persona jurídica— sitúa a los potenciales colaboradores en una posición de antagonismo de sus intereses. En términos abstractos, es posible considerar que, en algunas ocasiones, la persona jurídica tendrá interés en colaborar mientras que las personas físicas involucradas —por ejemplo, el directivo que ofertó el pago de soborno— no tendrán ese mismo interés en colaborar con las autoridades. Para estos casos, el acuerdo de lenidad de la manera planteada no presenta dificultad de utilización. Sin embargo, en otros casos, ante la posibilidad de reducción de sanción, la persona física involucrada podrá también tener interés en colaborar. Su colaboración puede ser fundamentada en su rol reducido en los hechos —por ejemplo, el empleado que simplemente hacía los pagos de soborno, sin poder de negociación y sin tener preciso conocimiento del origen del dinero—, o puede estar relacionada con vislumbrar una reducción de pena. Considerando que el sistema prevé una colaboración cualificada, la persona jurídica colaboradora tiene que proveer información sobre la culpabilidad de las demás personas<sup>2680</sup>, en especial de las personas físicas. No permitir la colaboración simultánea de la persona jurídica y de la persona física, es decir, permitir solo la colaboración de una o de otra, genera una situación de conflicto entre los eventuales colaboradores.

Es interesante que esta posición de conflicto puede ser una situación de ventaja para la prevención de delitos, en especial si se considera el *dilema del prisionero*, que demuestra que el sistema puede generar un efecto desestabilizador de las relaciones de los delincuentes, para efectivamente incentivar una *carrera* por la colaboración<sup>2681</sup>. En diversas situaciones será importante que el sistema de responsabilidad conlleve, a los individuos involucrados en los hechos ilícitos, a asumir una posición de enemigos entre sí, para que la desestabilización de las relaciones entre las personas organizadas para cometer delitos genere la carrera para la colaboración con las autoridades a cambio de reducción de sanción. Esto es lo que ocurre en los casos de cártel de empresas, en los cuales las empresas deciden actuar colectivamente para incrementar el precio de los productos o servicios,

---

<sup>2680</sup> Lo mismo ocurre con la colaboración premiada de la Ley 12.850/2013, que es considerada un medio de colecta o de obtención de pruebas puesto que requiere la presentación de información y documentos relacionados a los hechos ilícitos y las demás personas involucradas. BADARÓ (2018).

<sup>2681</sup> MARTINEZ (2018) y DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 131-133).

organizándose para incrementar su lucro. A partir de incentivos de colaboración aplicables solamente al primer delator, con reducción o exención de sanción, un programa de acuerdo de lenidad con personas involucradas en un cártel produce la pérdida de confianza entre ellas<sup>2682</sup>.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las relaciones entre personas físicas y personas jurídicas en los supuestos de corrupción y soborno. A lo mejor, en algunas situaciones sí, el planteamiento de un sistema que desestabiliza la relación entre la persona jurídica y la persona física involucrada en corrupción es relevante para incrementar la probabilidad de investigación y sanción. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si son considerados una persona jurídica como agente corruptor y una persona física como agente corrompido: el incentivo para la delación y colaboración solamente es de la primera persona que al realizar el reporte voluntario puede incrementar la efectividad del sistema.

No obstante, en las situaciones en las cuales la colaboración de la persona física significa un incremento del potencial colaborador de la persona jurídica, el hecho de que un sistema genere una *carrera* para colaboración tendrá como consecuencia la reducción del potencial de las investigaciones. Es decir, habrá casos en los cuales la colaboración será más eficaz si la persona jurídica colaboradora tiene como soporte la colaboración simultánea de la persona física que detiene la información. Por ejemplo, una persona física responsable por la contabilidad de una empresa puede proveer —como colaborador o testigo— la información necesaria para ofrecer prueba de que determinados pagos disfrazados como de consultoría eran, en realidad, soborno. La misma problemática puede ocurrir si se permite la colaboración de la persona física con exclusión de la colaboración de la persona jurídica. O sea, en determinados casos, aunque la persona física tenga información relevante para la colaboración, otros documentos y más información estarán disponibles para la persona jurídica involucrada. En estas situaciones, conforme se ha mencionado, la colaboración eficaz será la colaboración de una persona jurídica complementada por la colaboración de una persona física. El hecho de que la Ley 12.846/2013 no permite esa colaboración significará —para todos estos casos— una limitación. Es interesante observar que esta circunstancia limitará la propia finalidad de la colaboración prevista en la Ley: el incremento del potencial de investigación<sup>2683</sup>.

En el caso de los delitos contra la competencia, el sistema brasileño permite una forma de solución de este límite. Conforme a la Ley 12.529/2011, puede ocurrir colaboración conjunta de personas físicas y de

---

<sup>2682</sup> CANETTI (2018: 65-72).

<sup>2683</sup> La finalidad de la colaboración está analizada bajo los requisitos objetivos de la colaboración.

la persona jurídica<sup>2684</sup>. Dicha ley también prevé el requisito de que solamente a la primera persona le sean ofertados los mayores beneficios por la colaboración, para generar la misma *carrera* por colaborar —entre personas jurídicas y personas físicas<sup>2685</sup>—. No obstante, los beneficios de la colaboración de la persona jurídica son extensibles a las personas físicas que la auxilien. De esta manera, el sistema permite que dirigentes, administradores y empleados que efectivamente colaboren con las investigaciones reciban ventajas por su colaboración como participantes del acuerdo de lenidad con la empresa<sup>2686</sup>. Así, la Ley garantiza la competencia entre los colaboradores, pero también permite que la persona jurídica sea auxiliada por sus funcionarios en su colaboración.

La solución adoptada en el ámbito de la colaboración de personas jurídicas en casos de cártel de empresa también presenta una posible solución para la diversa competencia de las instituciones en el caso de responsabilidad por corrupción y soborno. La responsabilidad de las personas jurídicas en los términos de la Ley 12.846/2013 es de naturaleza administrativa, aplicable por la vía del proceso administrativo de responsabilidad<sup>2687</sup> y complementada por un proceso judicial de naturaleza civil<sup>2688</sup>. La responsabilidad de las personas físicas por los hechos será penal y también podrá ser administrativa, en los términos de la Ley de *Improbidad* y de otras leyes. De esta manera, transponer los beneficios por la colaboración en el acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 para las otras instancias de responsabilidad significa una verdadera invasión de competencias institucionales: en primer lugar, en la competencia exclusiva de la Fiscalía para ejercer la acción penal pública<sup>2689</sup>; en segundo lugar, en otras competencias —incluso de la propia Fiscalía— en ejercer la acción para responsabilizar por *improbidad*. En las conductas de cártel también existe responsabilidad administrativa y responsabilidad penal —además de la responsabilidad civil por resarcimiento de daños y perjuicios—. No obstante, la negociación del acuerdo de lenidad ocurre con la participación de la Fiscalía competente, de manera que el acuerdo podrá incluir beneficios en los otros ámbitos de responsabilidad, además del administrativo. Es interesante observar que, de igual modo que la Ley 12.846/2013, la Ley 12.529/2011 no contiene disposición sobre la participación obligatoria de la Fiscalía en los acuerdos<sup>2690</sup>. Sin embargo, la participación (que fue reglamentada por actos de las autoridades competentes) permite que los

---

<sup>2684</sup> ATHAYDE (2019: 84).

<sup>2685</sup> ATHAYDE (2019: 85).

<sup>2686</sup> ATHAYDE (2019: 84).

<sup>2687</sup> Ley 12.846/2013, arts. 8-15.

<sup>2688</sup> Ley 12.846/2013, arts. 18-21.

<sup>2689</sup> Constituição Federal (CFB) art. 129, I (Brasil).

<sup>2690</sup> ATHAYDE (2019: 108-111).

beneficios de la Ley sean garantizados en los otros ámbitos de responsabilidad.

Aquí, no obstante, hay un diferencial entre las dos leyes. En el caso del acuerdo de lenidad para las conductas de cártel, la Ley prevé efectos en el ámbito penal, de manera que expresamente la Ley prevé la imposibilidad de ejercer la acción penal contra las personas físicas colaboradoras, y prevé la extinción de la sanción una vez cumplido el acuerdo<sup>2691</sup>. De esta manera, aunque no está prevista expresamente la participación conjunta de la Fiscalía, la extensión de los efectos penales de la colaboración de las personas físicas está prevista en la ley. Por otro lado, la Ley 12.846/2013 no prevé la participación de personas físicas en la colaboración, no prevé la participación de la Fiscalía, ni tampoco prevé la extensión de los efectos de la colaboración en el ámbito penal. De esta manera, una vía posible sería la extensión del ámbito del acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 de la persona jurídica para incluir la colaboración premiada de la persona física<sup>2692</sup>. Así se podría utilizar la legalidad reglada prevista en la Ley de las Organizaciones Criminales —que prevé el instituto de la colaboración premiada— para permitir la colaboración de personas físicas junto con la colaboración de personas jurídicas<sup>2693</sup>, garantizando también la participación en las negociaciones de las autoridades competentes para ambos ámbitos de responsabilidad y colaboración.

## 5.2. Requisitos materiales

La Ley 12.846/2013 prevé como resultado de la colaboración (i) la identificación de los demás involucrados en los hechos, cuando esto fuera posible; y (ii) la obtención rápida de información y documentos que prueben las irregularidades<sup>2694</sup>. Además, la Ley prevé también que los acuerdos sean firmados si presentes los requisitos de que (iii) la persona jurídica colaboradora sea la primera que manifestara el interés de colaborar con las investigaciones; (iv) que dicha persona suspenda de manera total su participación en la irregularidad bajo investigación; y que (v) la persona

---

<sup>2691</sup> Ley 12.529/2011, art. 87.

<sup>2692</sup> Ver apartado específico sobre la colaboración premiada en el ámbito de la responsabilidad criminal.

<sup>2693</sup> De hecho, esta parece tener la interpretación en el “Caso Odebrecht”, en el cual la Fiscalía firmó acuerdos de lenidad con la empresa y aceptó colaboración premiada de sus ejecutivos y dirigentes. Sin embargo, esto no fue realizado a partir de la colaboración entre Fiscalía, AGU y CGU, de manera que los colaboradores, personas físicas y jurídicas, posteriormente también negociaron acuerdos con las demás autoridades. Ver Capítulo I, apartados sobre los acuerdos de Odebrecht.

<sup>2694</sup> En los ítems I y II del art. 16 de la Ley 12.846/2013, en el original: A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.



jurídica asuma su participación en la irregularidad y coopere plenamente y de manera permanente con las investigaciones y el proceso administrativo<sup>2695</sup>. Los mismos elementos están presentes en el Decreto Federal 8.420/2015, que reglamenta la Ley 12.846/2013 en el ámbito federal<sup>2696</sup>. En el decreto, los referidos requisitos están agrupados bajo la denominación de deberes de las personas jurídicas<sup>2697</sup>, con algunas inclusiones comparado con la ley.

De este modo, los requisitos materiales presentes en la Ley pueden ser divididos entre los requisitos relacionados con el objetivo de ampliar las investigaciones y los demás requisitos materiales relacionados al cambio en la conducta de la persona jurídica. En el orden del decreto, los primeros cuatro requisitos son los relacionados al cambio del comportamiento de la persona jurídica. El primer *deber* de la persona jurídica colaboradora consiste en ser la primera en manifestar interés en colaborar para las investigaciones de los hechos lesivos específicos, cuando dicha circunstancia fuera relevante<sup>2698</sup>. En este punto, el decreto incrementa el texto de la Ley a partir de la utilización de la expresión “ato lesivo específico” y “quando tal circunstância for relevante”. Así, el texto del decreto restringe el requisito mencionado y especifica que hace falta que la manifestación de interés en colaborar sea sobre el hecho específico, y el requisito debe ser considerado cuando fuera relevante.

---

<sup>2695</sup> En el §1.º del art. 16 de la Ley 12.846/2013, en el original:

§ 1.º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

<sup>2696</sup> El Decreto Federal 8.420/2015 tiene aplicabilidad a los casos de competencia federal, dado que los demás entes federados tienen competencia para reglar la aplicación de la Ley en su ámbito. Sin embargo, las reglas relacionadas al programa de cumplimiento del decreto federal son aplicables a todos los ámbitos de la federación, conforme art. 7.º párrafo único de la Ley 12.846/2013.

<sup>2697</sup> Decreto 8.420/2015, art. 30.

<sup>2698</sup> En el art. 30 del Decreto 8.420/2015, en el original: A pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá:

I - ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante;

II - ter cessado completamente seu envolvimento no ato lesivo a partir da data da propositura do acordo;

III - admitir sua participação na infração administrativa

IV - cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento; e

V - fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa.

Dicha inclusión de terminología es importante porque demuestra la adopción, conforme se ha mencionado, de un estándar utilizado para la colaboración en los casos de delitos contra la competencia —cártel de empresa— en los cuales la carrera por la colaboración es un incentivo relevante del sistema<sup>2699</sup>. Aquí, con delitos de soborno y corrupción, el hecho de que sea la primera persona puede o no ser el factor principal para determinar la importancia de la colaboración, conforme se ha mencionado anteriormente. Además, la posibilidad de aceptar colaboraciones sucesivas sobre hechos diversos posibilita el incremento de una investigación en casos complejos de corrupción<sup>2700</sup>. En este aspecto, el decreto permite que sea evaluada la posibilidad de colaboración sobre hechos diversos, aunque relacionadas al mismo “caso”, por ejemplo, sucesivos pagos de soborno realizados por diversas empresas para obtener ventajas en múltiples contrataciones todos hechos para un mismo funcionario<sup>2701</sup>.

El decreto también permite que se evalúe si únicamente habrá colaboración con la primera persona. Sin embargo, en este aspecto, el decreto no explicita los criterios que deben ser utilizados para realizar dicha evaluación. El potencial para ampliar las investigaciones y la consecuente responsabilidad, tanto en lo que se refiere con los demás involucrados como en el total conocimiento de los hechos, podría ser utilizado como criterio, considerando que la propia ley prevé que los resultados de la colaboración están relacionados a la ampliación de las investigaciones. Además, es importante registrar que permanece la duda sobre la posibilidad de evaluar otras cuestiones de interés público no relacionadas con el ámbito de las investigaciones, por ejemplo, la voluntariedad de resarcir daños integralmente. Aunque no exista permisión en la Ley de que se realice colaboración solamente para resarcir daños<sup>2702</sup>, no está claro si sería posible aceptar colaboración que generara algún tipo de ampliación de la investigación con la voluntariedad de resarcir los daños, en el caso de que no fuera la primera persona que colabora.

Factor repetido tanto en la Ley como en el decreto es el hecho de ser la persona que *manifestar interés en colaborar*. La literalidad de la expresión no puede permitir que una persona jurídica manifieste interés en colaborar a través de la expedición de la documentación relevante<sup>2703</sup> simplemente para impedir que otra persona jurídica efectivamente colabore. Es decir, en

---

<sup>2699</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 119).

<sup>2700</sup> De hecho, conforme se puede observar del “Caso Lava Jato”, la colaboración de diversas personas físicas y jurídicas fue la vía necesaria para permitir profundizar en los pagos de soborno. Ver el capítulo 1.

<sup>2701</sup> Más información, ver el capítulo I y el “Caso Lava Jato” y la colaboración de Odebrecht.

<sup>2702</sup> No obstante, es posible la adopción de transacción—no relacionada con el acuerdo de lenidad—por la Administración para negociar la recomposición de los daños. Ver apartados anteriores.

<sup>2703</sup> Los procedimientos sobre la manifestación de interés en colaborar están previstos en la ordenanza ministerial correspondiente. Ver Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

un caso concreto que involucre más de una persona jurídica, el hecho de que una empresa manifieste interés formal en colaborar no puede obstaculizar lo que puede ser considerado el objetivo principal de la colaboración, cual sea, la ampliación de las investigaciones. No obstante, el lenguaje utilizado, lo que debe ser evaluado por la autoridad es la efectiva colaboración, la real posibilidad de obtener información y pruebas relevantes, y no simplemente una manifestación de interés pro-forma, hecha con la finalidad de obstaculizar colaboración con otras empresas.

Además, si el interés es generar una verdadera carrera entre las personas jurídicas potencialmente colaboradoras, la preferencia a la colaboración debería ser dada a la empresa que, en términos concretos, presente efectivamente su colaboración. La ley y el decreto no prevén factores para analizar la manifestación de interés, no para analizar cómo debe ser la ampliación en las investigaciones. En realidad, considerando las diversas posibilidades fácticas, tampoco parece ser tarea simple definir lo que sería la más efectiva colaboración para todos los casos. También es importante tener en consideración que permitir la colaboración de las otras personas jurídicas —la segunda, la tercera, etc.— puede crear estabilidad dentro de la delincuencia organizada: si todas las personas tienen la comprensión de que pueden colaborar cuando se descubran los hechos lesivos, no existirá incentivo para que la primera persona empiece la colaboración, traicionando a los otros delincuentes. Una vez más, el ámbito de la colaboración en los casos de delitos contra la competencia es un ejemplo de una posibilidad para resolver el problema. En el referido sistema de colaboración, las ventajas de la colaboración son reducidas cuando las colaboraciones son sucesivas: solamente la primera persona que colabora puede recibir las más amplias ventajas<sup>2704</sup>. Las personas que colaboran posteriormente pueden recibir ventajas, pero reducidas comparado con las ventajas del primer colaborador<sup>2705</sup>.

En el orden del decreto, el segundo requisito es que la persona jurídica tenga cesado de manera total su participación en la infracción desde el día que haga la propuesta del acuerdo<sup>2706</sup>. Así como ocurre en el requisito anterior, la literalidad de la Ley y del decreto genera la posibilidad de interpretaciones limitantes. En principio, la importancia del requisito es de que la persona jurídica cambie su conducta, para no participar más en los hechos irregulares. Si la empresa decide colaborar, es necesario que no participe más en el mismo tipo de conducta indebida. En este aspecto, más que no participar del hecho específico, para demostrar el cambio en la

---

<sup>2704</sup> ATHAYDE (2019: 153) hablando del TCC en el ámbito de los delitos contra la competencia. Ver también CANETTI (2018: 182-188).

<sup>2705</sup> Ver CANETTI (2018: 193) hablando sobre la necesidad de interpretar el requisito de la manera que está en el Decreto 8.420/2015 sin que se desincentive la *corrida* por la colaboración.

<sup>2706</sup> Conforme se ha mencionado, art. 30, II del Decreto 8.420/2015 y art. 16, §1.º, II de la Ley 12.846/2013.

cultura corporativa, es importante que la empresa tenga el compromiso de interrumpir la práctica de ilícitos. Desde ahí hay una primera observación: el compromiso debería ser el de interrumpir toda la práctica de hechos relacionados con corrupción y soborno, y no sólo en el hecho bajo investigación.

Además, esto debería ser un compromiso, y no un requisito, porque un requisito incumplido hace que la colaboración sea imposible. Por el contrario, si fuera un compromiso del acuerdo, podría generar en caso de incumplimiento efectos en la colaboración —por ejemplo, aplicación de sanción—. Esta distinción es importante porque las personas jurídicas —especialmente multinacionales o empresas grandes— no tienen el total control de todas las conductas de sus directivos y empleados todo el tiempo. En este aspecto, el requerido a la persona colaboradora es muy restricto —en los hechos investigados y no en las conductas irregulares— y también clasificado como un requisito, y no como un compromiso de la colaboración. Por ejemplo, el cumplimiento literal del requisito generaría la imposibilidad de colaborar cuando una persona jurídica descubre el pago de soborno por parte de otra empresa sobre la cual ejerza control accionario y, tras investigación interna, decide procurar la autoridad competente para colaborar con la investigación de los hechos en andamio.

Además, interrumpir la participación no necesariamente será la conducta más provechosa para la colaboración. Es el caso de pagos de sobornos a funcionarios o políticos, en los cuales la colaboración puede significar una oportunidad para utilizar medios especiales de obtención de pruebas. El interés de la empresa en colaborar —y a través de la participación de las autoridades competentes— podría generar interceptación de comunicación telemática y entregas vigiladas. En otras palabras, si hace falta no más participar de los hechos desde el día que manifiesta el interés en colaborar, en algunos casos la persona jurídica tendrá que adoptar una conducta que podrá servir como señal a los demás involucrados sobre una probable colaboración. Es interesante observar que esta limitación será más importante en los casos más complejos, que involucren diversas empresas y diversos agentes de la Administración. En este sentido, cuanto más fuera necesario la obtención de pruebas, más podrá ser relevante que la empresa mantenga la estructura de los hechos que permita que la colaboración funcione como medio especial para obtener pruebas contra los involucrados.

El tercer requisito del decreto es la admisión de la infracción administrativa<sup>2707</sup>. En los términos de la ley y del reglamento, no hace falta una confesión, mas sí una admisión, de manera que a la empresa le sería requerido la simple aceptación de su participación, al contrario de una

---

<sup>2707</sup> Conforme se ha mencionado, art. 30, III del Decreto 8.420/2015 y art. 16, §1.º, III, primera parte, de la Ley 12.846/2013.

conducta activa de confesar<sup>2708</sup>. No obstante, en términos de la conducta de la empresa, la distinción no parece ser relevante: la persona jurídica es quien deberá manifestar su interés en participar, a diferencia de una situación de admisión tradicional, en la cual existe la aceptación de la acusación. En términos prácticos y considerando los otros requisitos, la persona jurídica tiene que manifestar su interés en colaborar y presentar información y pruebas sobre los hechos, lo que es mucho más que una simple admisión o una aceptación de condena<sup>2709</sup>.

El siguiente requisito del decreto es que la persona jurídica colabore de manera total con las investigaciones y con el proceso administrativo, incluso compareciendo en todos los actos procesales, cuando le sea solicitada, a su encargo<sup>2710</sup>. El requisito parece ser un estándar mínimo de la colaboración, es decir, activamente participar de los actos y comparecer cuando le sea solicitado, mientras no termine el proceso. En este aspecto, seguramente las partes pueden ponerse de acuerdo con la colaboración incluso después de concluido el proceso<sup>2711</sup>, por ejemplo, en los procesos judiciales consecuentes. En realidad, si la finalidad del instituto es promover un incremento en las investigaciones a través de proveer información y pruebas, la persona jurídica tendrá como consecuencia la obligación de comparecer, entregar documentos, enviar empleados y promover toda suerte de actos necesarios para concretar su colaboración.

### **5.2.1. Requisitos materiales, pruebas e informaciones**

La colaboración prevista en la Ley 12.846/2013 requiere la producción de un resultado de ampliación de las investigaciones, conforme se ha mencionado<sup>2712</sup>. De esta manera, tanto la ley como el decreto prevén que debe resultar de la colaboración una ampliación de la información disponible sobre las demás personas involucradas y la ampliación con relación a información y documentos sobre los hechos irregulares<sup>2713</sup>. Con relación a la ampliación subjetiva de la investigación, la regla prevista es la identificación de los demás involucrados, cuando fuera el caso. Aunque los hechos de corrupción y soborno requieran, como regla general, la participación de más de una persona, la Ley 12.836/2013 prevé conductas

---

<sup>2708</sup> Ver ATHAYDE (2019: 274-275) hablando de las diferencias entre confesión y admisión, reforzando que el verdadero sentido requerido a las personas jurídicas es una confesión.

<sup>2709</sup> Ver ATHAYDE (2019: 275) hablando sobre la diferencia práctica de que la confesión requiere más que la simple representación por abogado.

<sup>2710</sup> Conforme se ha mencionado, art. 30, VI del Decreto 8.420/2015 y art. 16, §1.º, III, segunda parte, de la Ley 12.846/2013.

<sup>2711</sup> ATHAYDE (2019: 276).

<sup>2712</sup> Ver SIMÃO & VIANNA (2017: 200) hablando que el acuerdo de lenidad no es simplemente un medio para resolución de conflictos, mas sí tiene la finalidad de generar efectos relevantes en las investigaciones y procesos de responsabilidad.

<sup>2713</sup> Art. 16, I-II de la Ley 12.846/2013 y art. 28, I-II y 30, V del Decreto 8.420/2015.

irregulares que pueden ser practicadas sólo por la persona jurídica o con la participación de funcionarios.

En este aspecto, la Ley permite que ocurra colaboración incluso en los hechos unilaterales<sup>2714</sup>. Conforme se ha mencionado, algunas de las conductas irregulares previstas en la Ley pueden ser realizadas sin la efectiva participación de funcionario o agente político, por ejemplo, en el caso de la simple promesa de ventaja a funcionario, además de las irregularidades relacionadas a fraude y contratación pública<sup>2715</sup>. Sin embargo, el requisito no es facultativo en el sentido de que la persona jurídica puede colaborar sin identificar los demás involucrados si esto fuera compatible con el caso concreto. La persona jurídica tiene que colaborar de manera plena y siempre proveer toda la información disponible sobre los demás involucrados, personas físicas o jurídicas<sup>2716</sup>: en los supuestos en los cuales ocurra la participación de otras personas físicas o jurídicas, la colaboración requiere la identificación total de los involucrados, dentro de las posibilidades del caso<sup>2717</sup>. Como la Ley permite que este resultado sea producido “aún fuera del caso”, es posible la colaboración incluso en los supuestos en los cuales la Administración ya tiene disponible la información de todos los involucrados<sup>2718</sup>.

No ocurre lo mismo con el resultado relacionado con la ampliación objetiva de las investigaciones. Conforme lo dispuesto en la ley, la colaboración requiere la obtención rápida de información y documentos que comprueben los hechos irregulares. Por esto la herramienta de justicia negociada de la Ley 12.846/2013 puede ser clasificada como una especie de colaboración cualificada: la simple confesión y renuncia al juicio no es suficiente para generar ventajas por colaboración. Una vez más la terminología empleada en la ley y en el decreto parece permitir interpretaciones que pueden no ser las mejores para la confección del interés público. La Ley menciona información y documentos, y el decreto también menciona el término “elementos”<sup>2719</sup>. En primer lugar, el conectivo utilizado genera la necesidad de que el colaborador suministre información y documentos. Conforme el caso concreto, puede ser relevante que el colaborador suministre solamente documentos, porque la Administración

---

<sup>2714</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 116).

<sup>2715</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 117) mencionando como ejemplo de conducta unilateral la presentación de documentación falsa en licitación pública, la creación de persona jurídica testaferro para participar de contratación y la oferta de ventaja indebida a funcionario que, acto continuo, reporta el delito.

<sup>2716</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 117) y ATHAYDE (2019: 277-278).

<sup>2717</sup> En un caso concreto, la persona jurídica puede conocer solamente el nombre o apodo del tercero utilizado por un funcionario para recibir el pago de soborn.<sup>o</sup> De esa manera, lo que se requiere de la persona jurídica es que presente toda la identificación que fuera posible presentar sobre los involucrados.

<sup>2718</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 117-118).

<sup>2719</sup> Art. 16, II de la Ley 12.846/2013 y art. 28, II y 30, V del Decreto 8.420/2015.

puede ya tener la información sobre los hechos indebidos. Además, los documentos serán una especie de prueba. En este aspecto, lo que interesa en términos de ampliación de las investigaciones es que la persona jurídica suministre todos los elementos que podrán ser utilizados para comprobar las irregularidades. La colaboración podría, por ejemplo, generar información y compromisos de que los empleados de la persona jurídica actúen como testigos en los procesos de responsabilidad de los otros involucrados (lo que no necesariamente serían “elementos” ni pruebas en el sentido procesal, considerando el momento de firma del acuerdo).

Al mismo tiempo, debido a la importancia de que dichos elementos configúrense como ampliación de las investigaciones, no basta proveer información y documentos ya conocidos o, incluso, innecesarios a las investigaciones. Conforme al caso concreto, la Administración puede ya tener toda la información y los documentos que el colaborador ofrece. También puede la Administración ya contar con la información y otros documentos o medios para hacer prueba de los hechos. Así, como lo que se requiere del colaborador es una conducta que amplíe las investigaciones, dicha información y documentos tienen que presentar novedad y tienen que ser útiles para la Administración<sup>2720</sup>.

Por ello es esencial que la autoridad competente evalúe los elementos presentados por el que pretende colaborar, tanto la información como las pruebas, incluso considerando compromisos de proveer pruebas en el futuro, identificando si de hecho son suficientes para ampliar las investigaciones con relación a dos aspectos: el primero, es necesario contrastar los elementos ofertados por la colaboradora con el que ya se conoce de los hechos. El segundo, es necesario comparar los elementos con las pruebas de los hechos que ya están disponibles para la Administración. Sin embargo, parece razonable permitir la colaboración si ella no genera incremento relevante en lo que ya se conoce de los hechos, pero genera incremento sobre lo que se puede probar de los hechos. En este sentido, lo que debe ser exigido de los colaboradores es la efectiva ampliación de la capacidad de la Administración de conocer o hacer prueba de los supuestos de corrupción. Además, dicha ampliación no debe considerar sólo documentos, sino todas las pruebas posibles, incluso futuras, como compromisos de actuar como testigo en proceso de responsabilidad.

Por último, la Ley y el decreto mencionan que hace falta obtener de manera rápida dicha información y documentos. Sin embargo, no hay en la ley el estándar de lo que sería rapidez, pero el término puede ser interpretado para exigir una colaboración rápida y eficaz, conforme el caso concreto. No obstante, la efectividad de la colaboración puede requerir que la persona jurídica presente información o presente documentación a lo largo del tiempo. Por ejemplo, cuando fuera necesario investigar grandes

---

<sup>2720</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 118).

contrataciones públicas, puede ser también necesario que la colaboración incluya entregar documentos mientras la Administración realiza un proceso complejo de auditoria al contratado. Con ello es posible también observar que no necesariamente la entrega rápida de documentos antes de la firma del acuerdo será la mejor colaboración para el interés público: puede ser necesario una entrega continua de pruebas a lo largo de un plazo extendido.

### **5.3. Condiciones**

Además de los mencionados requisitos, el sistema de colaboración de la Ley de la Empresa Limpia también prevé la necesidad de que el acuerdo contenga las condiciones necesarias para garantizar la efectividad de la colaboración y el resultado útil del proceso<sup>2721</sup>. En este aspecto, aunque el acuerdo sea el resultado de una negociación entre partes, dada la regulación del interés público subyacente, la Administración no tiene total libertad para negociar sus cláusulas, de modo que deberá estipularlas de manera que la colaboración sea efectiva y útil. El Decreto 8.420/2015 repite la necesidad de estipular condiciones y enumera la necesidad de que existan cláusulas sobre cuatro cuestiones: *(i)* el cumplimiento de requisitos del acuerdo previstos en el art. 30, II a V del decreto; *(ii)* la pérdida de los beneficios acordados en caso de incumplimiento; *(iii)* la naturaleza de título ejecutivo —extrajudicial— del acuerdo; y *(iv)* la necesidad de adoptar o incrementar programa de cumplimiento<sup>2722</sup>.

#### **5.3.1. Cláusulas sobre los requisitos del acuerdo**

Con relación al primer ítem —los requisitos previstos en el art. 30, II a V—, el decreto simplemente prevé que el acuerdo debe contener las cláusulas relacionadas a la finalidad de la colaboración y a sus requisitos<sup>2723</sup>, porque estos incisos están previstos en la propia ley como requisitos para colaborar. La previsión de estos requisitos como cláusulas en el acuerdo garantiza que el colaborador formalmente acordó con ellos y con los detalles propuestos para su concreción. Las cláusulas pueden ya estipular acciones y procedimientos adecuados para, en el caso concreto, colaborar con las demás investigaciones<sup>2724</sup>. También deberá constar la admisión en la infracción<sup>2725</sup>, lo que genera la necesidad de que en el acuerdo exista una narrativa —aunque en anexo— para que la persona jurídica colaboradora admita los hechos. Dicha narrativa debe contener, de alguna forma, el

---

<sup>2721</sup> Conforme a el §4.º del art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2722</sup> Conforme a los arts. 36 y 37 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2723</sup> A exención del requisito de que sea la primera persona que manifestar interés en colaborar, previsto en el art. 30, I, del Decreto 8.420/2015.

<sup>2724</sup> Ítem IV del art. 30 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2725</sup> Ítem III del art. 30 del Decreto 8.420/2015.



compromiso de haber interrumpido totalmente la participación en la actividad irregular<sup>2726</sup>.

Además, debe haber en el acuerdo al menos el compromiso de proveer la información, documentos y elementos que comprueben la irregularidad<sup>2727</sup>. Dos cuestiones pueden ser extraídas de la necesidad de dichas cláusulas. La primera, el acuerdo de lenidad es un documento negociado entre las partes —de manera regulada por el interés público— ajustado para el caso concreto. El sistema de negociación requiere que las cláusulas del acuerdo contengan información de cómo concretar las finalidades de la colaboración, además de exigir que en el propio acuerdo exista información sobre los hechos, dada la necesidad de que la persona jurídica admita su participación —no hay como admitir si no hay una narrativa de los hechos—. En este aspecto, aunque sea posible a la Administración la utilización de cláusulas modelo en las negociaciones, cada acuerdo deberá contener cláusulas específicas al caso concreto, con la información necesaria para cumplir los requisitos mencionados.

La segunda consideración relacionada con estas cláusulas es que, conforme el tipo de colaboración prestado por la persona jurídica, el acuerdo podrá contener también un listado de los documentos y las pruebas existentes. En este aspecto, en algún caso del acuerdo de lenidad ya constará la información y los documentos de colaboración necesarias para las investigaciones por parte de la Administración. Esto muchas veces será una consecuencia natural de la propia negociación, en la cual la persona jurídica deberá demostrar que tiene información y documentos relevantes. Con ello, además de contener compromisos para entregar información y documentos, el acuerdo deberá contener información y documentos —formalizados, conforme al caso, en anexos del acuerdo o junto a los documentos del procedimiento de negociación<sup>2728</sup>—. Por ejemplo, en los casos en que la persona jurídica colaboradora hace investigación interna amplia, con colecta de documentos e informes sobre los hechos ilícitos y presenta la totalidad de dichos elementos en la negociación del acuerdo de lenidad, la Administración ya tendrá a su disposición —a partir de la realización del acuerdo— la información y documentos para la continuidad de las investigaciones y de los procesos de responsabilidad. No obstante, conforme a los términos de la Ley, la persona jurídica colaboradora deberá

---

<sup>2726</sup> Ítem II del art. 30 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2727</sup> Ítem V del art. 30 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2728</sup> Aquí, como actividad de la Administración, la negociación es considerada una actuación formal, de manera que exige la realización de actas y formalización de autos de proceso, que permitan registrar las reuniones y elementos presentados. Dicha formalización es esencial para un posterior control de la aceptación o no de la colaboración en el ámbito de la justicia negociada. Como ejemplo de la formalidad del procedimiento se puede mencionar la ordenanza ministerial CGU y AGU, que prevé la actuación formal de las comisiones de negociación. Ordenanza AGU/CGU No 4/2019.

mantener su compromiso de continuar colaborando con lo que fuera necesario para las investigaciones.

### **5.3.2. Cláusulas sobre el incumplimiento del acuerdo**

Los próximos ítems del listado —el hecho de la pérdida de beneficios y la naturaleza de título ejecutivo—, son cláusulas relacionadas al incumplimiento y a la ejecución forzosa del acuerdo. Debido a la naturaleza de la herramienta de colaboración, el tema del incumplimiento de las condiciones en diversas ocasiones será complejo y requerirá cláusulas específicas. Esto porque, como el incumplimiento genera pérdida de las ventajas, la Administración tendrá que reconocer el incumplimiento y su extensión, para poder proporcionalmente ajustar las consecuencias aplicables.

En términos abstractos se puede imaginar tres situaciones: (i) el incumplimiento total o frontal de las condiciones del acuerdo; (ii) el perfecto cumplimiento de las condiciones; y (iii) el cumplimiento parcial de las condiciones. El incumplimiento total ocurrirá cuando la persona jurídica, por ejemplo, se recusa a colaborar con las investigaciones y a promover el resarcimiento de los daños causados después de firmado el acuerdo. En estos casos, bastará a la Administración continuar con la imposición de responsabilidad administrativa y sancionar a la persona jurídica por el incumplimiento. Es importante observar, con ello, un cambio en la situación de responsabilidad de la persona jurídica: antes del acuerdo, para imposición de responsabilidad, hace falta un proceso administrativo de responsabilidad que garantice derechos de defensa y de contradictorio<sup>2729</sup>. A partir del acuerdo, el sistema jurídico permite la imposición de las sanciones previstas en el proceso de negociación<sup>2730</sup>.

El acuerdo significa la admisión de participación y la presentación de información y documentos sobre las irregularidades. En cambio, la persona jurídica recibe exención y reducción en las sanciones. A partir de la declaración de incumplimiento del acuerdo, las sanciones serán exigibles de la persona jurídica. De esta manera, el sistema de Brasil parece permitir que, firmado el acuerdo, la responsabilidad de la persona jurídica sea aplicable a partir de su incumplimiento. En este caso, lo que ocurre es una fuga del proceso administrativo y, como consecuencia, una huida de los derechos y garantías de dicho procedimiento de responsabilidad. Por ello, sería posible la aplicación de responsabilidad a personas jurídicas por hechos de corrupción sin un proceso administrativo de responsabilidad, o

---

<sup>2729</sup> La Ley de la Empresa Limpia prevé proceso de responsabilidad con amplia defensa y contradictorio, y la propia Constitución de Brasil prevé dichas garantías para los procesos administrativos. Ver Constituição Federal (CFB) art. 5.º, LV (Brasil) y Ley 12.846/2013, art. 8.º.

<sup>2730</sup> Decreto 8.420/2015, art. 23, §2.º.

al menos sin un rito procesal “completo” de responsabilidad<sup>2731</sup>. Tal consecuencia está basada en el hecho de que la persona jurídica, firmando el acuerdo, admite la responsabilidad y, en concreto, entrega pruebas contra sí misma. En este sentido, el acuerdo significa también la admisión de culpabilidad y una renuncia a las garantías procesales. Así, sería natural que la responsabilidad en el caso de incumplimiento del acuerdo no requiera un nuevo proceso de responsabilidad —como si no hubiera acuerdo—. El incumplimiento posibilita la aplicación de sanción a la persona jurídica.

No obstante, dicha posibilidad crea dos cuestiones. La primera, el hecho que permite la responsabilidad ya no es la irregularidad de la ley, sino el incumplimiento del acuerdo. En este sentido, originalmente la responsabilidad administrativa era aplicable a partir de la conducta que configurara irregularidad prevista en la Ley, y solamente tras su comprobación en el proceso administrativo. Con la admisión de los hechos, queda configurada la participación del colaborador en alguna de las irregularidades que generan responsabilidad. Sin embargo, el incumplimiento del acuerdo no está relacionado directamente con dichas irregularidades, y sí con las cláusulas y condiciones del acuerdo en sí mismas. Es decir, incumplir las condiciones y cláusulas del acuerdo se vuelve la nueva irregularidad. El hecho de que las partes del acuerdo pueden —y deben— estipular las cláusulas hace que la Administración tenga la posibilidad de crear estas “nuevas irregularidades” que justifiquen la imposición de sanción y la pérdida de los beneficios por la colaboración. Como ejemplo, en el sistema de Estados Unidos, el amplio poder de la Fiscalía en determinar condiciones para la colaboración de personas jurídicas es considerado como un poder para crear lo que serían estos “nuevos ilícitos”, generados a partir del incumplimiento<sup>2732</sup>. En este aspecto, si hay en un acuerdo una condición relacionada con el programa de cumplimiento, el incumplimiento de dicha condición —y no la irregularidad de la ley— permitiría la imposición de sanción. Así, para garantizar certidumbre jurídica en del ámbito de la colaboración con la Administración, la autoridad responsable deberá evaluar la proporcionalidad de declarar el incumplimiento del acuerdo.

Por ello, es importante tener en consideración que, en una situación extrema, generar en las personas jurídicas colaboradoras la expectativa de que cualquier incumplimiento será suficiente para imponer las más graves sanciones es un desincentivo para la colaboración con la Administración. Incluso por que un incumplimiento podrá ocurrir sin culpa de la propia persona colaboradora, por ejemplo, en el caso de pago de soborno posterior

---

<sup>2731</sup> Conforme a las convenciones de Naciones Unidas y OCDE relacionadas al combate a la corrupción, las garantías del debido proceso deben ser mantenidas incluso en los casos en que el Estado-parte adopta responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y no responsabilidad penal. Ver los apartados específicos en el capítulo anterior.

<sup>2732</sup> ARLEN (2016b: 231).

al acuerdo y a pesar de la adecuada implementación de los controles internos. La aplicación del principio de proporcionalidad permitirá a la Administración, por ejemplo, considerar cumplido el acuerdo cuando la persona jurídica realice reporte voluntario de la nueva conducta relacionada con los hechos indebidos.

La segunda cuestión es que, como acto administrativo que concretamente permite la imposición de sanción, la declaración de incumplimiento por parte de la Administración también debe ser considerada una especie de proceso administrativo, que permita exigir, al menos en algún estándar, derecho a defensa y contradictorio<sup>2733</sup>. En este sentido, debe ser garantizado a la persona jurídica presentar defensa antes de la declaración de incumplimiento. Conforme se ha mencionado, en estos casos la irregularidad no será más la prevista en la ley, sino el propio incumplimiento de cláusula o condición del acuerdo, de manera que la defensa deberá estar relacionada con el incumplimiento, y no sólo con el hecho irregular que fundamenta el acuerdo. Además, aunque el estándar de la responsabilidad por los hechos indebidos previstos en la ley sea objetivo, el incumplimiento debe considerar la culpabilidad de la persona jurídica. Es decir, como nueva irregularidad, el incumplimiento debe ser evaluado material y subjetivamente, que permita la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del acuerdo de lenidad. Además, hace falta que la declaración de incumplimiento sea formal, y que el trámite de defensa sea realizado en proceso administrativo. Debido a la ausencia de previsión de formalidad en la propia Ley de la Empresa Limpia, debe ser garantizado el estándar mínimo de la Ley del Proceso Administrativo brasileña<sup>2734</sup>.

Conforme se ha mencionado, también es posible que la persona jurídica incumpla parcialmente alguna obligación del acuerdo. Como incumplimiento parcial se consideran los casos en los cuales las condiciones principales del acuerdo son cumplidas, pero no en sus exactos términos o no son cumplidas en la máxima amplitud de la cláusula. Ejemplos que pueden ser mencionados son un eventual atraso en la cuota del pago de indemnización por daños causados, o enviar como testigo otra persona que no es la indicada en las negociaciones del acuerdo. En diversas situaciones el incumplimiento parcial podrá estar relacionado con una simple cuestión de forma o ejecución de la condición. En este aspecto, en primer lugar, la Administración debe considerar la finalidad del acuerdo y el interés público. Así, si hay adecuada colaboración en el sentido de proveer documentos necesarios para la prueba de las irregularidades, el hecho de que el documento —o medio de prueba— presentado no sea el elegido durante la

---

<sup>2733</sup> En ese sentido, la propia Constitución de Brasil prevé que nadie será privado de sus derechos a la propiedad sin proceso judicial o administrativo con contradictorio y amplia defensa. Constituição Federal (CFB) art. 5.º, LV (Brasil).

<sup>2734</sup> Lei N.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, *Diário Oficial da União* (DOU) de 1.2.1999 (Brasil).

negociación debe ser contrastado con el efecto probatorio deseado. Además, el incumplimiento como retraso en pago debe ser considerado con base en las circunstancias que lo generaron, como por ejemplo dificultad financiera de la persona jurídica.

No obstante, relativizar las obligaciones del acuerdo crea espacio para oportunidades de incumplimiento voluntario y estratégicamente planteado. La persona jurídica puede decidir no presentar determinados documentos y presentar otros para reducir el potencial cálculo de los daños causados. De igual modo, puede hacer pago de eventuales prestaciones financieras con retraso simplemente por falta de cuidado o falta de interés al ejecutar adecuadamente las cláusulas. En un ejemplo extremo, una persona jurídica puede simplemente ajustar su contabilidad para demostrar bajo lucro, para intentar justificar retrasos de su parte en las contraprestaciones. De hecho, esto puede ser común en los casos en los cuales los pagos de multa y resarcimiento por daños son parcializados durante años<sup>2735</sup>. En este sentido, el sistema de colaboración no debe permitir incumplimiento —aunque parcial— de las cláusulas. Una medida que puede ser adoptada en los acuerdos es permitir la aplicación de multas y mora por incumplimientos parciales<sup>2736</sup>. Además, cláusulas con obligaciones alternativas o con adopción expresa de la finalidad como objeto —por ejemplo, hacer prueba de determinado hecho— también pueden ser utilizadas para simplificar la ejecución del acuerdo<sup>2737</sup>. Al final, en caso de cumplimiento adecuado y perfecto de las condiciones del acuerdo, estará resuelto el caso sin la necesidad de declaración de incumplimiento o imposición de sanción adicional.

### **5.3.3. Cláusulas sobre el programa de cumplimiento**

Por último, también es obligatorio que en el acuerdo se incluyan cláusulas sobre la implementación de programas de cumplimiento —en caso de su inexistencia previa— o de perfeccionamiento de dicho *compliance program*. Así, el sistema de colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción de Brasil promueve un cambio de cultura corporativa, para con ello condicionar la colaboración no sólo al reconocimiento de los hechos y la colaboración con las investigaciones, sino también con el desarrollo de

---

<sup>2735</sup> En el caso de la “Operación Lava Jato”, de Brasil, diversos acuerdos con personas jurídicas involucran pagos y descuentos en productos a ser realizados durante años, con base en la evaluación de la capacidad económica de la empresa. Ver Capítulo I.

<sup>2736</sup> Dicha medida puede ser implementada con base en las normativas relacionadas a las deudas con la Administración. De hecho, en el caso Bilfinger SE, conforme se puede observar del texto del acuerdo publicado en línea por la CGU, hay cláusula de multa por retraso en los pagos, y límite de 30 días de retraso para considerar definitivamente incumplido el acuerdo. Ver ASCOM, *Bilfinger.pdf*, CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, (5 de abril de 2019), <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordoleniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf/view>, (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2737</sup> Ver la nota anterior, sobre el caso Bilfinger SE.

programas antisoborno<sup>2738</sup>. Estos programas deben estar relacionados a la prevención, detección y corrección de irregularidades previstas en la ley, en especial relacionadas a corrupción y soborno<sup>2739</sup>. El estándar de los programas de cumplimiento relacionados a la Ley de la Empresa Limpia está previsto en el decreto federal reglamentar y tienen aplicabilidad a todos los entes federados de Brasil<sup>2740</sup>: aunque los estados y municipios de Brasil tengan competencia para reglamentar la ley en su ámbito de aplicación, la uniformidad de los programas de cumplimiento es una medida obligatoria para garantizar un estándar único en todo el país, que permita generar un verdadero incentivo a la adopción —de manera preventiva— de dichos programas.

Para efectos del desarrollo de las cláusulas relacionadas al programa de cumplimiento, la Administración debe realizar una verdadera evaluación de los sistemas y controles internos de la persona jurídica<sup>2741</sup>. El decreto prevé requisitos y elementos de los programas a ser evaluados, que son utilizados en estándares internacionales basados en la identificación de elementos de existencia, calidad y eficacia. Durante la negociación del acuerdo, la Administración debe identificar si la persona jurídica colaboradora tiene programa de cumplimiento, si considera los elementos formales necesarios a dichos programas, si hay adecuada aplicación del programa de cumplimiento en el caso concreto, además de si dicha aplicación es eficaz y capaz de prevenir, detectar y remediar irregularidades.

El decreto tiene un listado de parámetros necesarios para el sistema y de elementos a ser utilizados en la evaluación de dichos parámetros. De esta forma, el sistema de Brasil funciona como un verdadero incentivo para la adopción de una cultura de cumplimiento. Por un lado, habrá reducción de responsabilidad en caso de detección y colaboración eficaz con la Administración, lo que puede ser realizado a partir de un sistema de cumplimiento eficaz. Por otro lado, el sistema será evaluado bajo parámetros conocidos, lo que genera certidumbre sobre cuáles son las medidas internas que deben ser adoptadas por las personas jurídicas. El único incentivo relacionado con la implementación de programa de cumplimiento que parece inexistente en el sistema brasileño es que, aunque la empresa identifique, investigue, remedie, realice reporte voluntario y colabore plenamente con la Administración —elementos generalmente desarrollados a partir del programa de cumplimiento— no habrá posibilidad de exención total de las sanciones administrativas.

---

<sup>2738</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 35).

<sup>2739</sup> ATHAYDE (2019: 280).

<sup>2740</sup> Conforme el párrafo único del art. 7.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2741</sup> Conforme el art. 42 del Decreto 8.420/2015.

## 6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA COLABORACIÓN PARA EL INTERÉS PÚBLICO

Por detrás del desarrollo de herramientas de justicia negociada existe la afirmativa de que su inserción en los sistemas jurídicos funciona proporcionando ventajas al interés público. Dichas ventajas suelen estar relacionadas con el sistema de prevención y represión de conductas de alto grado de lesividad<sup>2742</sup>. En este aspecto, hay una expectativa de que la justicia negociada propicie ventajas al sistema como un todo, a partir del incremento en la rapidez y eficacia con la cual se tratan los casos. También pueden existir ventajas específicas, conforme el desarrollo de la herramienta de justicia negociada, con el planteamiento de la colaboración para generar ventajas de especial interés conforme el tipo de delincuencia o de delincuente. Por ejemplo, en el caso de la colaboración prevista en la Ley de la Empresa Limpia, se puede mencionar como ventaja específica para el tipo de delincuencia —hechos relacionados a corrupción— y delincuente —personas jurídicas— el incentivo al perfeccionamiento o a la implementación de los sistemas de cumplimiento<sup>2743</sup>. De hecho, el listado de ventajas —prometidas— es tan grande que la justicia negociada recibe un aura de *remedio mágico*<sup>2744</sup> para tantos retos y tantas crisis del sistema de justicia, del sistema criminal, de la Administración Pública, etc.

No obstante, es necesario hacer una evaluación de las posibles desventajas de dichas herramientas para el sistema de justicia y para otros valores importantes para el Estado de Derecho y la sociedad. En especial por que la justicia negociada vulnera el paradigma del proceso con garantías y derechos a cambio de generar eficacia y rapidez en la resolución de los casos. En este sentido, por la propia naturaleza de dichas herramientas de justicia, estará presupuesto alguna pérdida relacionada con la propia fuga de las nociones tradicionales del proceso y de la justicia. Más aún en el caso de Brasil en la responsabilidad de las personas jurídicas, en las cuales el propio proceso —dada la naturaleza de la responsabilidad— es un proceso administrativo de responsabilidad. De igual modo que las ventajas al interés público, las desventajas también pueden ser más generales, relacionadas con el sistema como un todo, o más específicas: las que tengan relación con particularidades de la herramienta de justicia negociada y su planteamiento específico.

---

<sup>2742</sup> En este aspecto, tradicionalmente se diría ventajas para el sistema criminal. Sin embargo, dado que en Brasil la responsabilidad de personas jurídicas por conductas relacionadas a corrupción tiene naturaleza administrativa, se adopta la expresión “conductas de alto grado de lesividad”. Conforme se ha mencionado en este capítulo, dichas conductas son tradicionalmente conceptualizadas como delitos, a ejemplo los pagos de soborno y tráfico de influencia. De esa manera, es razonable concluir que las ventajas de la herramienta de justicia negociada *acuerdo de lenidad* de la Ley de la Empresa Limpia están relacionadas con el sistema de represión y prevención de delitos.

<sup>2743</sup> SIMÃO & VIANNA (2017: 35).

<sup>2744</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (2016).

Una perfecta y pormenorizada evaluación de ventajas y desventajas exigiría un número de casos concretos y datos exhaustivos sobre los referidos casos, además de los datos necesarios para comparar los efectivos cambios generados por la herramienta bajo análisis en el sistema y en la delincuencia. Sin embargo, la coyuntura del acuerdo de lenidad de Brasil, su relativa novedad, añadida a la realidad del sistema de combate a la corrupción hace que dicha labor no sea posible —por lo menos en la actualidad—. No obstante, la experiencia de otros países con las herramientas de justicia negociada sirve como contrapunto para el análisis del sistema del acuerdo de lenidad brasileño. De esta manera, el sistema de Brasil puede sí ser evaluado a partir de la experiencia de otros países, pero también llevando-se en consideración las especificidades del planteamiento de la herramienta de Brasil y su aplicabilidad objetiva y subjetiva.

Además, a pesar de las constantes advertencias de que no es posible trasladar una solución de un sistema jurídico a otro sin las adaptaciones y ajustes necesarios, debido a las particularidades de las tradiciones jurídicas, políticas y culturales de cada país<sup>2745</sup>, es posible que se utilice el ejemplo ajeno con sus ventajas y desventajas con el intento de aprender con los aciertos y con los errores. En este aspecto, es importante mencionar la propia experiencia de Estados Unidos, en especial dado que la Suprema Corte de este país, en la decisión que consideró el *plea bargaining* constitucional, mencionó que el sistema debería ser adoptado para los casos en los cuales hubiera fuertes elementos de culpabilidad y de modo que no se incentivara a la falsa confesión de inocentes<sup>2746</sup>. Sin embargo, en los días de hoy, tal vez el bajo control de elementos de culpabilidad y la condena de inocentes sean las mayores críticas del referido sistema<sup>2747</sup>.

## **6.1. Ventajas**

### **6.1.1. Generales**

Las herramientas de justicia negociada, conforme se ha mencionado, intentan presentar una *solución* para la crisis en el sistema de justicia para asignar mayor celeridad y como consecuencia mayor eficacia en el tratamiento de los casos. Dicha rapidez se obtiene dado que la herramienta de justicia negociada —el acuerdo de lenidad— se traduce en una aceptación de responsabilidad y de sanción administrativa. De esta manera, se evita el rito tradicional del proceso que, en el caso de responsabilidad de la Ley de la Empresa Limpia, es el proceso administrativo sancionador. La voluntariedad de la aceptación del acuerdo, por parte de la persona jurídica, puede significar el ahorro necesario en las investigaciones para la formación

---

<sup>2745</sup> Ver SCHÜNEMANN (2002: 301-302) en ese sentido y como crítica a la transposición al sistema penal europeo de la justicia negociada y los acuerdos en el ámbito de la justicia penal.

<sup>2746</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>2747</sup> DERVAN, LEO, RYAN, BEETY, GILCHRIST & BERRY III (2016: 1596).



de la decisión de instaurar el proceso administrativo, como la colecta de pruebas pre procesales y de información. En todos los casos, significa que no será necesario entregar pruebas en el proceso de responsabilidad, bajo las garantías de la amplia defensa y del contradictorio. Así, conforme el caso concreto, el acuerdo de lenidad podrá significar el total ahorro de las etapas pre procesales y procesales: en los casos en los cuales el reporte voluntario de la persona jurídica ocurre incluso antes del arranque de las investigaciones o del conocimiento de los supuestos hechos por la Administración Pública. O, conforme el caso, podrá significar un ahorro solamente en la fase procesal, en los casos en los cuales las investigaciones que anteceden al proceso fueron hechas.

En algún caso el ahorro con la obtención de pruebas y colectas de información podrá ser todavía más restricto, dado que el Decreto 8.420/2015 permite que la persona jurídica interesada manifieste su interés en realizar acuerdo de lenidad hasta la confección del informe final del proceso administrativo de responsabilidad<sup>2748</sup>. En dichas situaciones, si la comisión del proceso administrativo de responsabilidad ya hubiera obtenido las pruebas e información necesarias para el interés público, el factor *ahorro de tiempo* como ventaja del acuerdo quedará reducido. De igual modo, en los casos en los cuales el informe final de la comisión opina por la inexistencia de pruebas, el trabajo de intento de colecta de elementos e información ya fue hecho, de manera que tampoco se considera necesariamente que el acuerdo generará ahorro en la utilización de recursos humanos y de tiempo de la Administración Pública. Sin embargo, en los casos de acuerdo, la otra ventaja general es la aceptación voluntaria de las sanciones. En este sentido, las consecuencias del acuerdo —como la indemnización de los daños, resarcimientos debidos y prestación de la colaboración necesaria— estarán presentes de manera voluntaria por parte de la persona jurídica. Así, se estima un ahorro de tiempo y de utilización de recursos materiales en lo que podría ser considerado la imposición forzosa de las sanciones y la eventual ejecución de la condena para obtener la indemnización y el resarcimiento de los daños.

En Estados Unidos, debido a la amplia posibilidad de utilización de la colaboración en el sistema criminal, se estima que más de un noventa por ciento de los casos se concluye sin los tramites tradicionales del proceso penal, es decir, sin el juicio que incluye la obtención de pruebas y la defensa<sup>2749</sup>. Dado este impresionante porcentaje, es fácil imaginar que en la actualidad el sistema criminal no tendría capacidad de actuar con todos los tramites del proceso tradicional en todos los casos sin la utilización de la justicia negociada. De hecho, la colaboración que genera la confesión y la renuncia a los derechos procesales es considerada relevante para el ahorro

---

<sup>2748</sup> Art. 30, §2.º del Decreto 8.420/2015.

<sup>2749</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 145).

de tiempo y recursos de la Fiscalía y del sistema judicial<sup>2750</sup>. En alguna proporción ese tipo de ahorro de tiempo y de recursos también sería producido por el acuerdo de lenidad de Brasil. No obstante, es importante que se observe que en el caso del sistema brasileño no hay la posibilidad de utilización de justicia negociada de manera amplia, como en Estados Unidos. Por ello, en la actualidad, no parece posible que la justicia negociada se vuelva tan ampliamente utilizada que pueda generar el mismo porcentaje general de casos resueltos sin el proceso tradicional.

Además, específicamente en el caso del acuerdo de lenidad, conforme se ha expuesto, la ley prevé la necesidad de que sean cumplidos requisitos y condiciones. Con ello, aunque el acuerdo signifique ahorro de la marcha del proceso de responsabilidad —en este caso, repítase, proceso administrativo— el propio acuerdo genera la necesidad de evaluar las condiciones y requisitos de la ley<sup>2751</sup>. Así, además de ser una herramienta restringida (hay también otras herramientas que pueden ser utilizadas en el sistema brasileño), requiere un proceso de negociación con equipo específico y una decisión administrativa que evalúe la colecta de pruebas y de información que sea posible a partir de los esfuerzos de la colaboradora<sup>2752</sup>. En este sentido, además de no ser posible ahorrar en un número de casos tan grande como el de EE.UU., la colaboración en la modalidad de acuerdo de lenidad exige un gasto específico de tiempo y de recursos humanos en la negociación y en la evaluación de los elementos y condiciones necesarias para firmar el acuerdo<sup>2753</sup>.

A este ahorro de tiempo y costes que genera la utilización de la justicia negociada se suman otras ventajas generales. La negociación permite que los investigados en los supuestos hechos participen más activamente de la confección de la justicia en su caso concreto<sup>2754</sup>. Esto hace que se quite del sistema la incertidumbre sobre la resolución del caso, en el caso de Estados Unidos, para la Fiscalía. En el caso de Brasil, la misma conclusión puede ser extraída del acuerdo de lenidad, en el cual la participación voluntaria de la persona jurídica en la solución del caso saca la incertidumbre de la marcha procesal y la consecuente decisión del proceso de responsabilidad. Este

---

<sup>2750</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>2751</sup> Sobre las condiciones y requisitos, ver apartados anteriores. Ver también, en general, ATHAYDE (2019: 267-289).

<sup>2752</sup> Art. 16 de la Ley 12.846/2013 y arts. 28-40 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2753</sup> Apenas como ejemplo, Odebrecht firmó acuerdo con la Fiscalía en el año 2016 y con la AGU y la CGU en el año 2018, conforme se puede observar del Capítulo I. De esta manera, considerando la diferencia de dos años de la fecha de firma de dichos acuerdos, no es claro que la tarea de las autoridades en negociar acuerdos, incluso en los casos de acuerdos previos, sea simple. Eso no significa decir que los acuerdos tardan dos años en negociación, por diversos factores: el caso con Odebrecht demuestra un esquema de corrupción generalizado, no hay información sobre el inmediato interés de la empresa en colaborar con las autoridades, entre otros.

<sup>2754</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 93).

ahorro de tiempo y participación voluntaria de las partes en la conclusión del caso conlleva también a que se alcancen las finalidades de las sanciones de manera más efectiva, como forma de generar prevención y represión de las conductas socialmente indeseables<sup>2755</sup>.

Otra ventaja —que puede ser considerada general— de la justicia negociada para la responsabilidad de personas jurídicas está relacionada con la propia naturaleza de los hechos y de las personas ficticias. La responsabilidad de las personas jurídicas es importante dada su participación en la conducta indeseable y la eventual obtención de beneficios con ella. En este sentido, dicha responsabilidad opera en el sistema con un incremento de igualdad, al permitir sanción a todas las personas involucradas<sup>2756</sup>. No obstante, las personas jurídicas son personas ficticias y, en este sentido, a diferencia de lo que ocurre con un individuo, la persona jurídica en sí no tiene voluntad propia ajena de sus directivos, sus controladores y sus ejecutivos. Además, las personas jurídicas son utilizadas por los grupos en la sociedad para producir y generar resultados que individualmente no serían generados, por ello las personas jurídicas son instituciones relevantes para el desarrollo social y económico.

De esta manera, la justicia negociada en caso de responsabilidad de personas jurídicas puede permitir una reducción del impacto social y económico de la imposición del poder de sancionar del Estado. No obstante, tres elementos deben ser sopesados en dicha consideración. El primero es una de las justificativas —quizás la principal— de la responsabilidad: las personas jurídicas obtienen beneficios por la comisión del delito. Además, aunque la persona ficticia no tenga voluntad propia, tiene dueños, propietarios y controladores, que estos sí, la tienen. Por último, es posible organizar estructuralmente las personas jurídicas para promover una cultura de probidad y honestidad, a ejemplo de programas efectivos de cumplimiento. Así, aunque ventajosa la utilización de justicia negociada en caso de responsabilidad de empresas bajo estas observaciones, la actuación de la justicia debe considerar estos tres elementos mencionados para evitar ciclos viciosos.

### **6.1.2. Específicas**

Para que se firme un acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia, la colaboración debe generar resultados específicos y debe ocurrir bajo la aceptación de condiciones específicas por parte de la persona jurídica colaboradora<sup>2757</sup>. En términos generales, con relación a los resultados, hace falta que el colaborador identifique los demás involucrados en los hechos

---

<sup>2755</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 95).

<sup>2756</sup> SCHÜNEMANN (2004: 22).

<sup>2757</sup> Art. 16, I-II, §§1.º y 4.º de la Ley 12.846/2013.

lesivos y provea información y pruebas de manera rápida<sup>2758</sup>. Siendo así, la referida herramienta de justicia negociada es calificada, en oposición a una herramienta de justicia negociada amplia. Calificada dado que de la colaboración se deben generar resultados específicos más allá de la simple confesión con renuncia de los derechos y garantías procesales. Conforme se ha mencionado, en Estados Unidos hay la posibilidad de justicia negociada incluso en los casos en los cuales los investigados simplemente confiesan sobre alguna imputación y renuncian a sus derechos, sin que sea necesario que de la colaboración resulte necesariamente otro resultado específico<sup>2759</sup>. No obstante, este estándar de Brasil se asemeja a los casos en que el *plea bargaining* de Estados Unidos resulta en que los investigados colaboren con las investigaciones y con los procesos de responsabilidad de las otras personas. De hecho, en lo que se refiere a acuerdos con personas jurídicas, la Fiscalía Federal de EE.UU. tiene como oficial la política de que las personas jurídicas colaboradoras deben proveer información y pruebas sobre las conductas de los individuos involucrados en los mismos hechos<sup>2760</sup>.

Estos resultados exigidos de la obtención de pruebas e información sobre los hechos y sobre las demás personas involucradas producen ventajas específicas para la Administración Pública, específicamente producen el incremento de información y elementos disponibles sobre las conductas —aspecto objetivo— y sobre las personas involucradas —aspecto subjetivo—. Con relación al incremento de información y elementos sobre los hechos, posibilitará a la Administración hacer el computo más preciso de los daños causados, la adecuada identificación de eventuales víctimas además de proporcionar que se descubran las ganancias obtenidas a partir de las conductas.

Es importante que se observe que la colaboración con la Administración, en los términos de la ley brasileña, debe continuar incluso después de firmado el acuerdo, hasta concluido el proceso respectivo<sup>2761</sup>. De esta manera, hay una expectativa de que la persona jurídica colaboradora auxilie incluso en las investigaciones relacionadas, proveyendo datos y documentos necesarios para auditorias y pericias. Esa colaboración será muy relevante para los casos de irregularidades relacionadas a casos complejos. Por ejemplo, en el caso de contratación de obras públicas de

---

<sup>2758</sup> Ver los apartados anteriores. Ver también ATHAYDE (2019: 277-278).

<sup>2759</sup> Sin embargo, también en el sistema de Estados Unidos es posible que de la justicia negociada resulte colaboración con la investigación de delitos. De esa manera, el sistema permite tanto la colaboración amplia como las colaboraciones condicionales a la producción de determinados resultados. Ver HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146). Además, el sistema también permite, en especial en el caso de responsabilidad de personas jurídicas, la imposición de otras condiciones, como la implementación o perfeccionamiento de programas de cumplimiento. Ver ARLEN (2016b: 231).

<sup>2760</sup> Ver, en general, EISINGER (2017: 319 y ss.).

<sup>2761</sup> Art. 16, §1.º, III de la Ley 12.846/2013.

grandes proporciones, en las cuales diversos procedimientos de auditoria y de investigación son necesarios para la adecuada identificación de los reales perjuicios y daños ocurridos. De hecho, la propia ley prevé que el acuerdo de lenidad no se exenta a la persona jurídica de la obligación de promover la reparación integral del daño causado<sup>2762</sup>. Dicha regla significaría que no existe ninguna posibilidad de que los daños causados sean perdonados a las personas jurídicas<sup>2763</sup>.

Sin embargo, tampoco está expreso en el texto de la ley que el resarcimiento de los daños es una de las condiciones necesarias para que se firme el acuerdo<sup>2764</sup>. En este aspecto, parece una ventaja que la Administración no pueda considerar completamente resarcidos los daños con la firma del acuerdo de lenidad, porque la información y pruebas obtenidos pueden conllevar a descubrir más daños, o a lo mejor, al cálculo más preciso de los daños causados. No obstante, debido a la ausencia de quitación por los daños causados, parece que la persona jurídica colaboradora podrá, a cualquier momento, ser considerada deudora de la Administración por daños descubiertos posteriormente. Esta aparente ventaja genera incertidumbre para las personas colaboradoras: aunque en la fecha de la firma de los acuerdos la dimensión de las obligaciones esté clara, el futuro puede aguardar cobranzas adicionales de cuantías relacionadas a daños descubiertos. En los casos que la persona jurídica no haya entregado la información para cálculo de los daños adecuadamente, la consecuencia de un nuevo cálculo del daño será justa. Sin embargo, la incertidumbre estará en los casos de mayor complejidad, en los cuales podrá ocurrir diversos métodos para calcular daños, unos más precisos y otros menos<sup>2765</sup>.

De igual modo, la información y las pruebas relacionadas a las demás personas involucradas en los hechos permitirán a la Administración señalar con mayor precisión y amplitud los daños y perjuicios causados por estas otras personas. Además, dicha colaboración generará elementos necesarios para imponer la responsabilidad penal y administrativa a esas personas involucradas, que podrán ser individuos o incluso otras personas jurídicas. Aquí se estima una doble ventaja: además de identificar las ganancias y los perjuicios relacionados a los otros individuos, las pruebas simplificarán los

---

<sup>2762</sup> Art. 16, §3.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2763</sup> ATHAYDE (2019: 285).

<sup>2764</sup> Sobre el tema, ver ATHAYDE (2019: 285-289) hablando de las diferentes discusiones sobre ser el daño parte del resultado útil del proceso y de las exigencias de la AGU y de la CGU sobre los cálculos de los valores a ser pagos por la persona jurídica en sede de acuerdo. Ver también SIMÃO & VIANNA (2017: 149).

<sup>2765</sup> Además, también no está claro en la Ley si el interés de la persona jurídica de defenderse de los daños identificados posteriormente clasifica incumplimiento del acuerdo. Es decir, la amplia colaboración—condición del acuerdo—puede generar investigaciones y auditorias de cuyos resultados la persona jurídica tenga el interés de defenderse. En la Ley no hay reglamento específico sobre la posibilidad o imposibilidad de dicho ejercicio de defensa pos-acuerdo.

procesos —judiciales y administrativos— de imposición de responsabilidad relacionado con esas otras personas. El acceso a información y documentos incrementa la eficiencia de las investigaciones<sup>2766</sup>, lo que se vuelve aún más importante considerando que la herramienta —acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia— es aplicable a hechos relacionados a corrupción y soborno, en los cuales muchas veces la detección, investigación e imposición de responsabilidad a los involucrados es muy difícil dada la complejidad de las conductas y dificultades de la instrucción de los procesos. Considerando estas ventajas, los acuerdos de lenidad son herramientas relevantes con el potencial de prevenir y castigar las conductas relacionadas a corrupción en Brasil.

Por último, con relación al incremento subjetivo y objetivo de las investigaciones, la colaboración también tiene la finalidad de generar un perfeccionamiento de la propia Administración Pública. A través de un profundo conocimiento de los hechos y del *modus operandi* de las personas involucradas, la Administración tiene la oportunidad de implementar herramientas de control interno, de integridad y hasta de adoptar medidas disciplinarias. La información precisa de los fallos y de las situaciones que generan mayores riesgos de corrupción posibilitan la adopción de estrategias de mitigación de riesgos y mejoría de los procedimientos y los flujos de la propia Administración. En este sentido, la justicia negociada cualificada prevista en la Ley de la Empresa Limpia posibilita que la propia Administración reevalúe sus procesos y procedimientos y adopte estrategias más eficaces de prevención.

Otras ventajas específicas del acuerdo de lenidad también ocurren con relación a las condiciones necesarias para firmar el acuerdo, en especial en lo que se refiere con las obligaciones que la empresa debe asumir al cambiar su cultura corporativa<sup>2767</sup>. La estructura del acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 permite que el efecto del combate a la corrupción ocurra a través de múltiples frentes. Además de promover la prevención y la represión a través de la aplicación de multas y del incremento en las investigaciones, conforme se ha mencionado, también promueve la prevención y detección a través de la implementación de programas de cumplimiento antisoborno. De hecho, la herramienta de justicia negociada concretamente tiene el carácter de disuadir la práctica futura de conductas de corrupción, soborno y fraude<sup>2768</sup>. La ley y el decreto reglamentar prevén incentivos para la adopción de estructuras de control —como programa de cumplimiento— para las personas jurídicas en un sentido general.

---

<sup>2766</sup> ATHAYDE (2019: 44).

<sup>2767</sup> Sobre las condiciones para firmar el acuerdo, ver apartado anterior. Ver también los arts. 30 y 37 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2768</sup> Ver, en general, ATHAYDE (2019: 60-63).

Por ejemplo, hay factores para reducir la multa a ser aplicada basados en la existencia de control interno y reparación del daño<sup>2769</sup>, además de haber factores para incrementar la multa en el caso de la ausencia de control<sup>2770</sup>. El decreto prevé que el acuerdo deberá contener cláusulas sobre la mejora del programa de cumplimiento o, caso inexistente, su implementación<sup>2771</sup>. Dicho programa debe ser eficaz y adecuado a las actividades y a las proporciones de la persona jurídica colaboradora, para promover la adecuada prevención, detección y corrección de las conductas irregulares descritas en la Ley de la Empresa Limpia<sup>2772</sup>. Además, como cláusula del acuerdo, dicha implementación o mejora estará sujeta al monitoreo de la Administración para evaluar la adecuación de las medidas. En este sentido, la persona jurídica colaboradora también asume compromisos de cambiar su cultura corporativa y proveer a la Administración Pública información y evidencias relacionadas a dicho cambio.

Sin el intento de demostrar exhaustivamente todas las posibles ventajas a la Administración Pública de la herramienta de justicia negociada, se concluye que el acuerdo de lenidad también garantiza un mayor control de la resolución del caso a la Administración Pública cuando es comparado con el proceso administrativo de responsabilidad. En el proceso de responsabilidad, la Administración debe hacer prueba de los hechos bajo los paradigmas de garantías procesales adecuadas. Además, como resultado de la condena, deberá hacer la adopción de las medidas necesarias para el pago de las sanciones de carácter financiero y la reparación de los daños. La justicia negociada cambia estos elementos hacia un estándar de voluntariedad de la persona jurídica colaboradora. Esta colaboración y voluntariedad se traduce, tras la firma del acuerdo, también en “confesión” —o admisión de participación en los ilícitos, conforme el texto legal<sup>2773</sup>— y aceptación de responsabilidad y obligaciones relacionadas. De esta manera, la Administración obtiene información y pruebas relevantes para promover la adecuada prevención y represión de las conductas tanto en lo que se refiere a la persona jurídica colaboradora como a terceros involucrados en los hechos. La Administración obtiene de la persona colaboradora obligaciones de pagar multa y promover el resarcimiento de daños e

---

<sup>2769</sup> Como ejemplos de factores de reducción de la multa se mencionan el adecuado resarcimiento por parte de la persona jurídica, la efectiva colaboración con las autoridades y el hecho de la persona jurídica dispone de un adecuado programa de control interno. Ver el art. 18, II, III y V del Decreto 8.420/2015.

<sup>2770</sup> Como ejemplo de factores que incrementan la multa relacionado con la ausencia o inoperancia de un control interno se puede mencionar la continuidad de los hechos lesivos en el tiempo y la tolerancia de los directivos de la persona jurídica. Ver el art. 17, I-II del Decreto 8.420/2015.

<sup>2771</sup> Art. 37, IV del Decreto 8.420/2015.

<sup>2772</sup> ATHAYDE (2019: 280).

<sup>2773</sup> Art. 16, §1.º, III de la Ley 12.846/2013.

indemnizaciones<sup>2774</sup> y los elementos fácticos necesarios para identificar dichas cuantías, y obtiene el compromiso de mejora o implementación de un sistema de cumplimiento efectivo por parte de la colaboradora. Todo esto a través de cláusulas y obligaciones del acuerdo de lenidad.

A partir de la formalización del referido acuerdo, la colaboradora asume el compromiso de voluntariamente ejecutar dichas condiciones. Con ello, la carga de la Administración en promover la prevención y represión de las conductas es reducida con relación a la persona jurídica colaboradora. Además, un eventual incumplimiento de las condiciones del acuerdo por parte de la colaboradora no quita de la Administración la información y las pruebas ni las demás consecuencias del acuerdo en lo que se refiere al conocimiento adecuado de los daños y de la necesidad de implementar el programa de cumplimiento. Es decir, el incumplimiento generará las consecuencias jurídicas adecuadas a la promoción forzosa de las obligaciones asumidas. A partir de este momento, incumplido el acuerdo, la Administración no estará en la situación que antecedió a las negociaciones —con la necesidad de entregar pruebas e información necesarias sobre los hechos y sus consecuencias—. La Administración estará en la posición de exigir por las vías necesarias la imposición de sanciones y cobranzas adecuadas. Por ello, el planteamiento de la colaboración a través del acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia, a partir de sus requisitos y condiciones, además de generar las ventajas mencionadas, sitúa a la Administración en una posición de mayor control de la resolución del caso hasta en un supuesto incumplimiento del acuerdo por parte de la colaboradora. Las ventajas de la colaboradora, a cambio, son la reducción y exención de las sanciones, en los términos de la Ley<sup>2775</sup>.

## 6.2. Desventajas

De igual modo que ocurre con las ventajas de la justicia negociada, las desventajas del acuerdo de lenidad pueden estar relacionadas con la propia

---

<sup>2774</sup> Aunque la Ley no prevea el resarcimiento de daños y pago de indemnización como parte del acuerdo, dichos pagos pueden ser considerados parte de la cláusula de resultado útil del acuerdo. Además, conforme se ha mencionado, la Ley también prevé expresamente que no se puede perdonar a la persona jurídica por los daños causados. Ver ATHAYDE (2019: 285-289) y SIMÃO & VIANNA (2017: 149).

<sup>2775</sup> De hecho, dichas consecuencias jurídicas no significan un desequilibrio entre las ventajas de la Administración y de la persona jurídica colaboradora. Aunque la Administración, al final, se sitúe en una situación de mayor control de la resolución del caso, la persona jurídica colaboradora obtiene la reducción de sanción de multa y exención de otras sanciones. Además, la persona jurídica colaboradora también evita el estigma de condena y tiene la oportunidad de utilizar el caso para demostrar sus valores corporativos en la lucha contra la corrupción a partir de su colaboración con las autoridades. En ese aspecto, la moneda que favorece a la persona jurídica está relacionada con la potencial reducción del daño a la imagen y a los demás efectos relacionados a la pérdida de productividad, pérdida de contratos y de consumidores que pueden estar involucrados con la imposición de sanción por hechos relacionados a corrupción. Los incentivos para colaboración son objeto de análisis de apartado *infra*.



concepción general de justicia negociada o también con la regulación específica del acuerdo de lenidad de la Ley de la Empresa Limpia. En relación con el sistema amplio de justicia negociada de Estados Unidos, en el cual se puede negociar virtualmente en todos los casos, abundan críticas y consideraciones sobre los efectos negativos de la justicia negociada en el sistema criminal<sup>2776</sup>. Es importante analizar y sopesar las desventajas de la justicia negociada y las críticas que sus herramientas generan para que se evalúe adecuadamente si las ventajas —generales y específicas— son justificativa suficiente para su utilización. De todos modos, a partir de esta evaluación, la justicia negociada no debe ser considerada un mal necesario del cual los sistemas jurídicos no pueden prescindir<sup>2777</sup>. Incluso, conforme se verá, algunas de las desventajas generales de la justicia negociada pueden ser reducidas o eliminadas a partir del propio diseño de la herramienta de colaboración adoptado en el sistema jurídico.

Las principales críticas generales de la justicia negociada están relacionadas al resultado de la condena que está basado en una narrativa ficticia de hechos más que en la realidad comprobada en el proceso. En términos generales, la justicia negociada implica en ponerse de acuerdo sobre una confesión de los hechos y la renuncia de los derechos procesales. Dicho acuerdo trasmuta la negociación entre las partes —Fiscalía/Administración e investigado— la fijación de la conducta indebida y sus consecuencias. Esta simple huida del concepto tradicional de la justicia y del paradigma del proceso penal —de búsqueda de la verdad procesal— genera un gran número de desventajas para el interés público. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, la fijación de los hechos por parte de la Fiscalía y del investigado producen numerosos casos de confesión y condena de inocentes<sup>2778</sup>; y en consecuencia hay un incremento en el riesgo de imputaciones falsas y condenas en ellas basadas. Además, la justicia negociada distorsiona la propia noción de prevención y represión de conductas indebidas, porque la sanción estará basada más en lo que fue acordado entre las partes, que en la realidad de los hechos. Esto porque, las personas involucradas, al final, reciben condenas reducidas —dada su colaboración— y pueden no englobar la totalidad de la imputación que sería adecuada al caso si no hubiera el acuerdo<sup>2779</sup>.

En este aspecto, en especial cuando está relacionado con corrupción y soborno la responsabilidad de personas jurídicas, la reducción de las sanciones tiene una doble consecuencia. Si el acuerdo para confesión reduce la amplitud de las irregularidades, también reducirá el potencial para identificar los daños y perjuicios causados por las conductas. La condena

---

<sup>2776</sup> Ver los apartados específicos sobre las críticas del sistema de Estados Unidos.

<sup>2777</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 96).

<sup>2778</sup> Ver el apartado anterior sobre confesión de inocentes. Ver también CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141) y FISHER (2003).

<sup>2779</sup> Ver PODGOR (2018: 964 y ss.).

por hechos “ficticios” o acordados puede significar un incremento en la noción de que la delincuencia merece la pena, dado que una parte de los beneficios —o hasta mismo de los perjuicios causados— no será alcanzada por la imposición de responsabilidad<sup>2780</sup>. Además, los acuerdos con las partes también implican en una potencial violación a los principios de legalidad y de igualdad<sup>2781</sup>. Al principio de legalidad porque posibilita que la Fiscalía —o la Administración— decida no promover por la vía tradicional de responsabilidad, el ejercicio de la acción o del proceso de responsabilidad. Al principio de igualdad porque la negociación con una persona no implica la negociación y el acuerdo con otra persona, aunque las dos estén en las mismas condiciones de delincuencia y de proveer colaboración en los mismos términos con la Administración<sup>2782</sup>.

No obstante, el planteamiento del acuerdo de lenidad de Brasil fue desarrollado de manera a mitigar el riesgo de que ocurran estas desventajas, en especial por que la colaboración de la Ley de la Empresa Limpia debe generar información y pruebas sobre los hechos y sobre las otras personas en ellos involucrados<sup>2783</sup>. Así, si cumplidas estas finalidades de la colaboración, la Administración colecta elementos necesarios para fijar adecuadamente la verdad sobre las conductas indebidas, lo que permite que la eventual reducción de la sanción esté basada en los hechos integrales y reales —y no en acuerdos que fijan hechos ficticios, con lesividad reducida contrastados con la realidad—.

La necesidad de generar información y pruebas también limita de sobremanera el riesgo de condena de inocentes, dado que habrá entrega a la Administración de los elementos que demuestren la responsabilidad y/o la culpabilidad. En este sentido, para el incremento en la seguridad jurídica, es necesario que la propia Administración realice las diligencias mínimas para evaluar si dicha información y pruebas son verdaderas y confiables. Tal planteamiento de resultados de la colaboración reduce la afectación que la justicia negociada genera efectos de prevención y represión de las conductas lesivas, sin eliminarlas por completo. Esto por el simple hecho de que, bien o mal, la Administración tiene que reducir la sanción de multa y exentar las otras sanciones a la persona jurídica colaboradora. Esta necesidad de

---

<sup>2780</sup> Las ganancias de los delitos y los perjuicios y daños causados son conceptos distintos. Sin embargo, conforme el caso concreto, pueden significar la misma cosa. Por ejemplo, en un caso de pago de soborno para fijar sobreprecio en un contrato en 5%. Si no hay ningún otro incumplimiento contractual, los daños causados son los pagos con sobreprecio, y el sobreprecio también es la ganancia del delito.

<sup>2781</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 96-100).

<sup>2782</sup> En especial en Estados Unidos, en que la Fiscalía tiene discrecionalidad para decidir si propone acuerdo o no. Sobre los principios y su posible afectación, ver el capítulo anterior. Sobre la igualdad y el potencial derecho subjetivo a la colaboración, ver también el apartado sobre el debido proceso y acuerdos de colaboración: ámbitos de discrecionalidad.

<sup>2783</sup> Art. 16, I-II de la Ley 12.846/2013.

reducción es suficiente, en términos abstractos, para afectar el potencial preventivo del derecho sancionador.

En el caso de Brasil, la Ley también prevé que no hay posibilidad de perdonar a la persona colaboradora por los daños causados<sup>2784</sup>. De esta manera, además de la adecuada fijación de la verdad sobre los hechos, como resultado de la colaboración, la persona jurídica colaboradora tiene el deber mínimo de promover el adecuado resarcimiento de los daños a la Administración Pública y, eventualmente, a terceras personas. Además, la información sobre los hechos y demás involucrados en ellos también incrementa el potencial de que la Administración haga el cobro de los beneficios obtenidos por las otras personas non-colaboradoras. La misma información y las pruebas posibilitan la continuidad de las investigaciones y de los otros procesos de responsabilidad —penal, administrativos o civiles— de modo que permita la imposición de sanción también a los terceros involucrados.

En este sentido, aunque se considere que la reducción de las sanciones del colaborador afecte el efecto preventivo y represivo, la ampliación de las investigaciones y el incremento en el potencial de responsabilizar a los otros agentes involucrados actúa como un contrapeso. En términos sistémicos, una investigación más amplia, que genere responsabilidad de las diversas personas involucradas —aunque con reducción de responsabilidad de la persona jurídica colaboradora— puede ser más relevante para el caso concreto. Por ejemplo, se puede mencionar un caso de pago de soborno a un alto funcionario o a un político para obtener indebidamente un contrato público. En tal situación, la colaboración de la persona jurídica puede propiciar que la Administración responsabilice al agente involucrado, así como a los directivos o responsables agentes de la persona jurídica. En dicha situación, el coste de la reducción de la sanción al colaborador puede ser bajo comparado con la ventaja generada por quitar de la autoridad el potencial de la continuidad de delinquir.

También es posible que el sistema de Brasil de justicia negociada para casos de responsabilidad de persona jurídica reduzca la afectación a los principios de legalidad e igualdad. Esto porque el legislador planteó la posibilidad de acuerdo desde que la colaboración produce resultados específicos bajo condiciones específicas. En este sentido, una interpretación posible es que el sistema es de discrecionalidad reglada por la ley, en el cual la Administración no tiene posibilidad de arbitrar con amplia discrecionalidad, sobre cual decisión adoptará<sup>2785</sup>. Es posible considerar que, cumplidos los requisitos legales, la Administración debe firmar acuerdo de lenidad con el colaborador, lo que haría que fuera garantizado el

---

<sup>2784</sup> Art. 16, §3.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2785</sup> Sobre la discrecionalidad y la oportunidad reglada, ver CAPEZ (2012: 161) y GIMENO BEVIÁ (2016: 56%).

paradigma del principio de legalidad. A la Administración podría adoptar una decisión intermediaria entre desestimar el caso o instaurar el proceso administrativo de responsabilidad: negociar y firmar el acuerdo. Sin embargo, basado en dicha interpretación y presentes los requisitos de la ley, la Administración no sería libre para decidir entre realizar acuerdo o instaurar el proceso de responsabilidad. De igual modo que la Administración tiene el poder-deber<sup>2786</sup> de instaurar el proceso de responsabilidad cuando demuestra justa causa, tendría el poder-deber de aceptar la propuesta de acuerdo y evaluar la presencia de sus requisitos y condiciones.

En este aspecto, para que se garantice el respeto a la legalidad y a la igualdad, hace falta que la Administración evalúe los elementos legales en, por lo menos, dos momentos. El primer momento, hecha la propuesta de acuerdo por parte de la persona jurídica colaboradora<sup>2787</sup>, la Administración debe evaluar la “justa causa” para empezar las negociaciones. En un segundo momento, una vez desarrolladas las negociaciones del acuerdo, la Administración debe evaluar el cumplimiento de los requisitos necesarios para firmar el acuerdo y la concordancia con las condiciones y cláusulas que generen en el resultado útil de la colaboración<sup>2788</sup>.

Dicha división de dos momentos de la toma de decisión (de empezar las negociaciones y, al final, de ponerse de acuerdo) también encuentra similitud en la propia dinámica de la imposición de responsabilidad por la vía del proceso administrativo disciplinar. En este caso, también la Administración debe, en primer lugar, evaluar la presencia de “justa causa” para instaurar el proceso, con la designación de la comisión responsable por la investigación<sup>2789</sup>. En el momento posterior, cumplidas las etapas procesales de obtención de pruebas con respecto a los derechos y garantías de los investigados, la Administración debe decidir el caso, con imposición o no de responsabilidad<sup>2790</sup>. La justa causa para iniciar las negociaciones del acuerdo será la evaluación mínima del potencial para cumplir los requisitos previstos en ley para acuerdo. La decisión de firmar el acuerdo, de modo distinto, deberá estar basada en la certidumbre generada por las negociaciones y el intercambio de información y pruebas respecto del

---

<sup>2786</sup> Sobre la concepción de poder-deber de la Administración, ver BANDEIRA DE MELLO (2010: 72).

<sup>2787</sup> La propuesta de acuerdo está prevista formalmente en el art. 31 del Decreto 8.420/2015.

<sup>2788</sup> Sobre los requisitos y cláusulas de los acuerdos, ver los apartados anteriores. La necesidad de estipular las condiciones del acuerdo para generar un resultado útil es mencionada en el §4.º del art. 16 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2789</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013 menciona la instauración y la decisión del proceso administrativo de responsabilidad.

<sup>2790</sup> *Id.*

cumplimiento de la finalidad de la colaboración y de las demás condiciones legales.

Respetados estos dos momentos del procedimiento de la justicia negociada, y evaluados con base en los requisitos de la ley, se mantiene el adecuado funcionamiento del principio de legalidad. Además, aplicada dicha evaluación de manera homogénea a las personas en situación de delincuencia y de potencial colaboración, se respetará también el principio a la igualdad de tratamiento ante la ley. Es importante observar que, respetar estos principios —constitucionales<sup>2791</sup>— en el trato con los potenciales colaboradores significa asignar a las personas jurídicas una especie de derecho subjetivo a la colaboración: la autoridad estaría vinculada a evaluar en el caso concreto, de manera homogénea, la situación de los potenciales colaboradores, y decidir con homogeneidad<sup>2792</sup>. En este sentido, potenciales colaboradores en situación asemejada tendrían derecho a negociar colaboración y a recibir de la Administración condiciones similares de colaboración y de reducción en su responsabilidad.

Pese a ello, ejercer estas garantías de igualdad y legalidad será muy difícil en la práctica. Por un lado, las negociaciones de la colaboración son resguardadas bajo secreto y los acuerdos también pueden ser confidenciales dependiendo del interés público relacionado<sup>2793</sup>. Lo que dificulta que los

---

<sup>2791</sup> Arts. 5 y 37 de la Constitución de Brasil.

<sup>2792</sup> Sin embargo, no parece haber aceptación de autores en Brasil sobre el derecho subjetivo de la colaboración por parte de los investigados. Con relación al acuerdo de lenidad, ver SIMÃO & VIANNA (2017: 115 y ss.). Con relación a la colaboración de personas físicas en los casos de la Ley 12.850/2013, ver CORDEIRO (2020: 72 y 82). Es interesante que Cordeiro menciona que la colaboración es un favor de la justicia, de manera que la autoridad decide autorizarla. Sin embargo, menciona también que el principio constitucional de igualdad de tratamiento (isonomía) requiere que sean dados similares deberes y favores a los colaboradores en similitud de condición. Además, hay decisiones judiciales del STF evaluando la existencia de derechos subjetivos a la persona que colabora bajo un régimen de “acuerdo de lenidad”. Por ejemplo, en el caso registrado bajo el número MS 35.526, el Magistrado Edson Fachin, en decisión singular, observó que no existe derecho subjetivo a la “colaboração premiada”, de manera que tampoco habría derecho subjetivo al acuerdo de lenidad. Sin embargo, en el caso registrado bajo el número MS 36.526, el Magistrado Gilmar Mendes mencionó que, aunque no exista derecho cierto a obtener beneficios por la colaboración, la estructuración de programa de colaboración debería ser hecha con transparencia y acceso a los parámetros relacionados al análisis del interés de colaborar y de los elementos necesarios para ello. Ver *Informativo STF Brasília, 25 a 29 de maio de 2020 - N.º 979*, en línea: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo979.htm> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020). Las decisiones no vinculan la evaluación de otros casos y son interesantes porque, aunque no reconozcan derecho subjetivo, en una se reconoce el deber de la Administración de informar con claridad sobre los requisitos y condicionantes para colaborar y recibir beneficios. Además, hay otras decisiones reconociendo la obligatoriedad de proveer beneficios conforme la existencia o no de colaboración y acuerdo firmado, lo que puede ser observado en los casos registrados MS 35.435 y MS 36.526 (disponibles en el citado Informativo 979).

<sup>2793</sup> Art. 22, §3.º de la Ley 12.846/2013 y art. 31, §1.º del Decreto 8.420/2015. La negociación de los acuerdos tiene carácter confidencial. Además, si hubiera interés público de investigaciones no concluidas, los acuerdos perecerán bajo secreto. Sin que se mencione que,

potenciales colaboradores conozcan con la profundidad necesaria el caso de los otros colaboradores para exigir de la Administración tratamiento igual. Por otro lado, la evaluación de la utilidad de la colaboración depende de la manifestación de la propia Administración, porque ella es quien deberá analizar la información y las pruebas de las cuales ya dispone para decidir si lo que oferta el potencial colaborador son información y pruebas nuevas y relevantes.

Esta evaluación, además, incluye varios matices. Por ejemplo, alguna información podrá estar disponible a la Administración sin los medios de prueba necesarios. Otra podrá estar disponible a través, de otros medios de prueba cuya veracidad o aprovechamiento procesal podrá ser mayor o menor que el medio ofertado por el potencial colaborador. También puede ser posible que la información y documentos ofertados por el colaborador sean novedosos, pero completamente dispensables, por ejemplo, en el caso que el único hecho desconocido por la Administración son nombres de empleados de la empresa que actuaron —bajo el mando de sus superiores— materialmente en los pagos de soborno y que no tengan ninguna capacidad de dirección o poder de decisión (con baja o ninguna culpabilidad). En este sentido, aunque se considere que la decisión de la Administración debe seguir los elementos legales —como modalidad de discrecionalidad reglada— en la práctica, la evaluación de la presencia o ausencia de dichos requisitos será compleja, en especial en los casos de esquemas complejos de corrupción y fraude.

Otras desventajas en la utilización de la justicia negociada están relacionadas con la desproporción del aparato del Estado —incluso de la Fiscalía y la Policía—, que genera un efecto discriminatorio y reduce el control de las investigaciones previas a los procesos<sup>2794</sup>. Observado el caso de Estados Unidos, muchas veces se considera que, dado el impacto económico y social del proceso penal y el poder y prerrogativas de la Administración en la investigación de delitos, la Fiscalía tiene una desproporcional fuerza en la estipulación de las condiciones de los acuerdos de colaboración<sup>2795</sup>. De esta manera, los fiscales tienen la capacidad de estipular cláusulas arbitrarias en los acuerdos. Además, debido a los altos costes de la defensa, los individuos en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica son más sujetos a tener acuerdos menos favorables. Los investigados que deciden ir a juicio y defenderse generalmente reciben

---

conforme el tipo de la materia relacionada—por ejemplo, seguridad nacional—detalles específicos del acuerdo y de los hechos ilícitos podrán ser clasificados como confidenciales en los términos de la ley.

<sup>2794</sup> Ver CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141-143) y RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 101).

<sup>2795</sup> Ver los apartados específicos sobre las críticas al sistema de Estados Unidos. Ver también CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 142) y DAVIS (2007).

condenas mayores, que los que deciden ponerse de acuerdo por los mismos hechos<sup>2796</sup>.

El acuerdo de lenidad previsto en la Ley de la Empresa Limpia de Brasil tiene un alcance subjetivo más restricto que la justicia negociada de EE.UU. Solamente personas jurídicas responsables por hechos relacionados a corrupción y fraude pueden firmar dichos acuerdos. Así, algunos factores pueden mitigar la desproporción entre investigado y Administración. De hecho, son las personas jurídicas, con actividad de la cual posiblemente extraen rentas —y no individuos de las más diversas realidades socioeconómicas—. Aunque se considere que las personas jurídicas también son variadas en proporción, rentabilidad, actividad y organización, el acuerdo de lenidad también es restricto objetivamente a ilícitos de corrupción, fraude y soborno contra la Administración nacional o extranjera. Es decir, la herramienta de la Ley 12.846/2013 es mucho menos amplia que la justicia negociada de Estados Unidos, tanto en relación con los potenciales colaboradores como en cuanto a los hechos lesivos. Esto permite que se imagine que en algunos casos habrá discrepancia de poder entre la Administración y el investigado, pero no de una manera tan amplia como en el caso de EE.UU. Además, muchas de las cláusulas y condiciones posibles del acuerdo están reglados, lo que debe disminuir la posibilidad de cláusulas abusivas. Incluso, debido a la discrecionalidad reglada, probablemente habrá una posibilidad de control judicial del eventual exceso y desproporcionalidad en los acuerdos.

En el caso de Estados Unidos, la confesión de los acusados y su renuncia al proceso hace que la actividad que antecede al proceso —las diligencias investigativas y las medidas adoptadas por la Policía y la Fiscalía— no sean contestadas en juicio<sup>2797</sup>. Esto porque, dado la resolución negociada del caso, no habrá alegación de la defensa sobre la baja cualidad de la investigación policial, la violación de derechos y otras cuestiones relacionadas. Las investigaciones policiales y de la Fiscalía no son, últimamente, puestas a prueba de los argumentos de la defensa ante al juez. Llevándose en consideración la proporción de la resolución de los casos en EE.UU. (estimación de resolución de más de 90% de los casos con acuerdos), esta ausencia de control judicial puede generar un ciclo vicioso. En ello, los fallos —sean nulidades, incumplimiento de derechos o de otra naturaleza— no son corregidos a través del control judicial. Añadida a este rasgo está la consideración de que el excesivo poder de la Fiscalía incrementa el riesgo de desvíos sistémicos.

La Ley 12.846/2013 no ofrece ninguna herramienta para reducir o mitigar este riesgo. La resolución de casos en acuerdo quita la *prueba de fuego* de la investigación que hace el investigado en su defensa. Además,

---

<sup>2796</sup> Ver el apartado específico. Ver también RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997a: 101-104).

<sup>2797</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141-143).

incluso en relación con la responsabilidad, la ley prevé la instauración de un proceso y la aplicación de la decisión final —que puede ser de condena con imposición de sanción— a la misma autoridad administrativa<sup>2798</sup>. Incluso, la misma autoridad que evalúa la justa causa para iniciar el proceso administrativo de responsabilidad deberá analizar el informe final de la comisión de investigación y proferir la decisión del caso. En la dinámica de la ley, la autoridad instaura un proceso administrativo designando a una comisión de dos o más funcionarios —con estabilidad en la función pública— para obtener pruebas, recibir la defensa y confeccionar el informe final del proceso<sup>2799</sup>.

Así, la misma Administración que decide empezar el proceso es la que al final de ello evaluará si fueron respetadas garantías y derechos procesales de los investigados<sup>2800</sup>. La extrañeza que puede causar tal rito procesal está relacionada con el hecho de que la autoridad que decide por la instauración es la misma que toma la decisión final. Un argumento en favor de dicho rito procesal es que esta situación tiene alguna similitud con procesos judiciales en los cuales el juez evalúa los elementos necesarios para la formación de la relación procesal y, transcurrido el rito procesal, decide la causa<sup>2801</sup>. No obstante, el hecho de que no hay separación orgánica entre autoridad que decide instaurar y la autoridad juzgadora puede ser un reto para asegurar los derechos de defensa. Dicha estructura no favorece el control externo de garantías procesales tampoco en el acuerdo de lenidad. Incluso, en algunos casos, conforme se ha mencionado, la misma autoridad responsable por instaurar y decidir los procesos de responsabilidad será la responsable por recibir propuesta de acuerdo y firmarlo<sup>2802</sup>.

En este sentido, una utilización excesiva del acuerdo de la Ley 12.846/2013 puede permitir que las investigaciones previas incurran en desvíos sistémicos, porque los investigados renunciarán a sus derechos a

---

<sup>2798</sup> Art. 8.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2799</sup> Arts. 10, 11 y 12 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2800</sup> Dicha dinámica de proceso administrativo de responsabilidad está también prevista en otras leyes, como la Ley 8.112/1990, que prevé el régimen disciplinario de los funcionarios federales.

<sup>2801</sup> La analogía no es simple y las diferencias específicas de los procesos judiciales y administrativos, asimismo como las diversas estructuras del poder judicial y de la Fiscalía comparados con la Administración permitiría una discusión muy amplia que no es objeto de ese apartado.

<sup>2802</sup> La Ley de la Empresa Limpia prevé la competencia de la autoridad máxima de cada órgano para instaurar y juzgar a los procesos y para firmar acuerdo de lenidad. Arts. 8.º y 16 de la Ley 12.846/2013. En el caso del poder ejecutivo federal, apenas la CGU tiene competencia para firmar acuerdos de lenidad. Art. 16, §10 de la Ley 12.846/2013. Además, como es permitida la delegación de competencia para instaurar y juzgar a los procesos administrativos de responsabilidad, los otros entes federados y los otros poderes de la Unión de Brasil también pueden tener competencias diferentes entre autoridad responsable por los procesos de responsabilidad y los acuerdos de lenidad. Art. 8.º, § 1.º de la Ley 12.846/2013. Debido a la ausencia de autorización legal, la competencia para firmar acuerdo de lenidad no puede ser delegada.



alegar nulidades y defectos de dichas investigaciones para que su caso sea resuelto en acuerdo. Tal efecto no es extensible —como lo es en EE.UU.— a todo el sistema criminal, debido a la restricción de aplicabilidad del acuerdo de lenidad en referencia. Sin embargo, aunque se puede considerar el potencial reducido de dichos desvíos, la herramienta de justicia negociada es aplicable potencialmente a todos los casos de responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción. Por un lado, esto hace que el alcance de las ventajas y desventajas de la herramienta tenga un impacto reducido considerando todo el aparato del sistema punitivo del Estado. Por otro lado, hace que dichas ventajas y desventajas tengan un efecto proporcionalmente muy importante en el aparato de lucha contra la corrupción.

## **7. INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS PARA LOS COLABORADORES**

La resolución de casos a través de herramientas de justicia negociada implica en la formación de un consenso entre las partes. Con ello, se encierra la disputa a través de la negociación y formación de acuerdos con condiciones recíprocas, o a lo mejor, con ventajas para ambas partes de la negociación. En términos abstractos, se puede considerar que la decisión de utilizar una herramienta de justicia negociada resulta de la evaluación de diversos factores, por todas las partes involucradas. De un lado las partes —hipotéticamente— deben conocer las alternativas que poseen sin la negociación del acuerdo, o sin la formación del consenso<sup>2803</sup>. De otro lado, también deben conocer las opciones disponibles para que se firme efectivamente el acuerdo<sup>2804</sup>. Para ello es esencial que, las partes comprendan su situación y sus posibilidades sin el acuerdo y con el acuerdo, en su caso, para identificar los beneficios de esforzarse o no por el consenso: la comparación entre las opciones es lo que será determinante para que exista un interés en realizar o no el acuerdo.

En el caso de la justicia negociada de la Ley 12.846/2013, conforme se ha mencionado, hay muchas ventajas para el interés público. De igual modo hay incentivos para intentar estimular la colaboración de las personas jurídicas involucradas en los hechos irregulares previstos en la ley. Algunos de estos incentivos a la colaboración están relacionados con la propia noción de justicia negociada, como incentivos generales a la colaboración. Otros incentivos son específicos, y desarrollados a partir del planteamiento de la herramienta acuerdo de lenidad para casos de responsabilidad de persona jurídica. Además, de igual modo que ocurre con la Administración Pública, también con las personas jurídicas existen desincentivos a la colaboración,

---

<sup>2803</sup> Ver DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 150) hablando de la *mejor alternativa a la negociación de un acuerdo* (MAANA).

<sup>2804</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 151).

como factores que generan perjuicios y daños. Algunos de ellos son generales y otros específicamente relacionados al acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013. Su evaluación —tanto de los incentivos como de los desincentivos para los colaboradores— es esencial para identificar las alternativas al acuerdo y sus condicionantes. Es importante que exista un balance entre ellos: sin los incentivos no habrá ventajas para que las personas jurídicas colaboren; y con muchos desincentivos, la colaboración también será reducida.

Por último, a partir de la realidad de los hechos, los incentivos y desincentivos a la colaboración tendrán dimensiones muy diversas. Lo que puede ser un gran incentivo para una empresa puede no ser importante para otra, por ejemplo, para algún tipo de negocio la percepción de responsabilidad corporativa puede ser muy importante para la continuidad de las actividades, y para otro puede ser irrelevante debido a la propia naturaleza de los productos o servicios ofertados por la persona jurídica. De todos modos, para la efectiva utilización de la herramienta acuerdo de lenidad hace falta un contenido de transparencia, previsibilidad y certidumbre jurídica<sup>2805</sup>. Los colaboradores tienen que poder conocer información suficiente por parte de las estrategias utilizadas por la Administración para identificar sus alternativas y opciones relacionadas al acuerdo. Además, tienen que poder evaluar su situación concreta con base en dicha estrategia y estar seguros de que su evaluación tiene un alto grado de precisión. De hecho, el suceso de la implementación de una herramienta de justicia negociada estará basado no solo en las ventajas para el interés público, también en el tipo de incentivo ofertado y la previsibilidad que los potenciales colaboradores tendrán de ello.

### **7.1. Incentivos**

Los incentivos más comunes para los colaboradores son el margen de certidumbre de la resolución de su caso, el ahorro de tiempo y de costes del juicio y alguna eventual reducción en la sanción o en la imputación de los hechos<sup>2806</sup>. La negociación de la resolución consensuada del caso permite a las partes establecer una solución a partir del acuerdo, lo que hace que los involucrados resuelvan la situación hipotéticamente de manera más rápida, dado que la marcha procesal tradicional se vuelve dispensable<sup>2807</sup>. De igual

---

<sup>2805</sup> ATHAYDE (2019: 72-74).

<sup>2806</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 141). Ver también el apartado específico sobre las ventajas para los investigados.

<sup>2807</sup> Existe una expectativa de que las negociaciones sean más rápidas que el proceso penal tradicional—o el proceso de responsabilidad necesario. Esa es una expectativa de lo que pasa en el promedio de los casos con una solución de justicia negociada. Sin embargo, algunas negociaciones de los casos relacionados a la operación “Lava Jato” en Brasil suelen tardar años, lo que puede significar que, en casos en los cuales los procesos de responsabilidad fueran muy simples y las negociaciones muy complejas, no necesariamente la herramienta de justicia

modo, a partir de la negociación de las alternativas al acuerdo y las opciones para el acuerdo, las partes tendrán un mayor control sobre su caso, porque él no será resuelto a partir de la imposición de una decisión por la autoridad judicial —o administrativa—, sobre la cual las partes tendrán tradicionalmente menor control y mayor nivel de incertidumbre<sup>2808</sup>. Esto por sí mismo es una ventaja importante, más aún en los casos en los cuales, el resultado de la condena puede generar consecuencias colaterales, por ejemplo, daño a la imagen de una persona pública o a una empresa.

La resolución consensuada también permite que se ahorre costes con abogados y con la defensa. En el caso del acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013, no se presupone que la justicia negociada quitará por completo la necesidad de utilización de abogado y otros recursos materiales y humanos, porque la persona jurídica colaboradora asumirá el compromiso de colaborar, de entregar información y pruebas sobre los hechos y los demás involucrados. En este sentido, lo que se estima es una reducción de costes que la colaboración implica versus lo que implicaría la defensa procesal y todos los demás costes generados por la expectativa de la condena. En todos los casos, dicha diferencia debe ser evaluada caso a caso, siendo posible que en una situación fáctica específica sea financieramente más económico para una persona jurídica emplear costes con defensa judicial que con colaboración.

Por último, la posibilidad de reducir las sanciones o las imputaciones también es un importante incentivo a la colaboración. En el sistema de Estados Unidos, a partir de la negociación con la Fiscalía, la reducción de la responsabilidad puede ser generada y fundada en la sugerencia de un estándar más bajo de sanción recomendable o a partir de la reducción de imputación<sup>2809</sup>. De esta manera, la discrecionalidad de los fiscales permite que se decidan por múltiples estrategias para incentivar el *plea agreement*: (i) los Fiscales pueden recomendar al juez de la causa que aplique una determinada pena máxima, a partir de las situaciones relevantes para el caso; (ii) el Fiscal puede hacer una determinada imputación y no otra, por ejemplo, imputando delitos que no representen la conducta en toda su gravedad o en su totalidad; (iii) conforme el caso, los fiscales pueden incluso decidir no hacer la imputación de delitos, lo que suele ocurrir con los *non-prosecution agreement* y con otras decisiones de no realizar cargos a cambio de la colaboración<sup>2810</sup>. Dichas estrategias para generar reducción de sanciones —la reducción de la imputación, como resultado final también genera reducción de las sanciones— están basadas en el principio de oportunidad que regula la actividad de la Fiscalía estadounidense, para la

---

negociada resulta en la alternativa más rápida. No obstante, eso parece ser una posible excepción, y no la regla general de la mayor parte de los casos.

<sup>2808</sup> BARONA VILAR (2011: 262-263).

<sup>2809</sup> HENNING, TASLITZ, PARIS, JONES & PODGOR (2012: 146).

<sup>2810</sup> ISRAEL, PODGOR, BORMAN & HENNING (2015: 72-73).

cual no hay obligatoriedad de hacer todo el encargo adecuado a los hechos, ni de considerar todas las circunstancias fácticas relacionadas a los hechos de la recomendación de la sanción aplicable.

El sistema de Brasil, de manera distinta, no concede amplia discrecionalidad a la autoridad administrativa en la negociación del acuerdo de lenidad. Debido al principio de legalidad, la Administración no puede exentarse de investigar los hechos indebidos e identificar su real dimensión. Como consecuencia, los acuerdos de lenidad de la Ley 12.846/2013 no generan la misma gama de posibilidades de reducción de penas, comparado con el sistema de justicia negociada de EE.UU. La ley brasileña prevé requisitos y condiciones para el acuerdo de lenidad, no obstante, la misma ley también prevé la posibilidad de exención de determinadas sanciones y la posibilidad de reducción de otras. En este sentido, aunque en Brasil funcione el principio de legalidad —o de discrecionalidad reglada en el caso de los acuerdos de lenidad— es posible ofrecer a los colaboradores reducción de sanciones como incentivos a la colaboración.

La evaluación de las posibles reducciones y exenciones de aplicación de las sanciones en el sistema brasileño es compleja debido a la superposición de responsabilidades y posibilidad de aplicación de diversas leyes administrativas para los casos de responsabilidad de personas jurídicas por hechos relacionados a corrupción y soborno. En primer lugar, considerándose la Ley de la Empresa Limpia, es posible que el acuerdo resulte en la exención de la sanción administrativa de publicación de la decisión de condena de la persona jurídica y en la exención de la prohibición de recibir incentivos, prestamos, donaciones y otras ventajas de órganos o entidades públicas<sup>2811</sup>. La publicación de la decisión de condena es una sanción que parece tener la finalidad de tornar conocido por el público en general el hecho de que la persona jurídica estuvo involucrada en actividades indebidas y fue considerada culpable por ello, como una especie de sanción *name and shame*<sup>2812</sup>.

Es interesante observar que la primera sanción posible de exención —la publicación de la decisión— tiene aplicabilidad en el propio proceso administrativo de responsabilidad. La segunda sanción mencionada —la prohibición de recibir incentivos públicos— puede ser aplicada a partir del proceso judicial de responsabilidad. En este sentido, la Ley permite a la autoridad administrativa obstaculizar la aplicación de una sanción que sería posible a través de la utilización de la vía judicial. Dicha posibilidad de exencionar administrativamente la aplicación de una sanción parece estar relacionada con el hecho de que el proceso judicial de responsabilidad de la Ley de la Empresa Limpia fue planteado como una especie de

---

<sup>2811</sup> Art. 16, §2.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2812</sup> MEDINA ARNÁIZ (2016: 103-104).

complementación a ser utilizada en los casos en los cuales ocurra, como regla general, la responsabilidad por vía administrativa<sup>2813</sup>.

La Ley prevé también que el acuerdo resulte en la reducción de hasta dos tercios en la pena de multa aplicable<sup>2814</sup>. Aunque estas exenciones y la reducción de la multa sean incentivos, la Ley de la Empresa Limpia no parece tener el mejor conjunto de incentivos a la colaboración posible. Consideradas estas tres penas, siempre será aplicable una multa —aunque reducida— a la persona jurídica colaboradora. Aunque las personas jurídicas presenten las conductas a través de reporte voluntario a la Administración con la finalidad de negociar el acuerdo, demuestren que disponen de un sistema de cumplimiento eficaz, que además fue esencial para la descubierta del hecho indebido, con toda la información y las pruebas necesarias, será aplicable una multa. El sistema brasileño no permite la exención de responsabilidad para la colaboración más eficaz y amplia posible<sup>2815</sup>.

Además, la Ley 12.846/2013 es omisa con relación a otras sanciones de aplicación a partir del proceso judicial, cual sean, (i) la pérdida de bienes, derechos o cuantías relacionadas a las ventajas obtenidas con los hechos indebidos; (ii) la suspensión o interdicción de actividades de la persona jurídica; y la (iii) disolución compulsoria de la persona jurídica<sup>2816</sup>. Con relación a la tercera sanción mencionada, la disolución compulsoria, no habrá mayores dificultades, porque tiene una posibilidad de aplicación estricta, conforme el propio texto legal. La ley prevé que dicha sanción solamente puede ser implementada cuando quede comprobado que la persona jurídica (i) haya sido utilizada de manera habitual para facilitar o promover la práctica de los actos indebidos o (ii) haya sido formada para ocultar o disimular intereses ilícitos o la identidad de beneficiarios<sup>2817</sup>. Dicha sanción parece aplicable solo para los casos extremos, en los cuales la persona jurídica o pasó a ser utilizada con habitualidad para la delincuencia o fue constituida simplemente para delinquir. En casos como estos, no parece que ocurrirá acuerdo de lenidad, porque la persona jurídica sería un simulacro planteado para la comisión de actividad indebida, y no una persona jurídica con potencial e interés en colaborar con las investigaciones.

Además, la Ley no menciona ninguna posibilidad de exención o reducción de las otras dos sanciones mencionadas. Debido a la naturaleza de la sanción de pérdida de bienes, derechos o cuantías relacionados —o que representen— los beneficios obtenidos a partir de los hechos indebidos, una

---

<sup>2813</sup> O como regla de excepción, en los casos en los cuales ocurra la omisión de la autoridad administrativa responsable. Ver apartados anteriores. Ver art. 20 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2814</sup> Art. 16, §2.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2815</sup> Sobre la necesidad de escalonar las ventajas suministradas a los colaboradores conforme a la medida de su colaboración y las mayores ventajas posibles, *vid.* ARLEN (2016a).

<sup>2816</sup> Art. 19, I-III de la Ley 12.846/2013.

<sup>2817</sup> Art. 19, §1.º, I-II de la Ley 12.846/2013.

interpretación posible es que la ley siempre posibilita que la Administración quite de la persona jurídica colaboradora las ganancias obtenidas a partir de la conducta rechazada legalmente. No parece razonable que la persona jurídica pueda, después de la colaboración, quedarse con beneficios indebidos. Sin embargo, lo que parece dudoso es que la ley no prevea esto como condición para el acuerdo, en este sentido, una interpretación más literal de la ley permitiría realizar acuerdo sin la devolución de las ventajas obtenidas y posteriormente ingresar judicialmente con un proceso de responsabilidad por hechos indebidos para obtenerlas. Esto no parece ser el camino más eficaz para la Administración ni más seguro para la persona jurídica colaboradora. De hecho, una interpretación más adecuada sería que la persona jurídica colaboradora debe —para que se cumpla el resultado útil de la colaboración— resarcir voluntariamente los daños causados y devolver las ganancias obtenidas a partir de las conductas indebidas<sup>2818</sup>.

La Ley nada menciona sobre la exención o mitigación de la sanción de suspensión o interdicción de actividades de la persona jurídica. De esta manera, su aplicabilidad parece generar un ámbito de incertidumbre a la persona jurídica colaboradora. Una interpretación posible sería considerar que, aunque hubiera colaboración, sería posible la imposición de dicha sanción a partir de una decisión judicial. No obstante, una vez más, esto no parece ser la opción más eficaz para la Administración ni más razonable para el colaborador. Hay una sanción específica para los casos en que la persona jurídica sea un simple simulacro planteado para cometer irregularidades. Lo que permitiría la interpretación de que la sanción de suspensión o interdicción de actividades estaría relacionada con la necesidad de ampliar la responsabilidad de la persona jurídica en los casos en los cuales parte de la actividad de la persona jurídica es lícita y regular y parte ilícita. Si esto es así, de igual modo las negociaciones del acuerdo deberán generar información suficiente para que la Administración determine los hechos y los involucrados, para identificar en cual medida la persona jurídica está habitualmente involucrada en la práctica de actividades irregulares. De esta manera, parece más adecuado que, en caso de que exista la necesidad de imposición de suspensión o interdicción de actividades, esto sea concretado a partir de condiciones del acuerdo o condiciones de la propia negociación.

La Ley también prevé que el acuerdo de lenidad no elimina la obligación de resarcir por los daños causados a la Administración Pública<sup>2819</sup>. Sin

---

<sup>2818</sup> De hecho, la Administración Pública federal de Brasil, a través de la AGU y de la CGU, implementó la práctica de exigir de la persona jurídica colaboradora tres parcelas para firmar el acuerdo: los valores pagos como soborno, las ventajas obtenidas a partir de los hechos y la multa. De esa manera, los acuerdos de lenidad firmados con el ejecutivo federal brasileño implican la devolución de las ganancias obtenidas a partir de las irregularidades, actuando como verdadero instrumento para la represión y prevención de las conductas. Ver ATHAYDE (2019: 284-289).

<sup>2819</sup> Art. 16, §3.º de la Ley 12.846/2013.

embargo, conforme se ha mencionado, es posible que se incluya como cláusula del acuerdo que la persona jurídica responsable realice todos los pagos de los daños causados, como una forma de garantizar el resultado útil del acuerdo<sup>2820</sup>. Aunque no sea una sanción, el deber de resarcir por los perjuicios causados es una consecuencia de colaborar. La posibilidad de resolver esa cuestión a través del acuerdo —fijando las cuantías y la forma de pago— también es un incentivo para la colaboración, aunque no sea posible aceptar reducción de la obligación de pagar por los daños causados.

Además, la Ley de la Empresa Limpia prevé la posibilidad de que el acuerdo de lenidad genere exención o reducción de las penas previstas en la Ley 8.666/1993, relacionada con la licitación y contratación pública<sup>2821</sup>. Dichas sanciones son (i) la multa o rescisión contractual debido al retraso en la ejecución y (ii) la advertencia, multa, suspensión de participación en contratación pública debido a inexecución total o parcial del contrato o declaración de falta de idoneidad para contratación pública<sup>2822</sup>. Estas sanciones son extensibles a las personas jurídicas o profesionales involucrados en fraude fiscal, conductas indebidas relacionadas a frustrar los objetivos de la licitación o que demuestren ausencia de idoneidad para contratación debido a la práctica de actos indebidos<sup>2823</sup>. Así, la ley prevé la aplicación de los incentivos para la colaboración con relación a todas las sanciones administrativas previstas en la Ley 8.666/1993.

La Ley de la Empresa Limpia no prevé ninguna exención o reducción de responsabilidad para las sanciones previstas en la Ley de *Improbidad*. En realidad, la propia Ley de *Improbidad* prevé la prohibición de transacción, acuerdo o conciliación para sus acciones judiciales de responsabilidad<sup>2824</sup>. Sin embargo, conforme se ha mencionado, dado los criterios de especialidad y temporalidad, se puede concluir por la posibilidad de aplicación de las reglas procesales de la Ley de la Empresa Limpia a las conductas relacionadas a *improbidad* administrativa —para las conductas ocurridas antes de su vigencia y que no generen *bis in idem*—<sup>2825</sup>.

Además, el propio texto de la Ley de *Improbidad* prevé la aplicación de multa variable de cero hasta dos o tres veces la cantidad del incremento en los bienes (patrimonio) o del daño causado, conforme el caso<sup>2826</sup>. En este sentido, la propia ley de *improbidad* prevé que la multa aplicable puede ser

---

<sup>2820</sup> Eso es lo que la AGU y la CGU, en el poder ejecutivo federal de Brasil, adoptan como práctica para firmar acuerdo de lenidad con personas jurídicas colaboradoras, además de exigir la devolución de las ganancias obtenidas con los hechos y los valores de los pagos como soborn.<sup>o</sup> Ver ATHAYDE (2019: 284-289).

<sup>2821</sup> Art. 17 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2822</sup> Arts. 86-87 de la Ley 8.666/1993.

<sup>2823</sup> Arts. 88, I-III de la Ley 8.666/1993.

<sup>2824</sup> Art. 17 de la Ley 8.429/1992.

<sup>2825</sup> Ver TOJAL (2014). Ver también apartado específico sobre la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad* Administrativa y el *bis in idem*.

<sup>2826</sup> Art. 12 de la Ley 8.429/1992.

ceros, lo que puede ser implementado como beneficio por la colaboración en el ámbito del acuerdo de lenidad. Las otras sanciones aplicables a las personas jurídicas previstas en la Ley de *Improbidad* son valores que la propia Ley de la Empresa Limpia, conforme se ha detallado, requiere como sanción o como resarcimiento por los daños<sup>2827</sup>, en especial la restitución de las ganancias, bienes y ventajas obtenidas, además de los pagos por perjuicios causados. A partir de esta interpretación, sería posible utilizar la herramienta de justicia negociada para exentar y reducir sanciones de las personas jurídicas colaboradoras, aunque no expresamente previsto en la Ley de *Improbidad*, lo que se suma como un incentivo más para la colaboración.

La figura de abajo demuestra el cuadro de sanciones que pueden ser impuestas a la persona jurídica colaboradora y el incentivo por la colaboración en acuerdo de lenidad, conforme a la lectura literal de los preceptos de la Ley de la Empresa Limpia, incluyendo las sanciones de la Ley de *Improbidad* Administrativa y de la Ley de Contrataciones Públicas.

Ilustración 10 – Sanciones e incentivos conforme a la literalidad de las leyes.

	Legislación	Sanción	Incentivos de la Ley 12.846/2013
Aplicadas por la autoridad administrativa	Ley 12.846/2013	Multa	Reducción hasta 2/3
	Ley 8.666/1993	Publicación Condena	Exención
		Suspensión o impedimento (contratar)	Reducción/Exención
		Inidoneidad*	Reducción/Exención
Aplicadas por la autoridad judicial	Ley 12.846/2013	Prohibición de recibir incentivos públicos	Exención
		Pérdida de bienes	No hay
		Disolución	No hay
		Suspensión de actividades	No hay
	Ley 8.429/1992	Multa judicial	No hay

\* Declaración de no idoneidad que tiene efectos en la capacidad de contratar y hacer negocios

Fuente: elaboración propia.

La siguiente figura demuestra la posibilidad de mitigación o reducción de todas las sanciones —a excepción de la pérdida de bienes, dada su

<sup>2827</sup> O al menos esa es la interpretación del poder ejecutivo federal, de que hace falta que la persona jurídica colaboradora acuerde devolver a la Administración los valores pagos como soborno y las ventajas obtenidas a partir de los hechos, además de pagar la multa aplicable. Ver ATHAYDE (2019: 284-289).



naturaleza—, conforme a las posibilidades de interpretación que genere mayores incentivos a la colaboración a partir de la extensión de la exención y de la reducción a las sanciones no previstas expresamente en las tres leyes mencionadas.

Ilustración 11 – Sanciones e incentivos conforme a la interpretación sistémica.

	Legislación	Sanción	Incentivos conf. interpretación
Aplicadas por la autoridad administrativa	Ley 12.846/2013	Multa	Reducción hasta 2/3
	Ley 8.666/1993	Publicación Condena	Exención
		Suspensión o impedimento (contratar)	Reducción/Exención
		Inidoneidad*	Reducción/Exención
Aplicadas por la autoridad judicial	Ley 12.846/2013	Prohibición de recibir incentivos públicos	Exención
		Pérdida de bienes	No hay
		Disolución	Mitigación
		Suspensión de actividades	Mitigación
		Multa judicial	Exención
	Ley 8.429/1992		

\* Declaración de no idoneidad que tiene efectos en la capacidad de contratar y hacer negocios

Fuente: elaboración propia.

Por último, otro incentivo a la colaboración es la posibilidad de utilización del acuerdo de lenidad como propaganda en favor de la persona jurídica colaboradora. La Ley 12.846/2013 requiere como condición para el acuerdo que la persona jurídica colaboradora asuma su participación en la conducta indebida<sup>2828</sup>. Al mismo tiempo, la Ley prevé la exención de la sanción de publicación de la decisión de condena. Con ello, la ley posibilita que la persona jurídica sea realmente considerada colaboradora con la Administración Pública en la investigación de los hechos. El acuerdo de lenidad genera un cambio en la situación de la persona jurídica: de responsable por hechos indebidos y sujeta a decisión de condena, la empresa pasa a la situación de colaboradora que asumió su participación en los hechos, pero actuó de manera positiva al auxiliar la Administración. La ayuda a la Administración estará relacionada con proveer elementos e información necesarios para profundizar las investigaciones, a implementar —o priorizar— un programa de cumplimiento, a promover el pago de las ventajas obtenidas y de los daños causados<sup>2829</sup>.

<sup>2828</sup> Art. 16, §2.º, III de la Ley 12.846/2013.

<sup>2829</sup> ATHAYDE (2019: 274 y ss.).

Para firmar el acuerdo, la persona jurídica aceptará condiciones que demuestran su interés en auxiliar la lucha contra la corrupción, tanto de manera represiva —auxiliando a las investigaciones— como preventiva —a través de la implementación (o mejora) de programa de cumplimiento—. La propia Administración Pública tiene el deber de mantener en registro los datos sobre los acuerdos de lenidad y de las personas jurídicas colaboradoras<sup>2830</sup>. No obstante, conforme al caso concreto, la persona jurídica colaboradora tendrá la obligatoriedad de no divulgar información sobre la realización de acuerdo y su colaboración con las autoridades: la ley permite que la Administración no divulgue información sobre el acuerdo en los casos que la publicidad genere perjuicios a la investigación o al proceso administrativo<sup>2831</sup>. En esta situación, debido al interés público, la persona jurídica podrá tener limitada la ventaja de utilizar su colaboración con la Administración como promoción de imagen. No obstante, debido a la temporalidad de las investigaciones y procesos, hay una expectativa de que posteriormente dicha información sea de acceso público, posibilitando el uso de la colaboración a favor de la imagen de la persona jurídica<sup>2832</sup>.

## 7.2. Desincentivos

El sistema de justicia negociada debe ser planteado para garantizar un balance entre incentivos y desincentivos a la colaboración. Como la colaboración significa confesar —o al menos aceptar la participación en los hechos— y renunciar a derechos procesales, la propia naturaleza de las resoluciones de los casos de manera consensuada tendrá consecuencias y efectos que serán verdaderos desincentivos a la colaboración de los potenciales involucrados. De hecho, la relevancia del uso de una herramienta de justicia negociada no es simplemente que su planteamiento extinga por completo una eventual desventaja por colaborar, pero sí que existan incentivos suficientes para que los particulares presuntamente involucrados en actividades indebidas colaboren con el interés público. Esto bajo una evaluación utilitarista de la conducta de los posibles involucrados, que considera que los investigados observarán de manera racional las consecuencias favorables y desfavorables de su decisión de colaborar o no.

A partir de esa concepción, el colaborador, como regla general, evaluará sus alternativas a no colaborar y sus opciones para colaborar<sup>2833</sup>. Esto hace que el Estado, en su rol de plantear y desarrollar un sistema de justicia

---

<sup>2830</sup> Art. 22, §3.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2831</sup> Conforme a la parte final del §3.º del art. 22 de la Ley 12.846/2013.

<sup>2832</sup> Como ejemplo, la empresa Bilfinger SE hizo notas de prensa para informar del funcionamiento de su sistema de cumplimiento y su colaboración efectiva con las autoridades de Brasil. Ver *Investigations into compliance violations in Brazil*, Bilfinger SE (26 de marzo de 2015), <https://www.bilfinger.com/en/media/news/investigation-into-compliance-violations-in-brazil/> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

<sup>2833</sup> DE ALMEIDA MENDONÇA, NAGLE & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018: 150 y ss.).

negociada lleve en consideración dos cuestiones: la primera, la importancia de los incentivos para que los colaboradores colaboren, para que ofrezcan el apoyo a la Administración saltando al proceso tradicional. Dicha huida del proceso tradicional debe tener la finalidad de conllevar a la concretización de algún tipo de ventaja al interés público. La segunda, que determinados desincentivos a la colaboración no deberán ser reducidos ni tampoco eliminados del sistema jurídico. Esta segunda consideración es importante porque refleja la noción de que la esencia de la justicia negociada no es quitar todas las desventajas de la colaboración al colaborador. Aunque en el ámbito de la justicia negociada, el colaborador —presunto involucrado en hechos indebidos— tiene que recibir su parte de responsabilidad. Dicha parte de responsabilidad debe involucrar, entre otros factores, una serie de consecuencias jurídicas suficientes para promover la prevención y represión de conductas indebidas, lo que de por sí es un desincentivo a la colaboración.

El particular de cada sistema jurídico es la medida de cómo evaluar la importancia de la colaboración para el interés público y la reducción de la responsabilidad de la persona colaboradora. De hecho, se puede observar situaciones específicas en que la colaboración parece quitar completamente la imposición de responsabilidad al colaborador. Como ejemplo, el caso de Estados Unidos, en el cual la Fiscalía puede decidir por no hacer ninguna imputación a determinados individuos, a cambio de su colaboración con las investigaciones<sup>2834</sup>. Dicha situación de completa exención de responsabilidad está situada en el extremo del sistema —o al menos ahí debería estar situada— para los casos en los cuales la importancia de la colaboración excede la importancia de la responsabilidad del colaborador. Es decir, incluso en estos casos, el sistema estadounidense contempla una evaluación del interés público de proseguir con los procesos necesarios para imponer la responsabilidad a un investigado<sup>2835</sup>.

Esta evaluación del interés público seguramente cambia conforme a las diversas tradiciones jurídicas de los países. No obstante, es esencial que exista un interés público en la implementación de una herramienta de justicia negociada. Al menos para generar un incremento de eficacia y rapidez de decisión de los casos. El interés público puede, incluso, hacer que la utilización de las herramientas de negociación genere un incremento en las investigaciones para potencialmente auxiliar el Estado a prevenir y

---

<sup>2834</sup> CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 31-34). El principio de oportunidad de la Fiscalía de EE.UU. garantiza poderes tan amplios que puede el fiscal decidir no hacer imputación incluso sin ninguna colaboración del investigado.

<sup>2835</sup> Entre los factores evaluados por la Fiscalía para decidir no imputar a investigados están los intereses de la colectividad, la posibilidad de optimizar los recursos disponibles en la investigación y procesamiento de casos más relevantes y los impactos en las víctimas y en la comunidad de la decisión de no ejercer la acción penal CHEMERINSKY & LEVENSON (2018: 33-34).

reprimir conductas indebidas. Uno de los ejemplos que puede ser mencionado como búsqueda de la expansión del potencial preventivo y represivo es el caso de los acuerdos con empresas en Estados Unidos, con la política oficial de que la persona jurídica colabore de manera suficiente para que las autoridades promuevan la responsabilidad de las personas físicas involucradas en los delitos<sup>2836</sup>. Otro ejemplo es la propia Ley de la Empresa Limpia, que exige una colaboración similar a las personas jurídicas colaboradoras, cual sea, que genere información y entrega de pruebas sobre los hechos y sobre las demás personas involucradas<sup>2837</sup>. A partir, de dicha concepción de justicia negociada, los países pueden plantear herramientas que respeten los derechos de defensa y garantías, conforme sus tradiciones y obligaciones.

Un análisis que intente mejorar el sistema de justicia negociada puede ser fundamentada en identificar los desincentivos para el colaborador y su relación con el interés público. En primer lugar, hay desincentivos a la colaboración que fueron planteados sistémicamente para garantizar la preservación del interés público. En segundo lugar, hay desincentivos que, aunque presentes en el sistema, no preservan, claramente, a ningún interés público. Por último, es posible que existan desincentivos que, dado su diseño, tienen la finalidad de preservar el interés público más no lo consiguen concretar en diversas (o en todas) las situaciones. Esta tercera categoría puede estar más relacionada con los desincentivos que, aunque basados en una concepción de preservación del interés público, no alcanzan dicha finalidad de manera eficaz, además de ser naturalmente un desincentivo a la colaboración. Estas categorías de desincentivos están fundamentadas en su mayor o menor vínculo con la satisfacción de algún interés público relevante —a las tradiciones jurídicas del país específico—. Así, por ejemplo, la necesidad de que el colaborador confiese y asuma su responsabilidad estará relacionada con la necesidad de que el acuerdo resulte en alguna medida en represión y prevención de las conductas indebidas. Dichos desincentivos —la necesidad de confesar o de asumir responsabilidad— están claramente relacionados con el interés público.

Los mayores desafíos de la justicia negociada de la Ley de la Empresa Limpia están relacionados con las dos últimas categorías de desincentivos a la colaboración: las no relacionadas al cumplimiento del interés público y las que están de alguna forma relacionados, pero que contienen algún fallo en su planteamiento que no conllevan al resultado deseado. En términos prácticos, el primer desincentivo problemático que se puede mencionar de la Ley de la Empresa Limpia a la colaboración es la duda respecto de la quitación del daño a partir del acuerdo de lenidad. Conforme a la ley, el

---

<sup>2836</sup> EISINGER (2017: 319 y ss.).

<sup>2837</sup> Ver apartados anteriores sobre los requisitos para la colaboración.

acuerdo de lenidad no exenta a la persona jurídica de la obligatoriedad de resarcir integralmente por los daños causados<sup>2838</sup>.

Dicha cláusula legal fue planteada con la finalidad de garantizar la preservación del interés público: a partir de ella, a la autoridad administrativa no le es permitido ofrecer como incentivo a la colaboración la quitación de los daños. A lo mejor, lo adecuado sería no permitir que la autoridad administrativa suministre quitación falsa o incompleta de los daños. En principio, es la propia Administración quien será responsable por evaluar los daños causados y promover la cobranza de la persona jurídica. De la manera que está planteada, no obstante, genera una inseguridad de si la autoridad responsable puede aceptar pago de cuantías a cambio de ofertar quitación por los daños. Aunque parezca asemejado el no ser posible ofertar quitación por los daños, con el no ser posible aceptar quitación indebida por los daños, los resultados jurídicos en el sistema brasileño son diversos y en ello reside la inseguridad. En parte porque, si no es posible ofertar quitación por los daños —aunque en las situaciones en las cuales hubo el adecuado resarcimiento— otras autoridades, como la Fiscalía, pueden posteriormente hacer la cobranza de otras cuantías de daños por la vía judicial, y autoridades administrativas también lo podrían hacer por la vía administrativa<sup>2839</sup>. En este sentido, cumple el interés público que la persona jurídica colaboradora promueva el resarcimiento integral por los daños causados, sin embargo, la aparente imposibilidad de que sea otorgada, en el ámbito del acuerdo, la quitación por los daños causados genera el desincentivo frente a la incertidumbre respecto de futuras cobranzas.

Uno de los argumentos que se puede utilizar a favor de dicha norma es que, basado en la adecuada colaboración, la persona jurídica colaboradora suministrará todos los elementos necesarios para el cálculo de los daños. De esta forma, como regla general, al final de las negociaciones la persona jurídica podrá hacer los pagos adecuados para resarcir e indemnizar por los daños. Incluso, conforme se ha mencionado, el pago de las ventajas obtenidas, y el resarcimiento de los daños son cobros que el poder ejecutivo federal de Brasil generalmente requiere de las personas jurídicas colaboradoras<sup>2840</sup>. En casos de cálculos simples de daños, este argumento probablemente será adecuado. No obstante, el reto del sistema es que la imposibilidad de considerar definitivo los pagos por los daños causados —aunque adecuadamente resarcidos— genera la posibilidad de futuros procesos judiciales y administrativos. Aunque la persona jurídica colabore plenamente y que su colaboración sea útil y eficaz, hay un espacio para

---

<sup>2838</sup> Art. 16, §3.º de la Ley 12.846/2013.

<sup>2839</sup> Como ejemplo de otra autoridad administrativa puede mencionarse el rol asumido por el Tribunal de Cuentas de la Unión en los casos de acuerdos de lenidad. Ver ATHAYDE (2019: 307-310) y SIMÃO & VIANNA (2017: 177 y ss.).

<sup>2840</sup> ATHAYDE (2019: 285-289).

futuras demandas judiciales y administrativas sobre los daños. Además, debido a las diversas metodologías que pueden ser utilizadas para calcular y presumir daños, la ausencia de quitación incrementa el riesgo de que esta parte del acuerdo —el resarcimiento de los daños— sea asunto de disputa judicial entre la autoridad que no firmó el acuerdo<sup>2841</sup> y la persona jurídica colaboradora.

Otra posibilidad es que la Administración acepte firmar el acuerdo sin que haya pago de cuantías relacionados a los daños causados. Es decir, conforme a la ley, el acuerdo no puede exentar el resarcimiento por los daños. De ello resulta que el acuerdo puede ser firmado con cláusulas con cuantías y forma de pago<sup>2842</sup> para resarcir los daños o mismo sin dichas cláusulas. En esta segunda situación, la persona jurídica colaboradora podrá estar en la situación de firmar el acuerdo sin tener la menor presunción de cuales cuantías le serán cobradas futuramente como resarcimiento por daños. La aceptación de dicha situación por una empresa puede estar relacionada con diversas situaciones fácticas, por ejemplo, el desespero de los directivos de la persona jurídica en firmar el acuerdo para continuar con las actividades empresariales y reducir los daños financieros. Además, puede ser motivada por la percepción de que las cuantías no serán calculadas o cobradas posteriormente, o por corrupción o por cualquiera otra ineficiencia o fallo de la Administración. Dicha decisión de firmar sin previsión de cómputo de daños también puede estar relacionada con la percepción de que el pago no será concretamente realizado, ya sea por dificultades en el procedimiento o de comprobación, de la ejecución judicial o incluso dado la ausencia de bienes para soportar los pagos. Es interesante observar que ninguna de las hipótesis mencionadas parece ser favorable a la preservación del interés público y de derechos y garantías procesales. En este sentido, la firma de acuerdo sin ninguna previsión de cuantía de daños parece —salvo casos excepcionales— ser perjudicial a la finalidad del sistema de promover adecuada prevención y represión sin incumplir derechos y garantías procesales.

Además, tampoco hay provisión en el sistema de colaboración de Brasil de cuál será la situación jurídica adoptada para cobranza futura de resarcimiento de daños o no pagos en el tiempo de la firma del acuerdo. Para estos casos, la superposición de las leyes brasileñas y la competencia institucional también genera inseguridad y desincentivo a la colaboración.

---

<sup>2841</sup> Se estima que la autoridad que firmó el acuerdo no podrá debatir con la persona jurídica los daños fuera de las situaciones de incumplimiento del acuerdo. En este sentido, caso la persona jurídica tenga suministrada información incompleta o falsa sobre los hechos o sobre su conducta, los valores eventualmente pagos a título de resarcimiento por daños podrán estar equivocados. En estos casos, el riesgo de discusión —en vía administrativa o judicial— ocurre por práctica indebida de la propia persona jurídica colaboradora y no por fallo en el planteamiento del sistema de colaboración.

<sup>2842</sup> Como es la práctica mencionada del Poder Ejecutivo federal.

De hecho, no hay regla de si constituye incumplimiento del acuerdo no pagar partes de daño calculadas posteriormente por otras autoridades que no son las que firmaron el acuerdo<sup>2843</sup>. Tampoco hay reglas sobre la discordancia con el pago de daños calculados posteriormente por la propia Administración que firmó el acuerdo. Por ejemplo, no hay regla sobre cuál sería la vía para utilizar en caso de que la información que entregue la persona jurídica colaboradora genere futuras auditorías que determine la necesidad de cobranza de más cuantías. No hay limitación expresa que impida a la Administración considerar incumplido el acuerdo por el simple interés de la persona jurídica de presentar alegaciones contrarias al cálculo. Tampoco hay regla de que la Administración no pueda considerar incumplido el acuerdo en el caso de que la persona jurídica colaboradora decida cuestionar los daños judicialmente. Claro, es posible que la Administración respete un procedimiento administrativo con contradictorio y amplia defensa en estos casos<sup>2844</sup>. No obstante, dado la novedad de la herramienta y el potencial de colaboración con la Unión, los estados federados y las municipalidades, una ausencia de reglamento claro en este sentido incrementa el riesgo de resultados imprevisibles de la colaboración<sup>2845</sup>.

Otro desincentivo a la colaboración está relacionado con una temática aún no evaluada por los tribunales de apelación, que es el potencial de *bis in idem* que el sistema de superposición de legislación de Brasil genera. Conforme se ha mencionado, no hay ninguna regla en la Ley de la Empresa Limpia que limite el procesamiento posterior de la persona jurídica colaboradora en los términos de la Ley de *Improbidad*. Tampoco existe una regla que impida la sanción por autoridades administrativas como el Tribunal de Cuentas de la Unión. A través de la utilización de criterios de

---

<sup>2843</sup> Como ejemplo, en el caso de la competencia federal, un acuerdo puede ser firmado con la AGU y con la CGU. Sin embargo, dada la superposición de legislación, la Fiscalía Federal o el Tribunal de Cuentas de la Unión pueden posteriormente exigir de la persona jurídica colaboradora pagos a título de resarcimiento por daños causados.

<sup>2844</sup> Como parece ser la práctica adoptada por el poder ejecutivo federal, de insertar en el texto de acuerdos que eventual alegación de incumplimiento será discutida en el proceso administrativo que respete las garantías y derechos de la persona jurídica colaboradora. Como ejemplo, *ver* caso del acuerdo firmado con la Administración Pública federal y la empresa Bilfinger SE, en especial en la cláusula 15 (<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/bilfinger.pdf/view>).

<sup>2845</sup> El acuerdo de cooperación técnica firmado en agosto de 2020 entre el Supremo Tribunal Federal, la CGU, la AGU y el Tribunal de Cuentas de la Unión prevé flujos de intercambio de informaciones con la finalidad de intentar fijar las cuantías de los daños a resarcir. No obstante, siguiendo los dispositivos de la ley, no conllevan a una garantía total de que la firma del acuerdo significará, para todos los casos, el definitivo cómputo de los daños. *Ver Ministro Dias Toffoli assina acordo de cooperação técnica para combate à corrupção*, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (6 de agosto de 2020) <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073&ori=1> (fecha de consulta: 26 de agosto de 2020).

interpretación, en particular dada la especialidad de la Ley de la Empresa Limpia y el hecho de que sea más reciente que las leyes mencionadas, se puede considerar que dicha ley revocó las otras posibilidades de actuar legalmente contra las personas jurídicas por hechos relacionados a pago de soborno<sup>2846</sup>. Además, interpretar de manera distinta sería posibilitar la imposición de *bis in idem*, es decir, de la misma esfera de responsabilidad —la administrativa— por los mismos hechos<sup>2847</sup>.

Por último, tampoco la Ley de la Empresa Limpia limita expresamente la utilización de su proceso judicial de responsabilidad solamente para los casos de omisión de la autoridad administrativa. Esto hace que la persona jurídica colaboradora pueda ser judicialmente procesada por los hechos de la misma Ley de la Empresa Limpia que fundamenta su colaboración con las autoridades administrativas<sup>2848</sup>. Una vez más, la ausencia de limitación en el sistema brasileño provoca incertidumbre como un desincentivo a la colaboración de las personas jurídicas involucradas en hechos de corrupción. Dada la situación institucional de la Fiscalía en Brasil —con independencia y autonomía del poder ejecutivo y al poder judicial— y la preservación de sus competencias legales, la cuestión, en términos abstractos, es muy compleja. El acuerdo de lenidad —y el proceso administrativo— es de competencia de la autoridad administrativa. El proceso judicial es de competencia de la autoridad administrativa —a través de su abogacía— y de la Fiscalía. Impedir que la Fiscalía ejerza sus deberes de luchar por el interés público a partir de una decisión de la Administración parece una violación de competencias constitucionales del Ministerio Fiscal<sup>2849</sup>. No obstante, permitir el procesamiento judicial de una persona jurídica colaboradora parece una verdadera “doble personalidad” de la Administración Pública. Una solución posible sería la adoptada en sede de acuerdo de lenidad por violación a competitividad en los mercados, en la cual el acuerdo es firmado con la Administración Pública y con la participación del fiscal competente para proponer las acciones civiles y penales<sup>2850</sup>.

## 8. CONSIDERACIONES REFLEXIVAS Y TOMA DE POSTURA

La Ley 12.846/2013 es la norma que prevé, en Brasil, la responsabilidad de personas jurídicas en los supuestos de corrupción y, además, prevé la

---

<sup>2846</sup> Sobre los criterios de interpretación, ver TOJAL (2014) y apartado sobre las dos leyes y el *bis in idem*.

<sup>2847</sup> Aunque la Ley de la Empresa Limpia prevea que su responsabilidad no impide la responsabilidad por *improbidad* administrativa, la aplicación de ambas responsabilidades a las mismas personas jurídicas por los mismos hechos sería violación de la garantía del *non bis in idem*. Ver TOJAL (2014) y apartado anterior sobre la Ley de la Empresa Limpia y la Ley de *Improbidad* Administrativa.

<sup>2848</sup> Ver el apartado específico sobre la competencia institucional.

<sup>2849</sup> Art. 129 de la Constitución Federal de Brasil.

<sup>2850</sup> Ver ATHAYDE (2019: 108-111).



posibilidad de la colaboración con la Administración a través, del acuerdo de lenidad. No obstante, debido a la manera que fue desarrollado el sistema, con acumulación de leyes, no es el único instrumento que prevé la responsabilidad de las personas jurídicas ni la única ley aplicable al cohecho o a la contratación pública, aunque sea una de las piezas principales del sistema de combate a la corrupción. Esta superposición de leyes conlleva a la multiplicidad de instrumentos de colaboración, de responsabilidades y de competencias de las instituciones, lo que genera retos, conforme se ha presentado, en especial porque requiere que las instituciones independientes —¿pero todas partes de la Administración, o por lo menos del Estado? — actúen de manera cooperativa y hacia la confección de un interés único: el público.

Además, un análisis de otros instrumentos de colaboración —como la delación premiada— permite percibir que las herramientas de justicia negociada en Brasil asignan importancia al aporte de pruebas y de información que resulte en la mejoría de la investigación y el incremento del potencial de prevenir y castigar. El mismo estándar de colaboración está presente en la Ley de la Empresa Limpia a través, de los requisitos y condiciones que prevé para la colaboración con la Administración: los requisitos del acuerdo de lenidad expresan la necesidad de que el colaborador entregue pruebas e información sobre los hechos lesivos y sobre los otros participantes. El resultado de este tipo de colaboración cualificada es permitir que la Administración identifique más detalles de los hechos y obtenga documentos comprobatorios, lo que finalmente ayudará en la adopción de importantes medidas: como el cálculo de los daños causados con los hechos lesivos, la imposición de sanciones disciplinarias a los involucrados, la corrección de controles internos, por ejemplo, relacionados a licitaciones y uso de fondos públicos, además de permitir también la adopción de otras medidas de responsabilidad administrativa, civil y penales contra los demás involucrados en los hechos.

La Ley y el decreto federal también prevén condiciones del acuerdo que asignan a la Administración una posición de ventaja: la colaboración debe significar la asunción de participación en las conductas, la necesidad de colaborar —y continuar colaborando futuramente— con la imposición de responsabilidad y con el cómputo de los daños y, especialmente, con la mejoría o la implementación de programas de cumplimiento que sean efectivos en la prevención y detección de hechos lesivos relacionados a la corrupción y al soborno. También es importante considerar que, hasta en los mismos casos del incumplimiento del acuerdo por parte de la persona jurídica colaboradora, la Administración mantendrá su posición de ventaja: le será permitido utilizar las pruebas y la información recibida, y le será posible imponer sanción a la persona jurídica y también a las demás personas involucradas en los supuestos.

No obstante, debido a sus características, el acuerdo de lenidad también presenta retos para su implementación. Aunque existan diversas ventajas para la Administración e incentivos a los colaboradores, la concurrencia institucional genera un ámbito de incertidumbre en la colaboración. De igual modo, la posición de colaborador por haber firmado un acuerdo también significará una posición de incertidumbre: no hay límites claros para cómo la Administración deberá requerir la ejecución de las condiciones de colaborar, y el acuerdo tampoco significará el cómputo definitivo de los daños por los cuales resarcir. Todo ello apunta hacia la necesidad de continuar el desarrollo de la herramienta y de realizar ajustes necesarios tanto en la mejorar de los incentivos como en la minoración de los desincentivos a la colaboración con la Administración, todo ello para intentar extraer los mejores resultados de la justicia negociada en la lucha contra la corrupción.

## CONCLUSIONES

### **PRIMERA**

La aprobación de la Ley de la Empresa Limpia (Ley 12.846/2013) ha añadido al ordenamiento jurídico brasileño dos importantes ejes en la lucha contra la corrupción: (i) la responsabilidad de las personas jurídicas por esos supuestos, que ya existía de manera limitada en los casos en los cuales hubiera una relación contractual con la Administración o como consecuencia de la responsabilidad por *improbidad administrativa* de funcionario; y (ii) la posibilidad de que la colaboración con las autoridades auxilie a la Administración a incrementar el potencial de prevención y represión del Derecho sancionador, a través de expedientes de justicia negociada.

Estos cambios tienen un componente de origen externo: sirven para cumplir obligaciones de Derecho Internacional y están inspirados a partir de herramientas originadas de otros países, en especial de Estados Unidos. Con ello, pueden ser considerados como un intento de trasplante al sistema de Brasil de medidas consideradas *solución* para la lucha contra la corrupción, al añadir —pretendidamente— rapidez y eficacia al sistema de prevención de delitos. Por ello, su *copia* presenta riesgos variados: son herramientas desarrolladas originalmente en otros ordenamientos jurídicos, con otras premisas, con otras relaciones causa-consecuencia e insertas en otras realidades económicas y sociales. Esto conlleva a la necesidad de hacer ajustes considerando especialmente (i) las características propias del sistema brasileño y (ii) los resultados indeseables que generan en su sistema criminal originario.

### **SEGUNDA**

Es importante recordar como la Suprema Corte estadounidense en 1970 consideró válida, por primera vez y contra sus propios precedentes, la confesión fundamentada en una promesa de ventaja o amenaza, pavimentando definitivamente la utilización de justicia negociada en casos penales —*plea bargaining*—. Este cambio estuvo basado en el pragmatismo: los juzgados estaban abarrotados con casos, lo que puede ser explicado por el fenómeno de la *overcriminalization* y por la reforma del debido proceso, ésta generada a partir de la influencia de los sistemas jurídicos continentales. Este historial demuestra que la justicia negociada en Estados Unidos tiene su origen en intentar evitar e desarrollo completo del proceso penal con los derechos y garantías a él inherentes, reflejo de la

prevalencia de la cultura del liberalismo económico, en el cual los intereses son negociables también en el ámbito de la justicia penal, demostrando que *time is money*, inclusive en la búsqueda de la justicia y la igualdad. De esta manera, hasta en los tiempos actuales, aunque sea un país conocido por la *eficiencia* de su sistema criminal, también es conocido por tener el mayor porcentaje de habitantes encarcelados del mundo y por la existencia excesiva de tipos delictivos (*overcriminalization*), lo que permite concluir que la justicia negociada nunca ha solucionado las causas del exceso de casos penales en los juzgados.

### **TERCERA**

La justicia negociada de Estados Unidos puede ser el factor principal para permitir que el sistema criminal de aquel país no colapse. Esto incluye los acuerdos realizados con personas jurídicas —generalmente como *plea agreements*, *non-prosecution agreements* y *deferred prosecution agreements*—, los cuales posibilitan la resolución de la responsabilidad por los delitos a través del pago de multas y de la devolución de beneficios obtenidos con las conductas criminales.

Es importante considerar que, desde hace mucho tiempo, la Fiscalía Federal tiene guías y manuales indicando que los acuerdos de colaboración con empresas deben generar lo necesario para hacer la imputación y generar la responsabilidad de las personas físicas involucradas en los hechos ilícitos. Sin embargo, los datos —parciales— disponibles demuestran que no existe diferencia relevante de responsabilidad de individuos cuando comparadas las situaciones de responsabilidad de las personas jurídicas concluidas tras proceso penal versus las concluidas con acuerdos de colaboración. Por ello es posible observar que la óptica del *pragmatismo* también tiene un importante rol en la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito de la justicia negociada: las empresas son, en diversas ocasiones, utilizadas como chivo expiatorio, hacen pagos de multas elevadas y esto no parece derivar en un incremento de la capacidad de prevenir y reprimir los delitos a través del aumento del número de personas —físicas— a las cuales se impone responsabilidad.

### **CUARTA**

Esta óptica de *negocio* pone a los países que intentan adoptar herramientas de justicia negociada en una situación de tensión, porque una de las principales características del desarrollo de la justicia criminal moderna ha sido la limitación de los poderes del Estado en imponer restricciones a los derechos fundamentales, lo que es ejecutado a través del reconocimiento de derechos y garantías de defensa en el ámbito del proceso. Así, hace falta elegir —también en Brasil— si este tipo de *solución* para la crisis del sistema penal es compatible con la propia noción de justicia fundamentada en la garantía de los derechos de los inocentes. Por cierto,

esta es una de las críticas al sistema estadounidense: conllevar —en ocasiones— la confesión —falsa— de personas inocentes. Esta tensión entre añadir pragmatismo para obtener más resultados y las tradiciones del sistema jurídico demandan una profunda reflexión para identificar (i) las herramientas de justicia negociada compatibles con las nociones básicas de sistemas garantistas, (ii) los límites de aceptación de este *pragmatismo* y lo que serían (iii) estándares de garantías necesarios y posibles en la justicia negociada. Si esto no se hace, se arriesga generar soluciones autoritarias, a la vista de lo que sucede en Estados Unidos, en el cual la Suprema Corte mantiene las garantías procesales, pero, en la realidad, más del noventa por ciento de los casos penales son resueltos a través de declaraciones negociadas de culpabilidad.

#### **QUINTA**

Elegida la utilización de la justicia negociada en el ámbito penal —en especial, para los delitos de mayor gravedad—, los cambios necesarios para preservar la integridad de un sistema de garantías representarán una verdadera innovación en el paradigma del proceso penal y de sus derechos y garantías, porque la negociación no será, necesariamente, conducida en el ámbito de un proceso penal. Negociar, y ponerse de acuerdo, significa, en realidad, aceptar las condiciones mutuas y, en el caso del investigado, aceptar su culpabilidad —o por lo menos no oponerse a su imputación— y la responsabilidad a ella relacionada. En estos términos, los principios relacionados a la defensa, ejercidos tradicionalmente en el transcurso del proceso judicial, deberán ser ejercidos —en un grado mínimo— en otro medio: en un procedimiento administrativo. En este sentido, tanto las negociaciones y los acuerdos deberán garantizar derechos desarrollados tradicionalmente en el seno del proceso penal, lo que, además de implicar un desafío teórico, conlleva una implicación práctica: no va a haber proceso, entendido en el sentido tradicional. Además, entre las dos partes negociadoras, ¿quién será la responsable de garantizar que se preserven los derechos esenciales de la parte colaboradora? Aunque la propia Administración (o la Fiscalía, en especial, conforme al sistema jurídico) lo pueda hacer, ¿cómo se garantiza un mínimo de imparcialidad de quien también puede ser considerado parte responsable para defender intereses en la negociación? Esto conlleva a que varios países se inclinen por identificar un trámite especial para evaluar y homologar la colaboración.

#### **SEXTA**

Los principios aplicables a la defensa penal deberán ofrecer los contenidos limitadores de la acción del Estado de imponer sanciones a través de la negociación, aunque no se esté hablando, en estos casos, de proceso. Esto porque los principios —como garantías y derechos de defensa— expresan los valores utilizados para evaluar si la impartición de la

justicia fue realizada preservando las finalidades del sistema para prevenir y reprimir, considerando el binomio de promover la responsabilidad de los culpables y garantizar los derechos de los inocentes. Todo ello conlleva a que se hable, en el ámbito de la justicia negociada, de una idea de debido proceso, con contenido de contradicción, legalidad (o de oportunidad reglada) e igualdad ante la ley, entre otros. Si no se hace ello, es posible que el trasplante de la herramienta enfrente las mismas críticas del sistema estadounidense: el desequilibrio de fuerzas entre la autoridad y el colaborador, el exceso punitivo de los acuerdos y, principalmente, el riesgo de la confesión —falsa— de inocentes.

### **SÉPTIMA**

El principio —o el límite— que parece proveer la mayor garantía de que la justicia negociada no desvíe totalmente las finalidades del Derecho Penal es el de la búsqueda de la verdad material en un grado mínimo esencial. A través de la identificación de un estándar fáctico de los hechos, será posible identificar también un estándar de culpabilidad —aunque no definitivo— que genere seguridad en aprobar la imposición de consecuencias jurídicas a través del acuerdo. En otros términos, la comprobación mínima de los hechos y de sus circunstancias conlleva a la solución de que no vulnere frontalmente los derechos: que genere barreras a la eventual confesión de inocentes y en la definición de condiciones excesivas al colaborador. No obstante, *encontrar* el soporte de la verdad significa costos, implica la utilización de recursos de investigación y la oportunidad de que la otra *parte* se manifieste y presente su versión de los hechos, la información de la cual dispone e, incluso, presente pruebas. Por ello se habla en la necesidad de un estándar mínimo —y no completo— que al final genere un tipo de verdad *procesal* que sea suficiente. Además, esta búsqueda de una verdad en la negociación añade fuerza a la necesidad de un control del acuerdo: a través de una autoridad que lo apruebe —u homologue— para reducir posibles riesgos de abuso de autoridad.

### **OCTAVA**

Un soporte físico documental es indispensable para que tenga lugar el control y el ejercicio de estándares de derechos y garantías. En estos términos, la negociación demanda un procedimiento que garantice el registro de las reuniones, de la información y de las pruebas entregadas, de las dinámicas de negociación de las cláusulas y las condiciones acordadas. Este soporte físico de la negociación será también el sustrato para ejercer el control de la utilización de la justicia negociada, sea por la aprobación definitiva —como ocurre en Brasil en el caso del acuerdo de lenidad de competencia federal, aprobado por la autoridad máxima de la CGU y de la AGU— o sea en los casos en que el acuerdo requiera la homologación del Poder Judicial. Es natural que este soporte sea más rígido que un mero

trámite y menos formal que el proceso penal tradicional. Además, no podrá ser tan complejo al punto de traducirse en un sumatorio de formalidades que impidan que la herramienta de justicia negociada cumpla su utilidad de añadir rapidez y eficacia en la resolución del caso. Al mismo tiempo, será clave para el control de la preservación de los estándares de verdad y de derechos.

### **NOVENA**

La asignación de los derechos y garantías procesales de naturaleza originariamente penal a la justicia negociada también debe ocurrir en las situaciones que se utiliza el Derecho Administrativo sancionador para imponer responsabilidades de naturaleza no-penal por la comisión de delitos, en especial de delitos graves. Esto conlleva la necesidad de la formalización mínima que garantice estándares de derechos y de producción de la verdad también en la colaboración de personas jurídicas en el ámbito de responsabilidad administrativa, tal y como acontece ocurre en Brasil: por un lado, la responsabilidad no-penal deriva en necesaria para las personas jurídicas por la dificultad de aplicarles —por lo menos en algunos sistemas de *civil law*— instituciones penales; de otro lado, las propias convenciones de Naciones Unidas y de la OCDE prevén la posibilidad de utilizar responsabilidad no-penal para las personas jurídicas, garantizándoles estándares de derechos procesales que den lugar a sanciones financieras disuasorias, proporcionadas y eficaces. La utilización del Derecho Administrativo sancionador tiene que ser considerada una *autorización especial* fundamentada en problemas relacionados con las tradiciones de los sistemas jurídicos: no se recurre a esta rama del Derecho porque las conductas tengan baja lesividad; muy al contrario, se utiliza de manera excepcional porque los países deben emplear sus máximos esfuerzos para frenar los supuestos de corrupción —pública y privada—.

### **DÉCIMA**

La asignación de derechos y garantías a la responsabilidad administrativa por la comisión de conductas consideradas delitos es necesaria para evitar que la justicia negociada —o esta responsabilidad administrativa excepcional— genere un resultado mayormente injusto. Aunque sea el Derecho Penal *la ultima ratio* y que el Derecho Administrativo se desarrolle a partir de estándares de prueba y de culpabilidad menos rígidos, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los supuestos de corrupción tiene fundamentos que generan una verdadera desestabilización del escalonamiento de las garantías y de las potestades del Estado. De un lado, las mismas sanciones que pueden ser aplicables a través de condena penal pueden ser impuestas a las personas jurídicas a través de proceso administrativo: multa, cierre de negocios, suspensión de derechos y revocación subsidios, entre otras. Por

otro lado, la descripción de las mismas conductas delictivas como *irregularidad* administrativa no expresa una decisión de considerar reducido el potencial lesivo de la conducta; *v. gr.*, en el caso de la Ley de la Empresa Limpia de Brasil, que prevé la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por supuestos de corrupción. No obstante, esto hace con que se hable de un Derecho Administrativo sancionador —*genérico*— y de un Derecho Administrativo sancionador *especial*, que funciona como ámbito sancionador principal con especial proximidad al Derecho Penal, en una especie de *ultima ratio* antes de la *ultima de la ultima ratio*, y ambos con la finalidad de prevención y represión de delitos.

### **DÉCIMO PRIMERA**

El sistema de Brasil, como consecuencia de la forma que fue planteado —o por la falta de plantearlo de manera adecuada— genera superposición de competencias institucionales en la lucha contra la corrupción: hay más de una norma aplicable y hay más de una institución con competencia para investigar o actuar en los procesos, que podrán tener la naturaleza penal, administrativa o civil. Específicamente en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque ante hechos de corrupción no exista la responsabilidad penal y sí administrativa, también hay una concurrencia institucional, así como una superposición aparente de normas y de procesos. No obstante, mientras que en un primer momento esto parezca una desventaja, la competencia de más de una institución supone un sistema múltiple: se producirá la actuación de diversos funcionarios y autoridades evaluando la colaboración, la información y las pruebas presentadas por la persona colaboradora y produciendo —en sus respectivos ámbitos— pareceres e informes sobre la utilidad para el interés público. De esta manera, la lucha contra la corrupción, conforme la ley y las interpretaciones existentes en la actualidad, se vuelve en un esfuerzo multi-institucional: a nivel federal actúan como negociadores por parte de la Administración auditores federales, abogados de la Administración y fiscales. Este escenario normativo e institucional genera análisis multidisciplinarios de los casos y permite que se enviden esfuerzos en la solución más adecuada sobre las diversas ópticas del interés público: entre otras, la prevención, la represión y la reparación del daño.

### **DÉCIMO SEGUNDA**

Este sistema, que requiere de actuaciones de múltiples instituciones, va a generar una diversidad de documentos y procedimientos de formalización de las negociaciones. Con ello se crean posibilidades de control. Por un lado, porque el propio hecho de que participen más de una persona representando a su institución significa una posibilidad y control horizontal: un funcionario o autoridad que actúe en el ámbito del acuerdo de lenidad tendrá que respetar la opinión también de los otros que actúan



en el mismo caso. Y, además, las decisiones también podrán ser adoptadas en conjunto o, por lo menos, tras debate, de manera que se desconcentra el poder de toma de decisión. De otro lado, la multiplicidad generará también más necesidad de prestar cuentas: la eventual divergencia de decisiones institucionales podrá incrementar el escrutinio de la sociedad y de los medios de comunicación social. Asimismo, la existencia de múltiples instituciones también será obstáculo para aquellas personas —individuales y organizadas— que intenten cooptar a la Administración: en la práctica, no será suficiente cooptar a *un* fiscal, o a *un* auditor o a *una* autoridad para obtener un cambio en el resultado del caso.

### **DÉCIMO TERCERA**

La concurrencia institucional genera diversos problemas prácticos para negociar y ponerse de acuerdo con las personas jurídicas que van a colaborar, en especial, la necesidad de la cooperación interinstitucional. Esto ocurre porque en Brasil, en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por supuestos de corrupción, no hay una división de las competencias entre las instituciones; por ejemplo, asignando a una la investigación de la conducta y a otra la auditoria de los daños causados. En la práctica, lo que nos encontramos es una verdadera competencia concurrente —y solapada—, de forma tal que tanto en la *Ley de Improbidad Administrativa* como en la *Ley de la Empresa Limpia* encontramos provisiones para que más de una institución tenga que actuar en el mismo caso. En contraposición, en Estados Unidos, por ejemplo, conforme la *Foreign Corrupt Practices Act*, también hay una atribución competencial para que más de una institución tenga que participar, pero con finalidades diferentes: del FBI para investigar por la comisión de delitos, del DOJ para enjuiciar y de la SEC para todos los aspectos de naturaleza civil. Ello genera la necesidad, en el sistema brasileño, de que la solución del caso a través de acuerdo de colaboración ocurra bajo un alto grado de cooperación entre las instituciones, máxime porque los procedimientos de negociación, aprobación y homologación son diferentes en cada una de las instituciones, lo que hace necesario que la comentada cooperación tenga que considerar las diferentes instancias de aprobación interna: en el caso de la CGU y de la AGU, de sus respectivos dirigentes máximos; y en el caso de la Fiscalía Federal, de su respectivo organismo interno de homologación y de la autoridad judicial competente para el proceso.

### **DÉCIMO CUARTA**

Esta necesidad de cooperación entre los funcionarios y autoridades de las instituciones responsables por negociar y firmar los acuerdos de lenidad no está, en la actualidad, reglamentada por una norma que garantice un resultado uniforme en los casos. Aunque existen protocolos normativos entre la CGU y la AGU, y el acuerdo de cooperación técnica entre otras

instituciones federales —como el Tribunal de Cuentas de la Unión— la ausencia de una reglamentación con la Fiscalía Federal y con las unidades de control de nivel estatal y municipal hace que no existan importantes niveles de certidumbre y predictibilidad sobre la colaboración realizada solamente con algunas de las instituciones. Esto genera la necesidad de que las personas jurídicas potencialmente colaboradoras, tras firmar el acuerdo con una o más instituciones, obtenga la opinión favorable de todas las instituciones con algún tipo de competencia para actuar; o negocie con todas las instituciones al mismo tiempo, lo que se ha denominado *balcão único* de colaboración, esto es, una *ventanilla única* para negociar con la Administración. Esta ausencia de procedimiento completo y unificado y la necesidad de cooperación entre las instituciones se vuelve un verdadero *desincentivo* para la colaboración: son significativos los riesgos que las personas jurídicas enfrentan para colaborar con una o algunas instituciones, porque un acuerdo "parcial" no impide que las otras instituciones que no se pusieron de acuerdo adopten medidas para asignar la responsabilidad; y también lo son los costos de esperar por la cooperación entre todas las instituciones.

#### **DÉCIMO QUINTA**

Una solución para salvar estas dificultades inherentes a la concurrencia institucional y a la necesidad de cooperación entre muchas instituciones pasa por adoptar una interpretación en la aplicación de la ley: considerar que la doble imposición de responsabilidades de la misma naturaleza, por los mismos hechos, sobre las mismas personas y para preservar los mismos intereses públicos, es inadecuada, debido a los límites que el principio *non bis in idem* presenta para la actuación punitiva y sancionadora del Estado. De esta manera, considerando la responsabilidad de las personas jurídicas por supuestos de corrupción, debe ser aplicada solamente la Ley de la Empresa Limpia a los hechos ocurridos tras su inicio de vigencia: sí, la Ley 12.846/2013 es *especial*, y más *reciente*, que la Ley de *Improbidad* Administrativa y otros instrumentos normativos. Sobre ello no debe prevalecer el argumento de que las propias leyes prevén la aplicación de sus normas con independencia de las otras responsabilidades: lo que permanece es la independencia de los ámbitos de responsabilidad si —y solamente si— su aplicación no vulnera el principio del *non bis in idem*, aunque no exista previsión expresa de revocación de los otros dispositivos de ley. La excepción sería la aplicación concomitante de las leyes relacionadas con la contratación y licitación pública: hay sujeción especial a estas leyes a consecuencia de la existencia de una licitación, hay una previsión normativa expresa y no se da una superposición de las conductas.

#### **DÉCIMO SEXTA**

Es necesario adoptar una interpretación que armonice los dispositivos de la Ley de la Empresa Limpia que prevén, con las empresas jurídicas colaboradoras, un proceso administrativo de responsabilidad, un proceso judicial de responsabilidad y un acuerdo de lenidad. En este sentido, para evitar que en estas situaciones pueda darse una Administración que se muestre con una *doble personalidad*, el proceso judicial de responsabilidad debe ser o una consecuencia de la necesidad de aplicar sanciones como complemento —en los casos necesarios— de las sanciones aplicadas en el proceso administrativo o, excepcionalmente y conforme las previsiones normativas, utilizado en el caso de la omisión de la autoridad administrativa en investigar e imponer responsabilidad. De esta manera, el acuerdo de lenidad debe significar la imposibilidad de utilizar un procedimiento administrativo —lo que está claro en el sistema de la ley— o un proceso judicial, consideradas siempre las mismas personas jurídicas y los mismos hechos.

Este planteamiento no debe ser visto como una invasión en las competencias funcionales de la Fiscalía: la competencia prevista en la ley para decidir sobre la comisión del hecho lesivo y sobre la forma (acuerdo, trámites...) es asignada originariamente a la Administración responsable del procedimiento administrativo y del acuerdo de lenidad. Por ello, la competencia asignada a la Fiscalía debe ser interpretada como consecuencia de la responsabilidad administrativa o de la omisión en ejercerla. En los casos de desvío de la Administración, por ejemplo, a través de la utilización de un acuerdo sin los elementos de la ley, lo adecuado será actuar en la búsqueda de la responsabilidad de la autoridad actuante por su dolo o culpa.

### **DÉCIMO SÉPTIMA**

Es importante observar que el acuerdo de lenidad de la Ley 12.846/2013 y su reglamento escalonan los incentivos para colaborar también fuera de la implementación de programas de cumplimiento: los acuerdos requieren la colaboración con las investigaciones y la multa, entre otros factores, se ve reducida cuando el reporte de la persona colaboradora sea voluntario. Esto sirve como un incentivo para que las empresas adopten cambios de cultura corporativa, al contrario de otros sistemas que incentivan la adopción de programas de cumplimiento y garantizan amplias ventajas a la persona jurídica, aunque no exista reporte voluntario y colaboración con la entrega de información y pruebas sobre los hechos ilícitos y las personas involucradas. De esta manera, el sistema brasileño posibilita que los beneficios de la empresa sean estratificados conforme su efectiva actuación en la lucha contra la corrupción. No obstante, no existe una previsión de total exención de responsabilidad, aunque la persona jurídica adopte el cambio más profundo de su cultura corporativa; es decir, incluso en los casos de *rogue employee*, habrá la aplicación de multa. Además, requerir el reporte voluntario —en especial, en este contexto de

imposibilidad de exención de responsabilidad— parece una importante vulneración del principio de presunción de inocencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO-CORREA, T. (2013): "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014): "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública*, n.º 195.
- ALEXY, R. (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALSCHULER, A. (1979): "Plea bargaining and its history". *Columbia Law Review*, vol. 79.
- ANTONIETTO, C. M. C. & R. G. DE CASTRO (2015): "The criminal liability of legal entities in Brazil in light of the new anti-corruption law". *European Scientific Journal*, special edition.
- ARAIZA, W. D. & M. I. MEDINA (2011): *Constitucional Law: Cases, History, and Practice* (4.ª ed.). New Providence: LexisNexis.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2019): *La armonización de las garantías procesales de sospechosos y acusados en la Unión Europea*. Valladolid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.
- ARAS, V. (2018): "Acordo de leniência na lei anticorrupção empresarial". En *Avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da lei de improbidade administrativa*. Brasil: Ministério Público Federal, 5.ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal.
- ARLEN, J. & M. KAHAN (2017): "Corporate governance regulation through nonprosecution". *University of Chicago Law Review*, vol. 84.
- ARLEN, J. & R. KRAAKMAN (1997): "Controlling corporate misconduct: An analysis of corporate liability regimes". *New York University Law Review*, vol. 72, n.º 4.
- ARLEN, J. (2016a): *Public Consultation on Liability of Legal Persons: Compilation of Responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- ARLEN, J. (2016b): "Prosecuting beyond the rule of law: corporate mandates imposed through deferred prosecution agreements". *Journal of Legal Analysis*, vol. 8.
- ARTÉS CASELLES, J. & J. L. JIMÉNEZ GONZÁLEZ (2017): "Efectos políticos y económicos de los escándalos de corrupción y de su difusión pública". En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ATHAYDE, A. (2019): *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum.
- AYDN, D. (2014): "Are there any suitable sanctions for new forms of corporate offences?". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating corporate criminal liability*. New York: Springer.
- BACIGALUPO, M. (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura administrativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.
- BADARÓ, G. (2018): "A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?". En: DE ASSIS MOURA, M. T. & P. C. BOTTINI: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. J. & C. GÓMEZ-JARA DÍEZ (2016): *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Cizur Menor: Civitas.
- BANACLOCHE PALAO, J. (2019): "El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (*compliance programs*)". En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2010): *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- BARONA VILAR, S. (1999): *Solución extrajurisdiccional de conflicto: «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, S. (2011): *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, S. (2017): *Proceso penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BITTENCOURT, S. (2015): *Comentários à lei anticorrupção: lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BLANCO CORDERO, I. & I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2000): "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". *Revista Penal*, n.º 6.
- BLANCO CORDERO, I. (2008): "Comiso ampliado y presunción de inocencia". En: PUENTE ABA, L. M., ZAPICO BARBEITO, M. & L. RODRÍGUEZ MORO (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*. Granada: Comares.
- BLANCO CORDERO, I. (2011): "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". *Diario La Ley*, n.º 7569.

- BLANCO CORDERO, I. (2012): "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos". *Minerva: Repositorio Institucional da USC* (<http://hdl.handle.net/10347/4048>).
- BOBBIO, N. (1992): *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- BOHRER, B. A. & B. L. TRENCHER (2007): "Prosecution deferred: exploring the unintended consequences and future of corporate cooperation". *American Criminal Law Review*, vol. 44.
- BOISTER, N. (2018): *An Introduction to Transnational Criminal Law* (2.<sup>a</sup> ed.). New York: Oxford.
- BOLL, M. (2009): *Plea bargaining and agreement in the criminal process*. Hamburg: Druck Diplomatica.
- BORTECK, D. (2004): "Pleas for DNA Testing: Why Lawmakers Should Amend State Post- Conviction DNA Testing Statutes to Apply to Prisoners Who Pled Guilty". *Cardozo Law Review*, vol. 25.
- BOTTINI, P. C. (2013): "Leis instituem colaboração compulsória contra crimes". *Consultor Jurídico* (<https://www.conjur.com.br/2013-nov-19/direito-defesa-leis-instituem-colaboracao-compulsoria-crimes>).
- BRERETON, D. & J. D. CASPER (1981): "Does it Pay to Plead Guilty: Differential Sentencing and the Functioning of Criminal Courts". *Law & Society Review*, vol. 16.
- BRICKEY, K. F. (2003): "Andersen's Fall From Grace". *Washington University Law Quarterly*, vol 81.
- BRITO DE ASSIS, A. M. (2020): *Ministerio Público y combate a la corrupción política. Cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgánica de la institución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BRODOWSKI, D. (2014): "Minimum procedural rights for corporations in corporate criminal procedure". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating corporate criminal liability*. New York: Springer.
- BULOS, U. L. (2014): *Curso de direito constitucional constitucional* (8.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Saraiva.
- CANETTI, R. C. (2018): *Acordo de leniência*. Belo Horizonte: Fórum.
- CAPEZ, F. (2012): *Curso de proceso penal* (19.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Saraiva.
- CARVALHO FILHO, J. DOS S. (2017): *Manual de Direito administrativo* (31.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Atlas.
- CASANOVAS, A. (2017): *Compliance penal normalizado: el El estándar UNE 19601*. Cizur Menor: Aranzadi.
- CERINA, G. D. M. (2020): *La insoportable levedad del concepto de corrupción. Una propuesta desde el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CERINA, G. M. D. (2020): "¿Prevenir es mejor que curar? Técnica legislativa y política criminal italiana y española en el camino hacia una sanción penal ejemplar y total de la corrupción pública". En:

- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.): *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHEMERINSKY, E. & L. L. LEVENSON (2018): *Criminal Procedure: Adjudication*. New York: Wolters Kluwer.
- CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P. & C. R. DINAMARCO (2006): *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- CORDEIRO, N. (2020): *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense.
- COVEY, R. (2013): "Police Misconduct as a Cause of Wrongful Convictions". *Washington University Law Review*, vol 90.
- DAMROSCHY, L. F., HENKIN, L., MURPHY, S. D. & H. SMIT (2009): *International Law: cases and material* (5.<sup>a</sup> ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- DAVIS, A. J. (2007): *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*. New York: Oxford University Press.
- DE ALMEIDA MENDONÇA, A. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018): *El principio de validez de la prueba en casos de corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE ALMEIDA MENDONÇA, A., NAGLE, L. E. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (2018): *Negociación en casos de corrupción: Fundamentos teóricos y prácticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE ARAÚJO, K. M. (2017): "Processo administrativo de responsabilização". En: MUNHOZ, J. & R. P. DE QUEIROZ: *Lei Anticorrupção e temas de compliance* (2.<sup>a</sup> ed.). Salvador: Jus Podium.
- DE MENDONÇA, A. B. (2018): "Os benefícios possíveis na colaboração premiada". En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DE MENDONÇA, A. B. (2019): "A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório". En: SALGADO, D. DE R. & R. P. DE QUEIRÓZ: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podium.
- DE MORAES, A. (2014): *Direito Constitucional* (30.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Atlas.
- DE PALMA, J. B. (2010): *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Disertación de Mestrado, Universidade de São Paulo, Orientador Floriano de Azevedo Marques Neto.
- DE QUEIROZ, R. P. (2017): "Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção". En: MUNHOZ J. & R. P. DE QUEIROZ: *Lei Anticorrupção e temas de compliance* (2.<sup>a</sup> ed.). Salvador: Jus Podium.
- DE SIQUEIRA, G. P. (2005): "Natureza jurídica e órgão registrador das entidades sindicais". *Revista Jus Navigandi*, 29 de setembro.
- DE VASCONCELLOS, V. G. (2017): *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.



- DEL MORAL GARCÍA, A. (2017): “Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DEMATTE, F. R. (2015): *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção*. Belo Horizonte: Fórum.
- DEMING, S. H. (2014): *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*. New York: Oxford.
- DEMING, S. H. (2018): *Designing an Effective Anti-Bribery Compliance Program*. Chicago: American Bar Association.
- DERVAN, L. E. & V. A. EDKINS (2013): “The innocent defendant’s dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocence problem”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 103, n.º 1.
- DERVAN, L. E. (2012): “Bargained justice: plea bargaining’s innocence problema and the Brady safety valve”. *Utah Law Review*, vol. 2012.
- DERVAN, L. E. (2018): “Class v. United States: Bargained Justice and a System of Efficiencies”. *Cato Supreme Court Law Review*, vol. 2017-2018.
- DERVAN, L. E., LEO, R. A., RYAN, M. J, BEETY, V. E., GILCHRIST, G. M. & W. W. BERRY III (2016): “Voices on innocence”. *Florida Law Review*, vol. 68.
- DI PIETRO, M. S. Z. (2014): *Direito Administrativo* (27.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Atlas.
- DONALDSON, R. (2016): “Transparency International UK”. En: *Public consultation on liability of legal persons: compilation of responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- EISINGER, J. (2017): *The Chickenshit Club*. New York: Simon & Schuster Paperbacks.
- ENGELHART, M. (2014): “Corporate criminal liability from a comparative perspective”. En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- ESPARZA LEIBAR, I. (1995): *El principio del proceso debido*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003): “El abogado frente al blanqueo de capitales”. En: ONTIVEROS ALONSO, M. & M. PELÁEZ: *La influencia de la ciencia penal alemana en iberoamerica: en homenaje a Claus Roxin*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003): El abogado frente al blanqueo de capitales. En: ONTIVEROS ALONSO, M. & M. PELÁEZ (coord.): *La influencia de la Ciencia Penal alemana en Iberoamérica (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017a): “Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes: debate sobre la presunción de inocencia”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ: *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2017b): “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (dir.): *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARRANT, G. (2017): “Corporate Liability in Australia”. *Global Compliance News* (<https://globalcompliancencews.com/white-collar-crime/corporate-liability-australia/>).
- FERRAJOLI, L. (2002): *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (3.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FIDALGO, C. B. & R. C. CANETTI (2017): “Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção”. En: MUNHÓS, J. & R. P. DE QUEIRÓZ (Orgs.): *Lei anticorrupção e temas de compliance* (2.<sup>a</sup> ed.). Salvador: Editora Juspodium.
- FISHER, G. (2000): “Plea Bargaining's Triumph”. *Yale Law Review*, vol. 109.
- FISHER, G. (2003): *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Redwood City: Stanford University Press.
- FRISCHEISEN, L. C. F. (2019): “Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo ministério público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal”. En: SALGADO, D. DE R. & R. P. DE QUEIROZ: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodium.
- GARRETT, B. L. (2007): “Structural Reform Prosecution”. *Virginia Law Review*, vol. 93.
- GARRETT, B. L. (2008): “Corporate Confessions”. *Cardozo Law Review*, vol 30.
- GARRETT, B. L. (2011a): “Globalized corporate prosecutions”. *Virginia Law Review*, vol. 97.
- GARRETT, B. L. (2011b): *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Cambridge: Harvard University Press.
- GARRETT, B. L. (2014): *Too Big to Jail*. Cambridge: The Belknap Press.
- GARRETT, B. L. (2015a): “Contaminated Confessions Revisited”. *Virginia Law Review*, vol. 101.
- GARRETT, B. L. (2015b): “The Corporate Criminal as Scapegoat”. *Virginia Law Review*, vol. 101.
- GARRETT, B. L. (2017): “The Public Interest in Corporate Settlements”. *Boston College Law Review*, vol. 58.

- GIACOMOLLI, N. J. (2016): *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas.
- GIMENO BEVIÁ, J. (2016): *Compliance y proceso penal: el proceso penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Civitas.
- GIMENO SENDRA, V. (2015): *Derecho Procesal Penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Cizur Menor: Civitas.
- GIOVANNELLI, A. & R. CURSANO (2019): “Corporate Liability in Italy”. *Global Compliance News*. En línea: <https://globalcompliance.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-italy/>.
- GIVELBER, D. (2000): “Punishing protestations of innocence: denying responsibility and its consequences. *American Criminal Law Review*, vol. 37.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2008): “La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto “corpus iuris”)”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 9-10.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2015): *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (2.<sup>a</sup> ed.). Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (2019): “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*). En: GÓMEZ COLOMER, J. L. (dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015): *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2016): *Compliance penal y política legislativa – El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. (2018): “La Fiscalía Europea. Especial consideración sobre su actuación con arreglo al principio de oportunidad”. En: ARANGÜENA FANEGO, C., DE HOYOS SANCHO (dir.): *Garantías procesales de investigados y acusados: situación en el ámbito de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GRAMLICH, J. (2019): *Only 2% of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty*. Washington: Pew Research Center. En línea: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/>.
- GRECO, R. (2017): *Curso de Direito Penal: parte geral, volumen 1* (19.<sup>a</sup> ed.). Niterói: Impetus.
- GREEN, B. A. & F. C. ZACHARIAS (2004): “Prosecutorial Neutrality”. *Wisconsin Law Review*, vol. 2004 n.º 3.

- GREENBLUM, B. M. (2005): "What Happens to a Prosecution Deferred. Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements". *Columbia Law Review*, vol. 105.
- GUZMÁN, N. (2018): *La verdad en el proceso penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- HALLER, M. H. (1979): "Plea Bargaining: The Nineteenth Century Context". *Law and Society Review*, vol. 13.
- HARRINGTON, J. (2019): "Addressing the Corruption of Foreign Public Officials: Developments and Challenges within the Canadian Legal Landscape". *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 56.
- HASSEMER, W. (2001): "La persecución penal: legalidad y oportunidad". *Revista de Derecho Penal*, n.º 2.
- HAYAKAWA, M. & K. OHASHI (2019): *Japan: Business Crime 2020*. ICLG.COM. En línea: <https://iclg.com/practice-areas/business-crime-laws-and-regulations/japan>.
- HELLER, A. B. (2014/2015): "Corporate death penalty: prosecutorial discretion and the indictment of SAC capital". *George Mason Law Review*, vol. 22.
- HENNING, P. J., TASLITZ, A., PARIS, M. L., JONES, C. E. & E. S. PODGOR (2012): *Mastering Criminal Procedure: The Adjudicatory Stage* (vol. 2). Durham: Carolina Academic Press.
- HILL, J. G. (2003): "Corporate Criminal Liability in Australia: An Evolving Corporate Governance Technique?". *Journal of Business Law*, 2003.
- ISRAEL, J. H., PODGOR, E. S., BORMAN, P. D. & P. J. HENNING (2015): *White Collar Crime: Law and Practice* (4 ed). St. Paul: West Academic Publishing.
- JANIS, M. W. & J. E. NOYES (2014): *International Law: Cases and Commentary* (5.ª ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2014): *La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva*. En: PASTOR SELLER, H., TAMEZ GONZÁLEZ, G. & K. SAÉZ LÓPEZ (edit.): *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa análisis comparado España-México*. Madrid: Dykinson.
- KRAUSE, M. (2018): "The Impact of Compliance on Liability and Sentencing of Corporations – A Comparable Approach between Germany and the US". En: BRODOWSKI, D., ESPINOZA, M. & E. SAAD-DINIZ: *The Role of Corporations in Criminal Justice*. Antwerpen: Maklu-Publishers.
- LAUDAN, L. (2006): *Truth, Error and Criminal Law*. New York: Cambridge University Press.
- LOHNER, A. & N. BEHR (2019): "Corporate Liability in Germany". *Global Compliance News*. En línea: <https://globalcompliancenes.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-germany/>.

- LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (2017): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MACHADO DE SOUZA, R. (2019): “White Collar Crime and Corruption: Liability of Legal Entities in United States and Brazil”. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, n.º 1.
- MACHADO DE SOUZA, R. (2020): “Personas jurídicas y corrupción: análisis comparado de su responsabilidad y de los sistemas de cumplimiento y colaboración en Alemania, España e Italia”. En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (editores): *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (1999): *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTINEZ, A. P. (2018): “Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE”. En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N. (2019): “Derecho penal económico y Derecho administrativo sancionador”. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A.: *Tratado de Derecho Penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MCCORMACK, W. (2015): *International Criminal Law*. St. Paul: St. Paul: West Academic Publishing.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2016): “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º extra 104/II.
- MENDES, G. F. & P. G. G. BRANCO (2012): *Curso de Direito Constitucional* (7.ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- MENDES, G. F. (2012): “Limitações dos direitos fundamentais”. En: MENDES, G. F. & P. G. G. BRANCO: *Curso de Direito Constitucional* (7.ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- MORENO CATENA, V. & V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (2017): *Derecho Procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORGENSON, G. & L. STORY (2011): “In Financial Crisis, No Prosecutions of Top Figures”. *New York Times*, 14 de abril de 2011. *En línea*:  
<https://www.nytimes.com/2011/04/14/business/14prosecute.html?mtrref=www.google.com&gwh=1EE087F88612235F2C8EBA27EA162F26&gwt=pay>.
- MUÑOZ CONDE, F. & M. GARCÍA ARÁN (2010): *Derecho Penal: parte general* (8.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- NASAR, J. A. (2017): "In Defence of Deferred Prosecution Agreements". *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 11, n.º 2.
- NEIRA PENA, A. M. (2014): "Corporate Criminal Liability: Tool or Obstacle to Prosecution?". En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- NEIRA PENA, A. M. (2017): *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEIRA PENA, A. M. (2018): *La defensa penal de la persona jurídica: representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*. Cizur Menor: Aranzadi.
- NIETO GARCÍA, A. (2018): *Derecho Administrativo sancionador* (5.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- NIETO MARTÍN, A. (2015): "Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial". En: JUANES PECES, A. (dir.): *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Madrid: Francis Lefebvre.
- NIETO MARTÍN, A. (2018): "Derecho penal económico y de la empresa europeo e internacional". En: DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. & A. NIETO MARTÍN: *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson.
- NUCCI, G. DE S. (2016): *Manual de Direito Penal* (12.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- ORSI, O. G. (2017): "Corrupción: aportes metodológicos a la investigación y prueba de casos complejos". En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (coords.): *Corrupción y desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAKES, F. (2019): *Comparative Criminal Justice* (4.ª ed.). London: Routledge.
- PAULSEN, E. (2007): "Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements". *New York Law Review*, vol. 82.
- PELZ, C., KUTZNER, L. & M. SCHORN (2019): "Bribery & Corruption 2019 Germany". *Global Legal Insights*. En línea: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/germany>.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. (2014): "El proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A, FERREIRO BAAMONDE, X-X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. & J. L. SEOANE SPIEGELBERG (aut.): *Derecho procesal penal* (libro electrónico). Pamplona: Aranzadi.
- PÉREZ GIL, J. (2017): "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.

- PICKERING, S. & J. MCCULLOCH (eds.) (2012): *Borders and Crime: Pre-crime, Mobility and Serious Harm in an age of globalization*. London: Palgrave-Macmillan.
- PIETH, M. & R. IVORY (2011): "Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview". En: PIETH, M. & R. IVORY (eds.): *Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer.
- PISANO, R. (2019): "Bribery & Corruption 2019 Italy". *Global Legal Insights* (<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/italy>).
- PODGOR, E. S. & J. F. COOPER (2009): *Overview of U.S. Law*. New Providence: LexisNexis.
- PODGOR, E. S. (2018): "White collar shortcuts". *University of Illinois Law Review*, vol. 2018, n.º 3.
- PODGOR, E. S., HENNING, P. J., ISRAEL, J. H. & N. J. KING (2018): *White collar crime* (2.ª ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
- POWELL, S. (2014): *Licensed to Lie*. Dallas: Brown Books.
- RAKOFF, J. S. (2014): "The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?". *New York Review of Books*, 9 de enero.
- REDLICH, A. D. & R. V. SHTEYNBERG (2016): "To Plead or Not to Plead: A Comparison of Juvenile and Adult True and False Plea Decisions". *Law and Human Behavior*, vol. 40.
- REILLY, P. (2019): "Sweetheart Deals, Deferred Prosecution, and Making a Mockery of the Criminal Justice System: U.S. Corporate DPAs Rejected on Many Fronts". *Arizona State Law Journal*, vol. 50.
- RIBEIRO, M. DE A. (2017): *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum.
- RICH, F. (2011): "Obama's Original Sin". *New York Magazine*, 3 de Julio de 2011. En línea: <http://nymag.com/news/frank-rich/obama-economy/presidents-failure>.
- ROBINSON QC, V., DEMING, S. H & T. K. BUTLER (2013): *The FCPA and U.K. Bribery Act*. Chicago: American Bar Association.
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R. (2017): "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, V. Y. (2017): "Las personas jurídicas y su defensa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Derecho em acción*. En línea: <http://derechoenaccion.cide.edu/las-personas-juridicas-y-su-defensa-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/> (fecha de publicación: 22 de febrero de 2017).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (2004): "¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho". En RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (coords.): *La*

- corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Ratio Legis.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & M. FERNÁNDEZ PRADO (2019): “Derecho Penal económico y cooperación jurídica internacional”. En: CAMACHO VIZCAÍNO, A. (dir.): *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & R. MACHADO DE SOUZA (2019): “El ‘acuerdo de lenidad’ como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir actos de corrupción en Brasil”. En: RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. & F. RODRÍGUEZ-LÓPEZ (eds.): *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997a): *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997b): *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2001): “La modernización del enjuiciamiento de las bagatelas penales en Brasil”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.º 1.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2012): “Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España”. En: NEIRA PENA, A, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & X. FERREIRO BAAMONDE (coord.): *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. A Coruña: Universidad da Coruña.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2015): “La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español”. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, vol. 113.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2016): “Uso y abuso del principio de oportunidad en el proceso penal del siglo XXI”. En: PÉREZ CEPEDA, A. I. (coord.): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2017): “Presente y futuro de la mediación penal”. En: RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROSE-ACKERMAN, S. & B. J. PALIFKA (2016): *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform* (2.<sup>a</sup> ed.). New York: Cambridge University Press.
- ROXIN, C. & B. SCHÜNEMANN (2019): *Derecho Procesal penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- SANTOS, J. A. A., BERTONCINI, M. & U. COSTÓDIO FILHO (2015): *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção* (2.<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.



- SAURA ALBERDI, B. (2017): “Diseño e implementación del plan de prevención de delitos en la empresa”. En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. & A. M. NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SCANDELARI, G. B. (2017): “Instâncias administrativa e penal: a independência na teoria e na prática dos crimes tributários”. En: GUARAGNI, F. A. & M. BACH: *Direito Penal Económico: administrativização do Direito Penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth.
- SCHOENBAUM, T. J. (2016): *The Law and Legal System of the United States*. St. Paul: West Academic Publishing.
- SCHÜNEMANN, B. (2002): “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”. En: SCHÜNEMANN, B.: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- SCHÜNEMANN, B. (2002): *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- SCHÜNEMANN, B. (2004): *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido.
- SENKO, M. (2009): “Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 19.
- SIMÃO V. M. & M. P. VIANNA (2017): *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan.
- SLOBOGIN, C. (2011): “Citizens United and Corporate Human Crime”. *Stetson Law Review*, vol 41.
- SPAGNOLO, G. (2008): “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”. En: BUCCIROSSI, P.: *Handbook of antitrust ecomics*. Cambridge: The MIT Press.
- STRADER, J. K. (2011): *Understanding White Collar Crime* (3 ed). New Providence: LexisNexis.
- TARUFFO, M. (2013): *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México D.F.: 20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.
- TASLITZ, A. E. (2009): “Overview of U.S. Law: Criminal Justice”. En: PODGOR, E. S. & J. F. COOPER (dir.): *Overview of U.S. Law*. Newark: LexisNexis.
- TOJAL, S. B. DE B. & I. S. TAMASAUSKAS (2018): “A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto”. En: DE ASSIS MOURA, M. T. & BOTTINI, P. C.: *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TOJAL, S. B. de B. (2014): “Interpretação do art. 30 da lei 12.846/2013”. *Revista dos Tribunais*, vol. 947.

- VERRYDT, L. (2014): “Corporate Involvement in International Crimes: An Analysis of the Hypothetical Extension of the International Criminal Court’s Mandate to Include Legal Persons”. En: BRODOWSKI, D., DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, M. E., TIEDEMANN, K. & J. VOGEL: *Regulating Corporate Criminal Liability*. New York: Springer.
- VOGLER, R. (2005): *A World View of Criminal Justice*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited.
- VORONOFF, A. (2019): *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum.
- YIN, T. (1995): “Not a rotten carrot: using charges dismissed pursuant to a plea agreement in sentencing under the federal guidelines”. *California Law Review*, vol. 83.
- ZAGARIS, B. (2015): *International White Collar Crimes* (2.<sup>a</sup> ed.). New York: Cambridge.
- ZENKNER, M. (2019): *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum.
- ZIERD, C. & E. S. PODGOR (2007/2008): “Corporate Deferred Prosecutions through the Looking Glass of Contract Policing”. *Kentucky Law Journal*, vol. 96.

**ANEXO I. DOCUMENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA  
MENCIÓN DE “DOCTORADO INTERNACIONAL”**



## **ABSTRACT**

Corruption, more than an offense provided for in the Criminal Codes, is a complex phenomenon. Its practice involves the participation of various individuals and legal entities and the commission of multiple behaviors, generally related to deviations and abuses of entrusted power. Therefore, both at the international and national levels in various countries there are initiatives to implement systems and tools that provide a more effective and speedy fight against people involved in cases of corruption.

The "leniency agreement", implemented in Brazil through Law 12,846/2013, provides for the cooperation of legal entities with the Administration. It is a sort of plea bargaining mechanism designed to increase the fight against corruption as it requires the legal entities involved in these cases to present information and evidence in exchange for a reduction of their sanctions. In this sense, the agreement leads to a "cooperation" that will ultimately impose restrictions to fundamental rights.

That being said, this doctoral *thesis* carries out an analysis of that mechanism, considering its origins in International Law and the influence of the United States common law legal system in the development of plea bargaining. In addition, it presents a critical evaluation of the leniency agreement and its relationship to criminal procedural rights and guarantees. The same rights and guarantees that limit the State's action in imposing restrictions on fundamental rights. However, these rights were traditionally developed within criminal proceedings and not in the process of negotiating plea agreements. The final goal of this research is to try to present the necessary adjustments needed in the Brazilian legal framework, in order to translate plea bargained justice into a mechanism that increases the efficiency and speed with which corruption is fought. All that without violating the Rule of Law and the limits of the State's power to impose liability.

## **KEYWORDS**

Leniency agreements. Cooperation. Procedural rights and guarantees. Corruption. Legal entities.



## INTRODUCTION

To study any topic is a challenge, even more so when the result of this work is to present a “thesis”, which also presupposes finding questions and some answers based on research and learning. In this case, to follow the advice of parents that one has to work on what one likes, it would be important to find a topic that, in addition to allowing theoretical research, is related to the researcher’s professional practice and the difficulties he have found in his life. Also, that the topic, and especially the questions that are made, allows him to develop answers and plans for the future, in the recognition that he would be a better professional than he was before.

In our case, finding the initial question from the beginning was very simple: the subject to be investigated would have to be related to corruption. However, from there, everything else turns out as layers of complexity: what part of corruption to study: its causes, its consequences ...? How to fight it: from the education of children, from the participation of citizenship, from what international organizations prescribe? All are valid, important and necessary topics in any geographical area that we can refer to in our study. Because of that, the role of the teacher who says to the student "you need to fall in love with the topic" provides a lesson: it is necessary to understand what one wants and to decide what will be studied. In addition, it is necessary to bear in mind at all times that there are no simple answers for complex questions.

In 2013, taking into consideration both the implementation of international obligations and citizen unrest, a statute popularly known as the “Anti-Corruption Act” was approved in Brazil. Little by little, we started working with its main institutions, concentrating all our dedication, starting in mid-2015, on a specific tool: the so-called “leniency agreement”. Thus, the seed that has given rise to this investigation on bargained justice and the cooperation of legal entities in the investigation of corruption arose.

As we will have the opportunity to present, it is a current issue and, at the same time, a challenge for countries, both because of their legal traditions and because of the practical aspects that surround it. With our study we do not intend to *solve* corruption nor to establish a single vision for all the challenges of bargained justice and the liability of legal entities. We intend, however, to shine some light on alternative ways to use legal instruments in a safe, effective and systematic way, taking into consideration the importance of *intent* and defense rights to ultimately find equality and justice.

With this approach, we begin from the fight against corruption —and against crimes— and the need to impose liability to those who are guilty. Now, with a fundamental nuance: this liability can be structured so that the accused is *on the same side* of the public interest, an attitude which can be achieved providing benefits for cooperation. With that, it is possible to guarantee, beyond the conviction for the crimes committed, an increase in the preventive and repressive effect of the statutes applicable to the case. This is where a *type* of bargained justice is situated: it allows criminals to make agreements and, in exchange for a reduction in their sanction they have to accept their sentence and provide information and evidence. Therefore, they demonstrate some "repentance" through their active and effective cooperation with the State's enforcement of the Rule of Law.

In Brazil, the relevance of these issues is actual and of the most current in the last five years: the "Lava Jato Case", considered the largest corruption scandal ever investigated in the world, demonstrates the role that legal entities have in the crimes of corruption and the importance that the cooperation of criminals with investigations have to fight against these crimes. Especially when political elites —and economical and business entities— have participated in the events to be prosecuted. Based on a complex investigation, in which the cooperation of individuals and legal entities —responsible for crimes— was key, administrative and criminal sanctions were imposed (and still are). In addition, assets were recovered and stipulations for damages compensation were made. Many of those investigated are politicians of national relevance from Brazil and other countries. Also are under investigation the largest Brazilian civil construction companies, including some multinationals.

On the one hand, this is the problem: the cooperation of natural and legal persons with the authorities is proven important for the investigation of complex corruption. On the other hand, the problem is not solved: what does this cooperation imply? We are talking about acts of corruption; conduct considered a criminal offense. This means that it falls within the scope of criminal law: it aims to prevent and deter, be clear about the rules and consequences of non-compliance with the law and apply them when necessary. The same Criminal Law that is in crisis: the excessive time needed to deal with a large number of cases justifies the attempt to develop selective tools, including those related to bargained justice. In order to add *speed* and *efficiency* to the criminal system, in countries both of *common law* and *civil law* systems, regardless of the continent in which they are located.

However, when we talk about crime prevention, we are talking about the *ultima ratio*, about rules that are intended to discourage undesirable behaviors and punish those responsible for them. We are talking about a public interest so relevant that justifies a profound limitation of fundamental rights. Meanwhile, when we refer to bargained justice, we are



talking about *non-procedural* —in the traditional sense of the term— solutions. In solutions obtained through agreements between the parties. Modern legal systems would presuppose some incompatibility between these two things: if there is such an important public interest —we are talking about complex corruption and not minor offenses— how to allow discretionary powers to dispose of it?

Although in crisis, if the scheme of Criminal Law (or shall we say, of the sanctioning procedures?) is not denatured, we should achieve a result that generates deterrence and prevention, guaranteeing equal treatment and justice. The liability of legal persons fulfills some of these purposes: imposing sanctions on companies involved in a crime is a way of guaranteeing responsibility for profiting from illegal acts. In this regard, treating it equally and based on their culpability. This poses the first challenge: the need to obtain a fair result through bargained justice.

What can be achieved under the due process standard is to impose liability on the guilty, ensuring guarantees and procedural rights to the defense. But, bargained justice pivots on agreements and concessions — ideally bilateral?— obtained through a prior negotiation. There lies the second challenge: what guarantees and what rights will govern those *conversations* between the prosecution and the defense? There is no complete (or due) process, because the negotiations sought to shorten it as much as possible or even avoid it.

If all this were not enough, we confine ourselves to the scope of the liability of legal entities, which, traditionally, have no will of their own (therefore, can they have culpable intent?). Neither they can suffer restrictions of rights such as freedom. In this sense, even the International Law allows the use of administrative or civil sanctions when providing obligation for countries to impose liability on companies, in accordance with the traditions of the countries' legal systems. In addition, it does so and points out that a balance must be found: it is necessary to guarantee procedural rights while maintaining the dissuasive nature of sanctions.

This is what was done in Brazil: years ago, Federal Law 12,846/2013 was passed providing administrative liability of legal entities for domestic and transborder bribery. And there the third challenge emerges: it is necessary to *enter into agreements* about relevant public interests, *without the formal support* for the exercise of procedural rights and in relation to *administrative liability* of legal entities!

The number of possible strategies to face the study of such a topic, its problems and challenges, is infinite. However, to reach an end, it is necessary to choose some path. In this sense, in order to deepen the knowledge about the cooperation of legal entities in Brazil in cases of corruption, it is necessary to start the investigation with the domestic system. As mentioned, not only of the Criminal legal framework, but also considering the administrative sanctions and its applicability to legal

persons in order to prevent crimes. However, the exclusive study of the subject under the Brazilian system does not seem to be the most adequate —nor sufficient— effort to try to clarify the complex challenge it presents. This work is not intended to be exhaustive about everything related to plea bargaining and agreements, its relationship with the process and with the development of legal systems. Nevertheless, it is necessary to investigate some of its origins, both in Brazil and abroad: the leniency agreement is provided for in the Brazilian legislation, which was designed to face international obligations to fight corruption. Because the fight against corruption is a global issue, norms of International Law were created: countries assumed obligations under several conventions to adopt specific measures to fight it. Some of these measures includes passing statutes, creating specific criminal offenses and empowering special governmental bodies to fight corruption. In the case of Brazil, the main pieces of international law regarding the topic are the United Nations conventions — against corruption and organized crime— and the anti-corruption conventions of the Organization of American States and of the Organization for Economic Cooperation and Development.

Furthermore, the importance of these standards extends to their implementation mechanisms, which evaluate the steps taken by the countries and make recommendations on them. For this reason, it is important to establish relationships between the Brazilian legal system and what these Conventions and International Organizations prescribe, both in relation to the liability of legal entities and in relation to cooperation agreements and the granting of benefits to criminals who cooperate with investigations. In this regard, it is possible to identify good practices and recommendations related to compliance programs, its elements and the systemic incentives for its implementation.

It is important to take into consideration that, although Brazil has obligations under these pieces of international law, they are not the only relevant conventions or obligations in the supranational sphere. The bargained justice comes, at least in part, from outside the country. Due to that, the legal systems of other countries, in their successes and errors, on the one hand, are a relevant comparative source. Which leads to the importance of trying to observe the elements of European systems —and others— and have them as references: their study makes possible to identify the challenges they faced and the steps they took to overcome them.

On the other hand, it is imperative to recognize, among the role of the other countries, the influence of the United States. Its legal framework was key in the development of the conventions that are the basis for the Brazilian legal system, and it has a large tradition of using bargained justice in its *common law* criminal system. The US law of 1977 —Foreign Corrupt Practices Act— was the source of inspiration for the same anti-corruption conventions that set out obligations to Brazil (and how many other

countries?) to adopt the criminalization of transnational bribery —and corporate criminal liability for the same conduct—. Furthermore, in the modern times, it was in this Anglo-Saxon country that the notion of the usefulness of plea bargaining was expanded in order to increase the speed and efficiency to the criminal system.

In addition, it is important to note that bargained justice is not something inherent to *common law* systems. In fact, its use in the form of plea agreements, with reduced sanction or criminal charges, was approved for the first time by the Supreme Court of the United States in 1970. Before that, the precedents —even in England— were explicit about the impossibility of accepting the confession based on promises of advantages (reduction of sanction) or threats (increased penalty) made by the public prosecution. Furthermore, this paradigm shift occurred at a time when the criminal system was struggling with the excess of cases, partly due to the phenomenon of *overcriminalization*, and partly due to recognition —also by the Supreme Court and as an influence of the European continental law systems— of the need to guarantee due process rights in order to impose penalties.

This *same* "system of *pleas*" is applicable to the liability of legal entities. Based on this, and on the needs of the Administration —and the market—, bargained justice tools were developed with different requirements and consequences. Sometimes they require cooperation with the investigations and other times they only require the confession and waiver of trial rights. Sometimes they generate criminal conviction and its accessory consequences and other times they allow the case to end without any criminal record.

The example of other countries with their bargained justice tools generate cases and statistics that allow studies and criticisms. With that it is possible to identify the effects on the resolution of conflicts, considering the ideals of equality and justice that limits the power of the State to impose liability in order to produce the prevention and deterrence of criminal conduct. Mainly in the United States, as a result of its history, the development of its criminal system and its performance in the transnational enforcement of the law to combat corruption.

To try to study and understand all aspects of it all It is an impossible task, or at least is a Herculean one. However, it is necessary to identify its main characteristics in order to establish the essential criticisms, the causes and consequences present on each legal system and the premises that leads to the desired and undesired results. And this is basically done from two points of view. The first: always trying to identify what the legal framework and with which purposes it was developed. The second: seeking to understand if in practice these results are present in practice and if they are, finally, useful and desirable. In this sense, our research plan includes an understanding of the formal and practical premises of some of the other

legal systems connected to the topic, in a standard sufficient to return more pertinently and fully to the initial analysis: the Brazilian legal framework.

Based on all this, what is sought is not to lay the foundations for a comparative study, but rather to allow an analysis of the cooperation agreement of legal entities under Brazilian law for cases of corruption. This includes some concepts: corruption and bribery, cooperation and liability of legal persons. Only considering the origin —let's say exogenous— is it possible to look at Federal Law 12.846/2013 and its “leniency agreement”. That is necessary to analyze its foundations and look at the other cooperation tools of the Brazilian legal system, in an open attempt to present the legal entities’ piece in the *puzzle* that is legal framework for liability —either criminal or non-criminal— for corruption in Brazil.

This is how we proceed because the development of the Brazilian framework has taken place in a context of the transplantation of foreign legal tools, mainly of American origin. Thus, there is no way to decipher this implementation process without understanding a minimum of its origin, purposes, premises and failures, to finally make a comprehensive effort to contrast, and perhaps extract, from this comparison, some useful answer.

The tools that allow the cooperation of criminals in exchange for benefits are a reality and what is intended, in this aspect, is to walk the middle way. Neither deny them nor assume their perfection, but criticize them in order to identify how to implement and use them without the violation —in excess?— of the premises of Criminal Law —or sanctioning law, in this regard— and guaranteeing that they retain some practical utility for preventing crimes. Thus, with these guidelines the result of our research has been planned in four parts.

In the first place, it is intended to present the relevance of the cooperation of legal entities in Brazil in cases of corruption, which is exemplified by the “Lava Jato” and Odebrecht Cases. Beyond that, this issue serves to demonstrate how intricate the Brazilian system is, with *overlapping* laws and provisions for liability of similar nature with some distinct traces, applicable to individuals and legal entities. It is also possible to perceive, in this relevant case, the importance of the cooperation of criminals in the fight against corruption of political elites. The same sort of corruption that has the greatest impact and relevance due to its great potential to generate harmful consequences for the society and the public interest, not only in Brazil but including in other countries.

After presenting the practical challenge, we move to the second part to present what would be the bases to carry out the cooperation of legal entities. For this it is essential, at first, to find in International Law and in the legal framework of other countries. Specially the pieces that served as the bases for the Brazilian Law 12.846/2013: its inspiration and its purpose. We do this from an analysis of the international conventions related to the topic, other documents of international organizations and also considering

the reflection of these norms in the legal system of other countries. That leads to the conclusion that Brazil is not alone in this challenge.

This approach results that a relevant part of the research was made regarding the United States, as it emerges as the main source for the International Law available in this matter. This allows to look for institutions and actors to present a history of development of the plea bargaining of legal entities in cases of crimes. With that it is possible to understand its foundations and its purpose of assigning *said* speed and efficiency in the solution of many cases. Added to this is the identification of the problems of the —excessive?— use of plea agreements in the United States criminal system. This excessive use occurs both in its general application and in its specific use for legal entities, causing tensions and distortions, finally, in the very notion of Criminal Justice in its *double* purposes to create prevention and deterrence.

This paradigm is evaluated, in the third part, from the notion of the criminal system to fight the commission of crimes, considering the need to impose liability on the guilty, guaranteeing the rights of the innocent, without leaving behind the importance of the production of evidence and the establishment of the factual circumstances of the case. This analysis is compared with administrative sanctioning law, considering both its traditional and special use in Brazil: to impose legal consequences for behaviors classified as crimes, such as bribery and influence peddling.

That allows to identify the *principles* that function as relevant defense rights and guarantees on the criminal procedure —and, consequently, Brazilian administrative procedure?—, its applicability to legal entities as guarantees also of the achievement of the underlying values of the very conception of state power to impose sanctions, as the *ultima ratio*. Always considering that these sanctions represent true restrictions to fundamental rights. Thus, it is possible to propose, with some interpretive effort and of comparison between the countries' legal framework, how the procedural guarantees should have a role in negotiating cooperation agreements. And not because these are carried out within the scope of a procedure —in the *judicial* and *formal* conception—, but because they mean, in the end, the exercise of powers that impose restrictions of rights based on the *search* for justice and equality.

Finally, in the fourth part, the framework for cooperation of legal entities of Law 12.846/2013 is analyzed considering the factual and formal premises developed. This is done contrasting the statute as part of the Brazilian anti-corruption system itself, taking into account the other pieces of legislation, its challenges and difficulties. An analysis is also presented to the outside, considering what is deduced from the very origin and purpose of the tools adopted, their advantages and disadvantages. This exercise allows to conclude with the certainty that bargained justice is neither the

only answer nor is it a *magic remedy* that is propagated for the crisis of the justice system, although it is a viable alternative.

## CONCLUSIONS

### **FIRST**

The approval of the Clean Company Act (Law 12.846/2013) has added two important axes to the Brazilian legal system in the fight against corruption: (i) the liability of legal entities for these actions, which already existed in a limited way in cases in which there is a contract with the Administration or as a consequence of the liability for *administrative improbity* of an official; and (ii) the possibility to cooperate with the investigations, helping the authorities to increase the prevention and deterrence effect of the law, through the use of the leniency agreement.

These changes have a component of external origin: they serve to comply with obligations of International Law and are inspired by tools originating from other countries, especially the United States. With this, they can be seen as an attempt to transplant to the Brazilian legal framework an instrument considered a *solution* for the fight against corruption, by adding —allegedly— speed and efficiency to the criminal system. For this reason, their *copy* presents a variety of risks: they are instruments originally developed in other legal systems, with other premises, under other cause-consequence relationships and based in other economic and social realities. This leads to the need to make adjustments especially considering (i) the characteristics of the Brazilian system and (ii) the undesirable results that they generate in the criminal system where they originated.

### **SECOND**

It is important to remember how the US Supreme Court in 1970 considered valid, for the first time and against its own case law, the confession of defendants based on a promise of advantage or threat, definitively paving the way for the use of plea bargaining in criminal cases. This change was based on pragmatism: the courts were crammed with cases, which can be explained by the phenomenon of *overcriminalization* and by *due process revolution*, the latter generated under the influence of the European legal systems. This history shows that plea bargaining in the United States has its origin in trying to avoid the complete development of the criminal procedure with the rights and guarantees inherent to it. It is a reflection of the prevalence of the culture of economic liberalism, in which interests are also negotiable in the field of criminal justice, demonstrating that *time is money*, including in the seek for justice and equality. In this sense, even in current times, although the United States is a country globally

known for the efficiency of its criminal system, it is also known for having the highest percentage of incarcerated inhabitants in the world and for the existence of an excessive number of crimes (*overcriminalization*), which allows us to conclude that plea bargaining has never solved the causes of the excess of criminal cases in the courts.

### **THIRD**

The plea-bargaining system of the United States may be the main factor in allowing that country's criminal system not to collapse. This includes agreements made with legal entities —generally as plea agreements, non-prosecution agreements and deferred prosecution agreements— which make it possible to resolve liability for crimes through the payment of fines and the return of benefits and profits obtained with the criminal conduct.

It is important to consider that, for a long time, the Department of Justice has issued guides and manuals indicating that cooperation with companies must generate the charging and conviction of the natural persons involved in the crimes. However, the —partial— data available shows that there is no relevant difference in the conviction of individuals when comparing the situations of liability of legal persons concluded after criminal proceedings versus those concluded with agreements. For this reason, it is possible to observe that the perspective of *pragmatism* also has an important role in the liability of legal entities in regards to plea bargaining: companies are, on various occasions, used as a scapegoat; they make payments of high fines and this does not seem to lead to an increase in the ability to prevent and deter crimes through the increase in the number of conviction of individuals.

### **FOURTH**

This *time is money* perspective puts countries that try to adopt plea bargaining tools in a situation of tension, because one of the main characteristics of the development of modern criminal justice has been the limitation of the powers of the State to impose restrictions on fundamental rights. This is achieved through the recognition of defense and procedural rights. Thus, it is necessary to choose —also in Brazil— if this type of *solution* to the crisis of the criminal system is compatible with the very notion of justice based on the due process rights. This is one of the criticisms of the American criminal system: it leads, sometimes, to the —false— confession of innocent people. This tension between adding pragmatism to obtain more results and the traditions of the legal system demands a deep reflection to identify (i) the tools of plea bargaining that are compatible with the basic notions of a system of due process rights, (ii) the limits of acceptance of this *pragmatism* and what would be the (iii) standards of rights necessary and possible in plea bargaining. Not doing this will likely generate *authoritarian* outcomes, in view of what is happening in the



United States, in which the Supreme Court maintains procedural guarantees, but, in reality, more than ninety percent of criminal cases are solved through the plea bargaining and guilty pleas.

#### **FIFTH**

Once the use of plea bargaining in the criminal system has been chosen —especially for the most serious crimes— the changes necessary to preserve the integrity of the defense rights will represent a true innovation in the standard of criminal procedure and in its inherent rights and guarantees. This will happen because the agreements will not necessarily take place within the scope of a criminal procedure. Negotiating and agreeing actually means accepting the mutual conditions and, in the case of the person under investigation, accepting guilt —or at least not opposing to the accusation— and the sanctions related to it. In these terms, the defense rights, traditionally exercised in the course of the judicial due process, must be exercised —to a minimum degree— in another medium: in an administrative procedure. Both the negotiations and the agreements must happen under guarantees and rights traditionally developed within the criminal procedure. In addition to implying a theoretical challenge, this entails a practical implication: there will be no procedure in the traditional sense of the term. Furthermore, between the two negotiating parties, who will be responsible for ensuring that the essential rights of the party who cooperates are preserved? Although the Administration itself (or the Prosecutor's Office, especially, according to the legal framework) can do so, how to guarantee a minimum of impartiality for someone that can also be considered a party with its own interests to fight for in the negotiation? This led several countries to create a special procedure to evaluate and create uniformity to the cooperation of *criminals* with the authorities.

#### **SIXTH**

The rights applicable to criminal defense must represent limits to the State's power to impose sanctions also through negotiation, even if there are no traditional procedures in these cases. This is because the defense rights and guarantees express the values used to identify whether the administration of justice was carried out preserving the purposes of the criminal legal system: to prevent and deter, considering the liability of the guilty while guaranteeing the rights of the innocents. All this leads to an idea of due process, in the context of plea bargaining, based on notions of contradiction, limited discretion (or legality) and equality before the law, among other rights. If this is not done, it is possible that the transplant of the mechanism will face the same criticisms of the U.S. criminal system: the imbalance of forces between the authority and the person who cooperates with the investigations, the punitive excess of the agreements and, mainly, the risk of —false— confession of innocents.

### **SEVENTH**

The *principle* —or the limit— that seems to provide the greatest guarantee that plea bargaining does not totally deviate from the purposes of Criminal Law is the search for the factual elements of the case (or the *procedural truth*). Through the identification of the minimum factual elements, it will be possible to identify a standard of culpable intent — although not definitive— that creates certainty in accepting the imposition of legal consequences through the plea agreement. In other words, the presence of factual elements leads to the solution that does not frontally infringe the due procedural rights: it creates barriers to the possible confession of innocents and in it prevents excessive conditions for whoever cooperates and pleads guilty. However, *to find* the factual elements of the truth implies costs, the use of investigative resources and the opportunity for the other *party* to come forward and present their own version of the facts, the information they have and even present evidence. For this reason, it is necessary to consider a minimum standard of factual elements —and not a definitive one, or proof beyond the reasonable doubt—. In addition, this search of the *factual elements* as a minimum standard of the negotiation increases the need to have instances of supervision of the agreements: it is necessary to have an external authority that evaluates, other than the negotiator and the criminal that cooperates, in order to reduce the risks of abuse of authority.

### **EIGHTH**

To guarantee supervision and to the exercise of standards of due procedural rights it is necessary to have an actual *procedure* with all the documents and decisions regarding the case. In these terms, the negotiation demands a procedure that guarantees the records of the meetings, the information and the evidence provided by the cooperator, and also some records of conditions and clauses agreed upon. This actual *procedure* of the negotiation will also be the base to exercise control and supervision of the use of the plea bargaining, either by the definitive approval —as happens in Brazil in the case of the federal *leniency agreement*, approved by the highest authority of the CGU and AGU— or by the external authority, such as in the cases that the agreement is approved by the courts. It is expected that this *procedure* will be more formal than an ordinary *administrative procedure*, but it will be less formal than the *traditional* criminal procedure. In addition, it may not be so complex up to the point of transfiguring the cooperation agreement and preventing it from fulfilling its usefulness: adding speed and efficiency in the resolution of the case. At the same time, it will be key to exercising supervision of the presence of minimum factual evidence and due procedural rights.

***NINTH***

Assigning rights and procedural guarantees that were developed within the criminal procedure to plea bargaining must also occur in situations where non-criminal liability for the commission of crimes, especially serious crimes, is made using *administrative* sanctions. This entails the need for the minimum *procedure* that guarantees standards of defense rights and production of factual evidence also in the cooperation of legal entities under administrative liability, as happens in Brazil. That happens because, on the one hand, non-criminal liability becomes necessary for legal entities due to the difficulty of applying to them—at least in some *civil law* systems—criminal sanctions. On the other hand, because the Conventions of the United Nations and the OECD themselves provide for the possibility of using non-criminal liability for corporations, as long as their standards of procedural rights is guaranteed, and the country implements dissuasive, proportionate and effective monetary sanctions. The use of administrative sanctions must be considered a *special authorization* based on problems related to the traditions of legal systems: the administrative law is not used because the criminal conduct was less harmful; quite the contrary, it is used in an exceptional way because countries must use their best efforts to curb cases of corruption—public and private—.

***TENTH***

Assigning rights and guarantees to administrative liability for the commission of conduct considered crimes is necessary to prevent plea bargaining—or this type of *exceptional administrative liability*—from generating a largely unfair result. Although Criminal Law is the *ultima ratio* and Administrative Law is developed based on less rigid standards of evidence and intent, the administrative liability of legal entities for cases of corruption has foundations that tear apart the rules and systems that controls due process rights and the powers of the State. On the one hand, the same sanctions that may be applicable through a criminal conviction can be imposed on legal entities through an administrative *procedure*: fines, business closure, suspension of rights and revocation of subsidies, among others. On the other hand, the description of the *same* criminal conduct as administrative *irregularity* does not express a decision to consider the harmful potential of the conduct reduced; *v. gr.*, the Brazilian Clean Company Act, which provides for the administrative liability of legal entities for cases of *corruption*. However, this creates a distinction between—ordinary—sanctions of an administrative nature and a *special* sort of Administrative Law and administrative sanctions, which functions with close proximity to Criminal Law, representing a sort of the *ultima ratio* before the *ultima de la ultima ratio*, because both have the purpose of preventing and deterring criminal conduct.

### ***ELEVENTH***

The Brazilian legal framework, as a consequence of the way it was developed —or due to the its lack of planning— has overlapping of institutional jurisdiction in the fight against corruption. There is more than one applicable statute and there is more than one institution with jurisdiction to investigate or to sue using criminal, administrative, and civil procedures. In relation to the liability of legal entities, although there is no criminal but administrative liability for the commission of corruption, there is also overlapping of institutions with jurisdiction, as well as an apparent overlapping of statutes and procedures. However, while at first this may seem like a disadvantage, the jurisdiction of more than one institution implies a multiple system: different officials and authorities will work on the same case, evaluating the cooperation, the information and the evidence produced by the cooperating person. This will generate —in their respective scopes— several analysis and reports on the utility of the cooperation for the investigations and the public interest. In this way, the fight against corruption, according to the legal framework and its current interpretations, becomes a multi-institutional effort. At the federal level, federal auditors, public attorneys and federal prosecutors act as negotiators on behalf of the State. This scenario generates multidisciplinary analysis of the cases and allows efforts to be endeavored to find the most appropriate solution based on the various perspectives of the public interest: among others, prevention, deterrence and compensation for damages.

### ***TWELFTH***

This system, which requires the actions of multiple institutions, will generate a variety of documents and *procedures* for reaching the cooperation agreements. This creates control possibilities. On the one hand, more than one person participating representing its institution will lead to a horizontal control: an official or authority acting within the scope of the leniency agreement will have to value the opinion of the others who act in the same case. In addition, decisions may also be adopted jointly or, at least, after debate, so that the decision-making power will not be concentrated. On the other hand, multiplicity will also create more accountability: the eventual lack of convergence of the decisions of each institution may increase the scrutiny of society and the media. Likewise, the existence of multiple institutions will also be an obstacle for those persons —individually or organized— who try to co-opt the State's representatives: in practice, it will not be enough to co-opt *one* prosecutor, or *one* auditor or *one* authority to obtain a change in the outcome of the case.

### ***THIRTEENTH***

The overlapping of institutions generates various practical problems to negotiate and reach an agreement with the legal entities that are going to

cooperate, especially the need for inter-institutional collaboration. This occurs because in Brazil, in relation to the liability of legal entities for cases of corruption, there is no division on the role of the institutions with jurisdiction. In this sense, for example, there is no rule assigning the investigation of the conduct to one institution and the audit of the damages to another. In practice, what we find is a true concurrent —and overlapped— jurisdiction, in such a way that both in the Administrative *Improbability Act* and in the Clean Company Act have provisions so that more than one institution has to act in the same matter. In contrast, in the United States, for example, according to the Foreign Corrupt Practices Act, more than one institution has jurisdiction to participate, but within different scopes. The FBI has authority to investigate the commission of crimes, the DOJ to prosecute and the SEC for all matters of civil nature. This generates the need, in the Brazilian legal framework, that the solution of the case through a cooperation agreement occurs under a high degree of collaboration between the institutions. Which is aggravated by the fact that each institution is under different rules regarding internal external approval procedures of the agreements. This makes necessary to consider each approval procedure: in the case of the CGU and the AGU, their respective top leaders; and in the case of the Federal Prosecutor's Office, its respective internal approval chamber and the court with jurisdiction for the matter.

#### **FOURTEENTH**

This need for collaboration between the officials and authorities of the institutions with jurisdiction for negotiating leniency agreements is not regulated in manner that guarantees a uniform result in the cases. Although there are protocols between the CGU and the AGU, and a *technical cooperation protocol* between other federal institutions —such as the Federal Court of Accounts— the absence of a regulation with the Federal Prosecutor's Office and with the authorities at the state and municipal level creates important levels of uncertainty and lack of predictability about the outcomes of cooperating with only *some* of the institutions. This makes the legal entity that agreed to cooperate to, after signing the agreement with one or more institutions, obtain the favorable opinion of all institutions with some jurisdiction to act; or to negotiate with all the institutions *at the same time*. This *collective* negotiation has been called *balcão único para colaboração*, that is, a single window to negotiate with the State. This absence of a complete and unified procedure and the need for collaboration between institutions becomes a real *disincentive* for cooperation with the authorities. The risks that legal entities face when cooperating with *one* or *some* institutions are significant, because a "partial" agreement does not prevent the other institutions from taking action towards imposing liability on the corporation; and so are the costs of waiting for cooperation between all institutions.

### **FIFTEENTH**

A solution to overcome these difficulties inherent to institutional overlapping jurisdiction and the need for collaboration between many institutions is to consider that the double imposition of liability of the same nature, for the same facts, on the same people and to preserve the same public interests, is inappropriate due to the principle of *non bis in idem* and the limit it presents for the sanctioning activity of the State. In this way, considering the liability of legal entities for cases of corruption, only the Clean Company Law should be applicable to the events that occurred after its entry into force. The Law 12.846 / 2013 is special and more recent than the Administrative *Improbability* Act and other normative instruments. The argument that the laws themselves provide for the application of their rules regardless of the imposition of other liability should not prevail. What remains is the independence of the spheres of sanctioning if—and only if—their application does not violate the principle of *non bis in idem*. Even in the cases where there is no express provision for revocation of the other provisions of the law. The exception would be the concomitant application of the laws related to public contracting and bidding: there is a *special* contractual relationship with the State, there is a special clause in the statute mentioning that both liabilities apply, and there is no overlapping conduct.

### **SIXTEENTH**

It is necessary to adopt harmonize the provisions of the Clean Company Act that provide an administrative procedure for liability of the legal entities that may cooperate, a judicial process to impose more sanctions and a leniency agreement. In this sense, to prevent that the Public Administration acts in what would be deemed *double personality*, the judicial procedure for imposing additional liability must be used as a consequence to further sanction the corporations. Only in the cases whether it is necessary, as a complement of the administrative sanctions or, exceptionally and in accordance with the statute, in the case of the failure of the administrative authority to investigate and impose liability. In this way and considering the same legal entities and the same facts, the leniency agreement must prevent the use of the administrative procedure—as explicitly mentioned in the statute— or the judicial procedure.

This approach should not be considered a conflict of jurisdiction with the Prosecutor's Office. In accordance with the statute, the decision regarding the commission of the harmful act and the current action that must be taken (negotiating an agreement, starting an administrative procedure ...) is originally assigned to the Administration with jurisdiction over the case. Therefore, the jurisdiction assigned to the Prosecutor's Office must be interpreted as a consequence of the decision of the Administration to impose liability or its failure to exercise the means to it. In cases of

deviation of the Administration, for example, through the illegal use of a cooperation agreement, the appropriate course of action will be to hold the authority accountable for its fraud or fault.

***SEVENTEENTH***

It is important to note that the leniency agreement, in accordance with Law 12.846/2013 and its decree, sets out the incentives to cooperate into layers. These layers include measures beyond the implementation of compliance programs: the agreements require cooperation with investigations. The fines, among other factors, are reduced due to self-reporting. This serves as an incentive for companies to adopt changes in corporate culture. In this sense, these incentives are broader than the ones from other legal frameworks, that focus only on the implementation of compliance programs and guarantee broad advantages for the legal entity even if there is no cooperation with the investigations and no voluntary self-reporting. In this way, the Brazilian system enables stratified incentives for the companies to cooperate according to its effective performance in the fight against corruption. However, there is no provision of total exemption from liability, even if the legal entity adopts the most profound change in its corporate culture. In this sense, there will be the application of a fine even in the cases of an illicit performed by a rogue employee. In addition, requiring voluntary self-reporting —especially in this context of inexistence of exemption— seems like a relevant violation of the presumption of innocence and the rights against self-incrimination.





## RESUMO

A corrupção, mais do que um “tipo” previsto nos códigos penais, é um fenômeno complexo: sua prática se dá com a participação de diversas pessoas físicas e jurídicas, pelo cometimento de múltiplas condutas, geralmente relacionadas a desvios e abusos de poder. Por isso, tanto a nível internacional quanto nacional existem iniciativas para criar sistemas e ferramentas que permitam um combate mais eficaz e rápido aos casos de corrupção.

O “acordo de leniência”, introduzido no Brasil por meio da Lei 12.846/2013 e que prevê a colaboração de pessoas jurídicas com a Administração, é uma ferramenta de justiça negociada que visa ampliar o combate à corrupção, estabelecendo os requisitos para que as pessoas jurídicas envolvidas nestes processos apresentem informações e provas em troca da redução em sua responsabilidade. Nesse sentido, se traduz em uma “colaboração” que acabará por gerar limitações em direitos fundamentais.

Esta tese de doutorado realiza uma análise da referida ferramenta, considerando sua origem relacionada ao Direito Internacional e a importante influência do direito de *common law* dos Estados Unidos nos mecanismos de justiça penal negociada. Além disso, apresenta uma análise crítica da colaboração das pessoas jurídicas, sua relação com os direitos e garantias que limitam a ação do Estado na imposição de restrições aos direitos fundamentais, e que são tradicionalmente desenvolvidos no âmbito do processo penal, e não na dinâmica de negociação e colaboração. Tudo isto para com o objetivo de extrair interpretações e ajustes necessários ao sistema brasileiro, para que esta modalidade de justiça negociada se traduza em um mecanismo que aumente a eficiência e a rapidez com que se combate a corrupção, sem que resulte em uma violação grave do Estado de Direito e dos limites do poder sancionatório da Administração.

## PALAVRAS CHAVE

Acordos de leniência. Colaboração. Direitos e garantias. Corrupção. Pessoas jurídicas.



## INTRODUÇÃO

Propor-se a estudar qualquer tema é um desafio, ainda mais quando o resultado é a apresentação de uma “tese”, que pressupõe também identificar algumas perguntas e algumas respostas a partir de pesquisa e aprendizagem. Neste caso, para seguir o conselho dos pais, de que é importante trabalhar com o que se gosta, seria importante encontrar um tema que, além de permitir uma pesquisa teórica, estivesse relacionado com a experiência prática do pesquisador e as dificuldades encontradas em sua vida profissional. Ademais, é importante que o tema, e em especial as perguntas que faz, permitam-lhe desenvolver respostas e planos para o futuro, que ao final o auxiliem a se reconhecer um profissional melhor do que era no início da tarefa.

No nosso caso, foi simples encontrar de plano uma questão inicial: o tema a ser pesquisado tinha que estar relacionado com corrupção. Entretanto, a partir dessa definição, todo o resto era complexo: qual parte da corrupção estudar: suas causas, consequências...? Como lutar contra ela: a partir da educação infantil, da participação social, ou considerando o que dizem os organismos internacionais? Todos esses temas são válidos, importantes e necessários em qualquer âmbito geográfico ao qual possamos referir o nosso estudo. Neste momento, o papel do mestre que diz ao aluno “é preciso se apaixonar pelo tema” é uma lição: é necessário identificar o que se quer e delimitar, definir o que irá ser estudado. Além disso, é necessário considerar que não encontraremos respostas simples para perguntas complexas.

Em 2013, considerando tanto obrigações internacionais como protestos que tomaram as ruas, foi aprovada no Brasil uma norma conhecida popularmente como “Lei Anticorrupção”. Pouco a pouco fomos nos ocupando de seus institutos fundamentais, concentrando toda nossa dedicação, a partir de meados de 2015, em uma ferramenta específica que prevê, o denominado “acordo de leniência”. Assim surgiu a semente que gerou esta pesquisa sobre justiça negociada e a colaboração de pessoas jurídicas em casos de corrupção.

Conforme teremos oportunidade de expor, é um tema atual e que, ao mesmo tempo, traduz-se como um desafio para os países, tanto por causa de suas tradições jurídicas quanto pelos aspectos práticos a ele relacionados. Com nosso estudo não pretendemos nem *resolver* a corrupção nem fixar uma visão monocular que permita esclarecer todos os desafios da justiça negociada e da responsabilidade das pessoas jurídicas.

Pretendemos, não obstante, lançar algumas luzes sobre as alternativas para que se utilize os instrumentos jurídicos de maneira segura, eficaz e sistêmica, em uma busca por igualdade e justiça fundamentada em noções de culpabilidade e de direitos de defesa dos acusados.

Partiremos para a luta contra a corrupção —e contra os delitos— e para fixação de responsabilidade aos culpados a partir desse enfoque. Ainda assim, com uma nuance fundamental: a responsabilização pode ser estruturada para que o acusado esteja *do mesmo lado* que o interesse público, o que será estimulado a partir de assegurar-lhe benefícios para que, além de aceitar sua responsabilidade e auxiliar na responsabilização dos outros participantes, seja assegurado um incremento no efeito preventivo e repressivo das normas aplicáveis. Por isso se trata de uma modalidade de *justiça negociada*, ao permitir que os “delinquentes” realizem acordos e, em troca de uma redução em sua sanção, aceitem sua responsabilidade, entreguem informações e juntem provas disponíveis. Nesse sentido, demonstram um “arrependimento” através de sua colaboração ativa e eficaz com as fontes institucionais de um Estado de Direito.

No Brasil, a relevância dessas questões é palpável, concreta e de máxima atualidade conforme demonstrado nos últimos cinco anos. O “Caso Lava Jato”, considerado o maior escândalo de corrupção já investigado em todo o mundo, deixa claro o papel que têm as pessoas jurídicas nos casos de corrupção e a importância que a colaboração dos criminosos com as investigações tem no combate a essas condutas, especialmente quando há o envolvimento de elites políticas —e econômicas e empresariais—. Com base em uma investigação complexa, na qual houve a colaboração de pessoas físicas e pessoas jurídicas —responsáveis pelas condutas—, foram aplicadas (e ainda se aplicam) sanções administrativas e penais, além de serem recuperados ativos desviados e ressarcidos os danos causados. Muitos dos investigados são políticos de relevância no Brasil e em outros países, além das maiores empresas de construção civil brasileiras, inclusive multinacionais.

O problema, de um lado, está assim: a colaboração de pessoas físicas e jurídicas é comprovadamente importante para a investigação da corrupção complexa. Por outro lado, o problema continua: o que significa essa colaboração? Falamos de condutas corruptas, condutas consideradas delitos, o que significa que entramos no âmbito de interesse do Direito Penal: prevenir e reprimir, ter claras as normas e as consequências de seu descumprimento na lei e aplicá-la quando for necessário. Trata-se do mesmo Direito Penal que está em *crise*: a demora para concluir um grande número de casos justifica a tentativa de implementar ferramentas seletivas, entre as quais estão as relacionadas com a justiça negociada, tudo com a finalidade de gerar rapidez e eficácia no sistema criminal, em países de *common law* e de *civil law*, independentemente do continente nos quais se situam.

Sem embargo, quando falamos da prevenção de delitos, falamos da *ultima ratio*, de normas que têm a finalidade de desincentivar condutas indesejáveis socialmente e de castigar os responsáveis; falamos de um interesse público tão relevante que permite uma profunda limitação a direitos fundamentais. Entretanto, quando nos referimos à justiça negociada, estamos tratando de soluções *não processuais* no sentido tradicional do termo, mas de soluções obtidas através de um acordo entre as partes. O Direito *moderno* pressuporia alguma incompatibilidade entre essas duas coisas: se há um interesse público tão importante —falamos de corrupção complexa, e não de delitos de bagatela—, como atribuir a uma autoridade a capacidade para de ele dispor?

Ainda que em crise, se não desnaturalizamos o *modelo* do Direito Penal (ou deveríamos dizer, do direito sancionador?), deveríamos obter um resultado que gere a repressão e a prevenção, e que o faça garantindo a igualdade de tratamento e a confecção dos ideais de justiça. A responsabilidade das pessoas jurídicas cumpre isto parcialmente: impor sanção às empresas envolvidas em um *delito* é uma maneira de garantir a responsabilização por ter obtido benefício através da prática de um ilícito. Nesse sentido, é uma maneira de tratar com igualdade na medida de sua culpabilidade. Esse seria, então, o primeiro desafio: obter um resultado justo através da justiça negociada.

O que se pode alcançar a partir de um processo em um modelo *garantista* é sancionar os culpáveis assegurando as garantias e direitos processuais dos inocentes. Mas a justiça negociada funciona sobre acordos e concessões —que idealmente seriam sinalagmáticas?— obtidos através de uma negociação prévia. Nisso reside o segundo desafio: quais garantias e que direitos irão instruir essas *conversas* entre a acusação e a defesa se não existe um processo completo, até mesmo porque o resultado buscado com as negociações é exatamente abreviar ao máximo o processo ou até evitá-lo?

Se tudo isso fosse pouco, estamos circunscritos ao âmbito da responsabilidade das pessoas jurídicas, que geralmente não têm *vontade própria* (e, portanto, têm culpabilidade?), e não podem sofrer medidas de restrição de direitos à liberdade, por exemplo. Dessa maneira, até mesmo o Direito Internacional, quando obriga que os países imponham responsabilidade às empresas, permite que seja utilizado o Direito Administrativo ou Civil, com a finalidade de garantir que sejam respeitadas as tradições de cada sistema jurídico. Além disso, reforça que é necessário encontrar um equilíbrio: assegurando os direitos processuais e o caráter dissuasório das sanções.

Isto foi o que foi feito no Brasil: faz anos que foi adotada a responsabilidade administrativa para as pessoas jurídicas envolvidas em pagamentos de suborno a agentes públicos nacionais e estrangeiros, com a Lei 12.846/2013. E de isto emerge o terceiro desafio: é necessário dispor de interesses públicos relevantes através de acordos, sem o suporte processual

para o exercício de direitos e garantias e isto ocorre no âmbito de responsabilidade *administrativa* das pessoas jurídicas!

Há uma infinidade de possíveis estratégias para estudar um tema como este e seus problemas e desafios. Não obstante, para chegar ao final, é necessário decidir por um caminho. Nesse sentido, para aprofundar na colaboração de pessoas jurídicas no Brasil por condutas relacionadas à corrupção, é necessário começar a pesquisa com o sistema nacional, conforme mencionado, não somente de Direito Penal, mas também considerando o Direito Administrativo Sancionador e sua relação com a responsabilidade das pessoas jurídicas na prevenção de delitos. Entretanto, estudar o tema considerando exclusivamente o sistema brasileiro não parece ser a estratégia mais adequada —nem, muito menos, suficiente— para tentar esclarecer algumas nuances do complexo desafio que esse estudo apresenta. Ainda que não se pretenda ser exaustivo sobre *tudo* o que representa uma ferramenta de justiça negociada, sua relação com o processo e com o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, é necessário pesquisar algo de sua origem, tanto no Brasil quanto no exterior. Afinal de contas, a ferramenta está prevista na legislação brasileira, mas foi criada para cumprir compromissos internacionais assumidos para lutar contra a corrupção. Porque a luta contra a corrupção é um tema global e que gerou a confecção de normas de Direito Internacional: convenções que contêm previsões que obrigam os países a adotar medidas específicas nesse combate, que incluem implementar leis, tipificar delitos e assignar competências de combate à corrupção para órgãos especiais. No caso do Brasil se destacam especialmente as convenções das Nações Unidas — contra a corrupção e a contra a delinquência organizada—, e as convenções contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos e da Organização para Cooperação e para o Desenvolvimento Econômico.

A importância dessas convenções se estende aos seus mecanismos de implementação, que promovem a avaliação das medidas adotadas pelos países e sobre isto emitem relatórios e recomendações. Por isto é importante estabelecer relações entre o sistema brasileiro e o que prescrevem essas convenções e estes organismos internacionais, tanto no que se relaciona com a responsabilidade de pessoas jurídicas quanto no que se relaciona com os acordos de colaboração e a concessão de benefícios aos delinquentes que colaborem com as investigações. Nesse aspecto, é possível *beber* das boas práticas e das recomendações relacionadas aos programas de *compliance* e aos incentivos sistêmicos para sua adoção.

Também é necessário considerar que este é o Direito Internacional ao qual se submete o Brasil, mas não é o único modelo relevante no âmbito supranacional: é importante reconhecer que a justiça negociada, pelo menos em parte, provém de fora do país. Por um lado, os sistemas jurídicos dos outros países, com seus acertos e erros, são uma fonte de comparação relevante. Isto faz com que seja importante tentar observar os elementos

dos sistemas europeus —e outros— que servem como referência, porque seu estudo permite identificar os desafios que enfrentaram e como tentaram solucioná-los.

De outro lado, é impossível não reconhecer, considerando o papel de cada país, a influência dos Estados Unidos no desenvolvimento das convenções que servem de referência para o Brasil, e do histórico da justiça negociada em seu sistema criminal de *comon law*. A lei estadunidense de 1977 —*Foreign Corrupt Practices Act*— é conhecida fonte de *inspiração* das referidas convenções de luta contra a corrupção que obrigam o Brasil (e a quantos outros países?) a tipificar o pagamento de suborno transnacional —e a responsabilizar pessoas jurídicas por esses ilícitos—. Além disso, foi nesse país anglo-saxão que, modernamente, a noção da utilidade da justiça negociada no sistema criminal com a finalidade de gerar rapidez e eficácia se expandiu.

Também é importante registrar que a justiça negociada não é algo inerente aos sistemas de *common law*. Em realidade, sua utilização na forma de *plea agreements*, com redução da sanção ou dos delitos imputados, foi aprovada pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970. Antes disso, os precedentes —inclusive do *common law* inglês—previam expressamente a impossibilidade de aceitar a confissão dos acusados quando precedida de promessas de *vantagens* (redução da sanção) ou de *ameaças* (de aumento da sanção) por parte da acusação pública. Essa alteração de precedente ocorreu em uma época em que havia um excesso de casos para ser decididos pelo sistema de justiça criminal, por um lado devido ao fenômeno da *overcriminalization*, e por outro lado devido ao reconhecimento —também pela Suprema Corte e com influência do sistema de Direito continental europeu— da necessidade de assegurar os direitos e garantias processuais na atividade de punir.

Este “sistema de *pleas*” está fortemente relacionado com a responsabilidade das pessoas jurídicas. Com base nele e nas necessidades da administração —e do mercado— foram desenvolvidas ferramentas de justiça negociada com requisitos e com consequências distintas. Em alguns casos se demanda a colaboração com as investigações e, em outros, somente a confissão e a renúncia ao direito ao processo. Isso ocasiona, em algumas situações, uma sentença condenatória penal e suas consequências acessórias e, em outras, uma resolução sem nenhum registro penal.

Todas essas experiências dos outros países —e essas ferramentas de justiça negociada— geram casos e dados que podem ser estudados e permitem fazer críticas sobre seus efeitos para a solução dos conflitos. Tudo isto considerando, inclusive, os ideais de igualdade e justiça que fundamentam o poder do Estado de punir com a finalidade de gerar prevenção e repressão dos delitos. Especialmente nos Estados Unidos, por causa do seu histórico, do desenvolvimento do seu sistema criminal e de sua atuação no *enforcement* transnacional de combate à corrupção.

Em concreto, querer estudar e compreender a integralidade dos aspectos de todo o mencionado se configura como uma tarefa impossível, ou pelo menos hercúlea. Não obstante, é preciso identificar suas características principais para estabelecer as críticas essenciais, as causas e consequências próprias de cada sistema e as premissas existentes que permitem produzir resultados desejáveis e, eventualmente, outros indesejáveis. E isto se faz a partir de dois pontos de vista: sempre tentando identificar o que está implementado como norma e qual o seu propósito; e também tentando identificar se, na prática, esses propósitos são concretizados e se são desejáveis. Nesse sentido, nosso plano de investigação inclui compreender as premissas formais e práticas relacionadas ao tema nesses outros sistemas, em um standard mínimo suficiente para retornar de maneira mais pertinente e cabal à análise inicial: o sistema brasileiro.

Dessa maneira, o que se pretende não é fundamentar um estudo comparado, mas sim permitir uma análise do acordo de colaboração das pessoas jurídicas da lei brasileira. Isto restrito às condutas relacionadas à corrupção que incluam a origem desses conceitos: corrupção e suborno, colaboração e responsabilidade de pessoas jurídicas. Somente considerando esta origem —digamos, exógena— é possível voltar o olhar para a Lei 12.846/2013 e seu acordo de leniência, analisar seus fundamentos e fazer um contraste com as outras ferramentas de colaboração previstas no sistema brasileiro, em um intento claro de apresentar a *peça* relacionada às pessoas jurídicas no *quebra-cabeças* que é a responsabilidade —penal e não-penal— por condutas relacionadas com corrupção no Brasil.

Assim procedemos porque o desenvolvimento do sistema brasileiro ocorreu num contexto de transplante de ferramentas jurídicas estrangeiras, principalmente de procedência estadunidense. E não há como decifrar esse processo de implementação sem compreender um mínimo de sua origem, finalidade, premissas e falhas, para finalmente esforçar-se e contrastar ao máximo e, quiçá extrair, dessa comparação, alguma resposta útil.

As ferramentas que permitem a colaboração dos criminosos a troca de benefícios são uma realidade e o que se pretende, nesse aspecto, é andar pelo caminho do meio: nem renega-las nem assumir sua perfeição, mas sim a elas fazer críticas com o propósito de identificar a possibilidade de que sejam utilizadas sem vulnerar —em excesso?— as premissas do Direito Penal —ou do Direito Sancionador— e assegurar que conservem alguma utilidade prática para o sistema de prevenção de condutas. Sendo assim, com essas diretrizes, a apresentação do resultado de nossa pesquisa foi dividida em quatro partes.

Em primeiro lugar, será apresentada a relevância da colaboração de pessoas jurídicas no Brasil nos casos de corrupção, o que é exemplificado através dos casos “Lava Jato” e Odebrecht. Esses exemplos também servem para demonstrar como o sistema brasileiro é intrincado, com uma



sobreposição de leis e de *responsabilidades* de igual natureza, mas diferentes, aplicáveis a pessoas físicas e pessoas jurídicas. Também é possível perceber, a partir desses relevantes casos, a importância da colaboração dos criminosos na luta contra a corrupção das elites políticas: talvez a corrupção com mais influência e relevância devido ao seu grande potencial de gerar consequências danosas para a sociedade e para o interesse público, e não somente no Brasil, mas incluindo reflexos internacionais.

A partir desse desafio concreto, na segunda parte se apresenta o que seriam as bases para a colaboração das pessoas jurídicas. Para isto, é essencial, num primeiro momento, encontrar no Direito Internacional e no Direito de outros países os fundamentos da Lei 12.836/2013 brasileira: sua inspiração e sua finalidade. Fazemos isto a partir de uma análise das convenções relacionadas com o tema, outros documentos emitidos pelos organismos internacionais e considerando o reflexo que estas normas tiveram também nos sistemas dos outros países, como demonstração de que o Brasil não está sozinho nesse desafio.

Esse planejamento provoca a necessidade de desenvolver uma parte relevante da pesquisa nos Estados Unidos, que se ergue como uma das principais fontes para o Direito Internacional nesses assuntos, demandando a identificação das instituições e atores necessários para apresentar um histórico do desenvolvimento da colaboração das pessoas jurídicas nos casos da prática de delitos, e assim compreender seus fundamentos e sua finalidade de assignar *rapidez e eficácia* na resolução de muitos casos. A isto se acrescenta a necessidade de identificação dos problemas relacionados ao uso —excessivo?— da justiça negociada no sistema criminal estadunidense, tanto de maneira geral quanto no que se refere especificamente à responsabilidade das pessoas jurídicas, assim como de identificar as tensões e distorções que esse uso causa, finalmente, na própria noção de Direito Penal na sua dupla face preventiva e repressiva.

Este paradigma externo é analisado, na terceira parte, a partir da concepção do sistema de luta contra prática de delitos, considerando a necessidade de impor responsabilidade aos culpáveis, garantindo os direitos dos inocentes, em um standard de busca de verdade processual. Essa análise é feita de maneira comparada com o Direito Administrativo Sancionador, em especial considerando sua utilização tradicional e *especial* no Brasil: para impor consequências jurídicas por condutas tipificadas como delitos, como por exemplo, para casos de suborno e tráfico de influências.

Com isto é possível identificar princípios e garantias de defesa relevantes para o processo penal —e, em consequência, o processo administrativo? do Brasil—, sua aplicabilidade às pessoas jurídicas como garantias também da consecução dos valores subjacentes da própria concepção de potestade punitiva estatal, de *ultima ratio*, que fundamenta a

imposição de sanção como verdadeiras restrições a direitos fundamentais. Assim, seria possível propor, com algum esforço interpretativo e de comparação entre os países, qual o papel das garantias —processuais?— na negociação de acordos de colaboração; e não porque esses acordos são realizados no âmbito de um processo —na concepção judicial e formal—, mas porque significam, finalmente, o exercício estatal de poderes de limitação de direitos fundamentais em uma busca de confecção de justiça e igualdade.

Por último, na quarta parte, o sistema de colaboração das pessoas jurídicas previsto na Lei 12.846/2013 é analisado, considerando as premissas fáticas e formais apresentadas anteriormente, num contraste introspectivo como parte do próprio sistema brasileiro de luta contra a corrupção, de outras leis aplicáveis e seus desafios e dificuldades. Também se apresenta uma análise para “fora”, considerando o que se compreende da própria origem e finalidade das ferramentas adotadas, suas vantagens e desvantagens, o que permite terminar com a certeza de que a justiça negociada não é a única resposta nem é um *remédio mágico* como se propaga, muitas vezes, para a crise do sistema de justiça, ainda que seja uma alternativa possível.

## CONCLUSÕES

### **PRIMEIRA**

A aprovação da Lei da Empresa Limpa (Lei 12.846/2013) acrescentou dois eixos importantes ao ordenamento jurídico brasileiro no combate à corrupção: (i) a responsabilidade das pessoas jurídicas para esses casos, que já existia de forma limitada quando há relação contratual com a Administração ou em decorrência de responsabilidade por improbidade administrativa de um servidor público; e (ii) a possibilidade de que a colaboração com as autoridades auxilie a Administração a aumentar o potencial de prevenção e repressão do direito sancionador, por meio de expedientes de justiça negociada.

Essas mudanças têm um componente de origem externa: servem para cumprir obrigações de Direito Internacional e se inspiram em ferramentas originárias de outros países, principalmente dos Estados Unidos. Com isto, podem ser consideradas como uma tentativa de transplantar, para o sistema brasileiro, medidas consideradas uma *solução* para o combate à corrupção, ao agregar —supostamente— rapidez e eficiência ao sistema de prevenção de crimes. Por essas razões, sua *cópia* apresenta riscos variados: são ferramentas originalmente desenvolvidas em outros ordenamentos jurídicos, com outras premissas, com outras relações de causa-consequência e inseridas em outras realidades econômicas e sociais. Isso leva à necessidade de ajustes, principalmente considerando (i) as características do sistema brasileiro e (ii) os resultados indesejáveis que geram em seu sistema penal original.

### **SEGUNDA**

É importante lembrar que a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970 considerou válida, pela primeira vez e contra seus próprios precedentes, a confissão baseada em promessa de vantagem ou ameaça, abrindo caminho definitivamente para o uso da justiça negociada em processos criminais —*plea bargaining*—. Esta mudança foi baseada em motivos de pragmatismo: os tribunais estavam abarrotados de processos, o que se explica pelo fenômeno da *overcriminalization* e pela reforma do devido processo, esta última originada a partir da influência dos sistemas jurídicos continentais. Este histórico mostra que a justiça negociada nos Estados Unidos tem sua origem na tentativa de evitar o completo desenvolvimento do processo penal, com os direitos e garantias a ele inerentes, reflexo da prevalência da cultura do liberalismo econômico, em

que os interesses também são negociáveis no campo da justiça criminal, como uma demonstração de que *time is money* inclusive na busca por justiça e igualdade. Desta forma, ainda que nos tempos atuais os Estados Unidos sejam um país conhecido pela eficiência do seu sistema penal, também são conhecidos por ter o maior percentual de habitantes encarcerados do mundo e pela existência excessiva de tipos de delitos (*overcriminalization*), o que permite concluir que a justiça negociada nunca resolveu as causas do excesso de processos criminais nos tribunais.

### **TERCEIRA**

A justiça negociada dos Estados Unidos pode ser o principal fator para permitir que o seu sistema criminal não entre em colapso. Inclui os acordos celebrados com pessoas jurídicas —geralmente como *plea agreements*, *non-prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements*—, que permitem impor responsabilidade por crimes através do pagamento de multas e da devolução dos lucros obtidos com a conduta criminosa.

É importante considerar que, por muito tempo, o *Department of Justice* possui guias e manuais indicando que os acordos de colaboração com as empresas devem gerar o necessário para efetuar a imputação e a responsabilidade das pessoas físicas envolvidas nos atos ilícitos. No entanto, os dados —parciais— disponíveis revelam que não existe uma diferença relevante na imposição de responsabilidade às pessoas físicas quando se compara as situações de responsabilidade das pessoas jurídicas concluídas através de processo penal e as resolvidas através de acordos de colaboração. Por este motivo, é possível observar que a perspectiva do *pragmatismo* também tem um papel importante na responsabilidade das pessoas jurídicas no domínio da justiça negociada: as empresas são, em várias ocasiões, utilizadas como bode expiatório, pagam multas elevadas e isto não parece levar a um aumento da capacidade de prevenir e reprimir crimes através do incremento do número de pessoas —físicas— às quais é imposta a responsabilidade.

### **QUARTA**

Essa perspectiva de *negócio* coloca os países que tentam adotar ferramentas de justiça negociada em situação de tensão, pois uma das principais características do desenvolvimento da justiça penal moderna tem sido a limitação dos poderes do Estado de impor restrições aos direitos fundamentais, o que é feito mediante o reconhecimento de direitos e garantias de defesa no âmbito do processo. Assim, é preciso escolher —também no Brasil— se esse tipo de *solução* para a crise do sistema penal é compatível com a própria noção de justiça baseada na garantia dos direitos dos inocentes. Aliás, essa é uma das críticas ao sistema estadunidense: gera —em algumas vezes— à confissão —falsa— de inocentes. Esta tensão entre agregar pragmatismo para obter mais resultados e as tradições do

ordenamento jurídico exige uma reflexão profunda para identificar (i) os instrumentos de justiça negociada compatíveis com as noções básicas dos sistemas de garantia, (ii) os limites de aceitação deste *pragmatismo* e quais que seriam (iii) os padrões de garantias necessárias e possíveis na justiça negociada. Caso contrário, corre-se o risco de gerar soluções autoritárias, tendo em vista o que acontece nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte mantém garantias processuais, mas, na realidade, mais de noventa por cento dos processos criminais são resolvidos por meio de acordos de negociação fundamentados em confissão.

#### **QUINTA**

Uma vez decidido por usar a justiça negociada na esfera penal — especialmente nos casos dos crimes mais graves—, as mudanças necessárias para preservar a integridade de um sistema de garantias representarão uma verdadeira inovação do paradigma do processo penal e de seus direitos e garantias inerentes, porque a negociação não será necessariamente conduzida no âmbito de um processo penal. Negociar e pactuar significa, na realidade, aceitar condições mútuas e, no caso do investigado, aceitar a sua culpa —ou pelo menos não se opor à sua acusação— e a responsabilidade a ela relacionada. Nestes termos, os princípios relativos à defesa, tradicionalmente exercidos no curso do processo judicial, devem ser exercidos —em grau mínimo— em outro meio: no processo administrativo. Nesse sentido, tanto as negociações quanto os acordos em questão devem garantir direitos tradicionalmente desenvolvidos no processo penal, o que, além de implicar um desafio teórico, acarreta uma implicação prática: não haverá processo, entendido no sentido tradicional judicial. Além disso, entre as duas partes negociadoras, qual será responsável por garantir que os direitos essenciais da parte colaboradora sejam preservados? Embora a própria Administração (ou o Ministério Público, segundo a especificidade do ordenamento jurídico) possa fazê-lo, como garantir um mínimo de imparcialidade para quem também pode ser considerado responsável pela defesa de interesses na negociação? Isto leva vários países a tentarem identificar um procedimento especial para avaliar e homologar as colaborações.

#### **SEXTO**

Os princípios aplicáveis à defesa criminal devem oferecer o conteúdo limitador da ação do Estado de impor sanções por meio de negociação, mesmo que não se trate, nesses casos, de um *processo*. Isso porque os princípios —como garantias e direitos de defesa— expressam os valores usados para avaliar se a administração da justiça foi realizada preservando os propósitos do sistema de prevenir e reprimir, considerando o binômio promover a responsabilidade dos culpados, garantindo os direitos dos inocentes. Tudo isso leva à discussão, em sede de justiça negociada, de uma

ideia de devido processo legal, com conteúdo de contradição, legalidade (ou discricionariedade regulada) e igualdade perante a lei, entre outros. Se isso não for feito, é possível que o transplante da ferramenta enfrente as mesmas críticas do sistema estadunidense: o desequilíbrio fático entre as forças da autoridade e do colaborador, o excesso punitivo dos acordos e, principalmente, o risco de confissão —falsa— de inocentes.

### **SÉTIMA**

O princípio —ou o limite— que parece oferecer a maior garantia de que a justiça negociada não se desvie totalmente dos fins do Direito Penal é a busca da verdade material em um grau mínimo essencial. Por meio da identificação de um *standard* factual das condutas, será possível identificar também um padrão de culpa —embora não definitivo— que gere a segurança necessária para aprovar a imposição de consequências jurídicas por meio de um acordo de colaboração. Ou seja, a comprovação mínima dos fatos e de suas circunstâncias auxilia na condução de uma solução que não viole frontalmente os direitos dos acusados: que crie barreiras à possível confissão de inocentes e limite a definição de condições excessivas para o colaborador. Porém, *encontrar* o suporte documental para a verdade significa custos, implica na utilização de recursos investigativos e na oportunidade da outra parte se manifestar e apresentar sua versão dos fatos, das informações de que dispõe e até mesmo apresentar provas. Por isso, é importante considerar um padrão mínimo —e não exauriente— que ao final gere um tipo de verdade *processual* suficiente. Além disso, essa busca de uma verdade na negociação reforça a necessidade de um controle do acordo: por meio de uma autoridade que o aprove —ou o homologue— com a finalidade de reduzir possíveis riscos de abuso de autoridade.

### **OITAVA**

Um suporte físico documental é essencial para que ocorra o controle e o exercício das normas de direitos e garantias. Nestes termos, a negociação exige um procedimento que garanta o registro das reuniões, as informações e as provas entregues, a dinâmica de negociação das cláusulas e das condições acordadas. Esse suporte físico da negociação também será o substrato para o exercício do controle do uso da justiça negociada, seja através da decisão definitiva —como ocorre no Brasil no caso do acordo de leniência da jurisdição federal, aprovado pela autoridade máxima da CGU e AGU— seja nos casos em que o acordo requeira a homologação pela autoridade judicial competente. É natural que esse suporte seja mais rígido que um mero procedimento e menos formal que o processo penal tradicional. Além disso, não pode ser tão complexo a ponto de se traduzir em um somatório de formalidades que impeçam que o instrumento de justiça negociada cumpra sua utilidade de agregar agilidade e eficiência na resolução do caso. Ao mesmo tempo, será a chave para controlar a

preservação do modelo de construção da verdade e de preservação de direitos.

### **NONA**

A atribuição de direitos e garantias processuais de natureza originalmente penal às ferramentas de justiça negociada também deve ocorrer nas situações em que o Direito Administrativo sancionador é utilizado para impor responsabilidades não-criminais pela prática de crimes, especialmente crimes graves. Isso implica a necessidade de uma formalização mínima que garanta padrões de direitos e produção de verdade também na colaboração de pessoas jurídicas em sede de responsabilidade administrativa, como acontece no Brasil: de um lado, a responsabilidade não-criminal é necessária devido à dificuldade de aplicar às pessoas jurídicas —pelo menos em alguns sistemas de *civil law*— institutos tradicionalmente penais; por outro lado, as próprias convenções das Nações Unidas e da OCDE preveem a possibilidade de recorrer à responsabilidade não-penal das pessoas jurídicas, garantindo-lhes padrões de direitos processuais necessários para impor sanções financeiras dissuasivas, proporcionais e eficazes. A utilização do direito administrativo sancionador deve ser considerada uma *autorização especial* baseada em problemas relacionados com as tradições dos sistemas jurídicos: a utilização deste ramo do direito não é feita porque a conduta tem baixa lesividade; muito pelo contrário, é feita de forma excepcional porque os países devem envidar seus melhores esforços para conter os casos de corrupção —públicos e privados—.

### **DÉCIMA**

A atribuição de direitos e garantias à responsabilidade administrativa pela prática de condutas consideradas crimes é necessária para evitar que a justiça negociada —ou esta responsabilidade administrativa excepcional— gere um resultado majoritariamente injusto. Embora o Direito Penal seja a *ultima ratio* e o Direito Administrativo se desenvolva com base em padrões menos rígidos de produção probatória e culpabilidade, a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pelos casos de corrupção tem fundamentos que geram uma verdadeira desestabilização do escalonamento das garantias e dos poderes do Estado. Por um lado, as mesmas sanções que podem ser aplicadas por meio de sentença penal podem ser aplicadas às pessoas jurídicas por meio de processo administrativo: multa, fechamento de negócios, suspensão de direitos e revogação de subsídios, entre outras. Por outro lado, a descrição da mesma conduta delituosa como *irregularidade* administrativa não expressa uma decisão de considerar reduzido o potencial nocivo da conduta; *v. gr.*, a Lei da Empresa Limpa, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica nos casos de corrupção. No entanto, isto leva a falar de um

Direito Administrativo sancionador —*genérico*— e um Direito Administrativo sancionador *especial*, que funciona como âmbito de responsabilização principal, com especial proximidade ao Direito Penal, numa espécie de *ultima ratio* antes da *ultima de la ultima ratio*, e ambos para fins de prevenção e repressão a delitos.

### **DÉCIMA PRIMEIRA**

O sistema brasileiro, pela forma como foi proposto —ou devido à falta de planejamento adequado— gera sobreposição de competências institucionais no combate à corrupção: há mais de uma lei aplicável e mais de uma instituição competente para investigar e atuar em processos, que podem ser de natureza criminal, administrativa ou civil. Especificamente em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas, ainda que diante de condutas de corrupção, não há responsabilidade criminal e sim administrativa, há também uma concorrência institucional, bem como uma aparente sobreposição de leis e processos. No entanto, se a princípio isso pode parecer uma desvantagem, a competência de mais de uma instituição supõe um sistema múltiplo: a atuação de vários funcionários e autoridades se dará avaliando a colaboração, informações e provas apresentadas pelo colaborador e produzirá —nos seus respectivos âmbitos— pareceres e relatórios sobre a utilidade da colaboração e o atendimento do interesse público. Dessa forma, o combate à corrupção, segundo a lei e as interpretações atuais, torna-se um esforço multi-institucional: no âmbito federal, auditores federais, advogados públicos e procuradores atuam como negociadores em nome da Administração. Este cenário normativo e institucional gera uma análise multidisciplinar dos casos e permite envidar esforços para encontrar a solução mais adequada a partir das várias perspectivas de interesse público: entre outras, prevenção, repressão e reparação de danos.

### **DÉCIMA SEGUNDA**

Esse sistema, que requer a atuação de múltiplas instituições, vai gerar diversos documentos e procedimentos para a formalização das negociações. Isso cria possibilidades de controle. Por um lado, a própria circunstância de estar participando mais de uma pessoa representando sua instituição significa uma possibilidade e um controle horizontal: um servidor ou autoridade que atue no âmbito do acordo de leniência deverá respeitar a opinião dos demais que atuem no mesmo caso. Além disso, as decisões também podem ser tomadas em conjunto ou, pelo menos, após debate, de forma que o poder de decisão será desconcentrado. Por outro lado, a multiplicidade também gerará mais necessidade de prestar contas: a eventual divergência de decisões institucionais pode aumentar o escrutínio da sociedade e da mídia. Da mesma forma, a existência de múltiplas instituições também será um obstáculo para aquelas pessoas —



individualmente ou organizadamente— que tentam cooptar a Administração: na prática, não será suficiente cooptar *um* procurador, ou *um* auditor ou *uma* autoridade para obter uma alteração no resultado do caso.

### **DÉCIMA TERCEIRA**

A concorrência institucional gera vários problemas práticos para negociar e chegar a um acordo com as pessoas jurídicas colaboradoras, especialmente a necessidade de cooperação interinstitucional. Isso ocorre porque, no Brasil, em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas por casos de corrupção, não há divisão de competências entre as instituições; por exemplo, não há atribuição de investigar a conduta a uma instituição e à outra, a auditoria para identificar os danos causados. Na prática, o que encontramos é uma verdadeira competência concorrente —e sobreposta—, de tal forma que tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto a Lei da Empresa Limpa contêm disposições para que mais de uma instituição atue no mesmo caso. Em contrapartida, nos Estados Unidos, por exemplo, de acordo com o *Foreign Corrupt Practices Act*, também existe uma jurisdição para que mais de uma instituição atue, mas com finalidades diferentes: o FBI para investigação da prática de crimes, o DOJ para fazer a imputação penal e a SEC para todas as questões de natureza civil. Isso gera a necessidade, no sistema brasileiro, de que a solução do caso por meio de um acordo de colaboração ocorra sob um alto grau de cooperação entre as instituições, até porque os procedimentos de negociação, aprovação e homologação são diferentes em cada uma das instituições, o que torna necessário que a referida cooperação tenha que considerar as diferentes instâncias de aprovação interna: no caso da CGU e da AGU, seus respectivos dirigentes; e, no caso do Ministério Público Federal, seu respectivo órgão interno de homologação e autoridade judicial competente para conhecer o processo.

### **DÉCIMA QUARTA**

Essa necessidade de cooperação entre os agentes e as autoridades das instituições responsáveis pela negociação e assinatura dos acordos de leniência não é, atualmente, regulada por uma regra que garanta um resultado uniforme dos casos. Embora existam protocolos normativos entre a CGU e a AGU, e o acordo de cooperação técnica entre outras instituições federais —como o Tribunal de Contas da União—, a ausência de regulamentação com o Ministério Público Federal e com as unidades de controle em âmbito estadual e municipal faz com que não existam níveis de certeza e previsibilidade sobre a colaboração realizada apenas com *algumas* das instituições. Isso cria a necessidade de as pessoas jurídicas potencialmente colaboradoras, após a assinatura do acordo com uma ou mais instituições, obterem parecer favorável de todas as instituições com

algum tipo de competência para atuar; ou negociarem com todas as instituições ao mesmo tempo, o que tem sido chamado de *balcão único* de negociação com a Administração. A ausência de um procedimento completo e unificado e a necessidade de cooperação entre instituições se tornam verdadeiros *desincentivos* à colaboração: os riscos que as pessoas jurídicas enfrentam ao colaborar com uma ou algumas instituições são significativos, porque um acordo "parcial" não impede que as demais instituições adotem medidas para responsabilizar; e também são significativos os custos de esperar pela cooperação entre todas as instituições.

### **DÉCIMA QUINTA**

Uma solução para superar essas dificuldades inerentes à concorrência institucional e à necessidade de cooperação entre muitas instituições é adotar uma interpretação na aplicação da lei: a dupla imposição de responsabilidades da mesma natureza, pelos mesmos fatos, sobre o mesmas pessoas e para preservar os mesmos interesses públicos, é inadequada, devido aos limites que o princípio do *non bis in idem* representa para a ação punitiva e sancionatória do Estado. Dessa forma, considerando a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos casos de corrupção, apenas a Lei da Empresa Limpa deve ser aplicada aos eventos ocorridos após sua entrada em vigor: sim, a Lei 12.846/2013 é *especial* e cronologicamente mais *recente* que a Lei de Improbidade Administrativa e outros instrumentos normativos. Não deve prevalecer o argumento de que as próprias leis preveem a aplicação de suas regras independentemente das demais responsabilidades: o que resta é a independência das esferas de responsabilidade se --e somente se-- sua aplicação não violar o princípio do *non bis in idem*, embora não haja disposição expressa de revogação dos demais dispositivos legais. A exceção seria a aplicação concomitante das leis relativas às compras públicas e licitações: há sujeição especial a essas leis em razão da existência de licitação, há disposição normativa expressa e não há sobreposição de condutas.

### **DÉCIMA SEXTA**

É necessário adotar uma interpretação que harmonize os dispositivos da Lei da Empresa Limpa que preveem, com as empresas jurídicas colaboradoras, processo administrativo de responsabilidade, processo judicial de responsabilidade e acordo de leniência. Neste sentido, para evitar que nestas situações a Administração possa atuar com *dupla personalidade*, o processo judicial de responsabilidade deve ser ou uma consequência da necessidade de aplicação de sanções complementares — nos casos necessários— das sanções aplicadas no processo administrativo; ou, excepcionalmente e de acordo com as disposições legais, utilizado no caso de omissão da autoridade administrativa em investigar e responsabilizar. Dessa forma, o acordo de leniência deve significar a

impossibilidade de recorrer a um procedimento administrativo —o que é claro no ordenamento jurídico— ou a um processo judicial, sempre considerando as mesmas pessoas jurídicas e os mesmos fatos.

Esta abordagem não deve ser considerada como uma invasão das competências funcionais do Ministério Público: a competência prevista na lei para decidir sobre a prática do ato lesivo e sobre o procedimento (contrato, processos...) é originalmente atribuída à Administração Pública responsável pelo processo administrativo de responsabilidade e o acordo de leniência. Portanto, a competência atribuída ao Ministério Público deve ser interpretada como consequência da responsabilidade administrativa ou do seu não exercício. Nos casos de desvios da Administração Pública, por exemplo por meio da assinatura de acordo de leniência sem os elementos da lei, o adequado será buscar a responsabilidade da autoridade administrativa, conforme a sua culpabilidade.

#### ***DÉCIMA SÉTIMA***

É importante destacar que o acordo de leniência da Lei 12.846/2013 e sua regulamentação escalonam os incentivos para colaborar também para além da implementação de programas de *compliance*: os acordos exigem colaboração com as investigações e a multa pode ser reduzida, entre outros fatores, quando o colaborador fizer reporte voluntário das condutas ilícitas. Isso serve como um incentivo para as empresas adotarem mudanças na cultura corporativa, diferentemente de outros sistemas que incentivam a adoção de programas de *compliance* e garantem amplas vantagens à pessoa jurídica ainda que não haja reporte voluntário e colaboração com entrega de informações e provas sobre o delito e as pessoas envolvidas. Dessa forma, o sistema brasileiro permite que os benefícios assignados à empresa sejam estratificados de acordo com sua atuação efetiva no combate à corrupção. Porém, não há previsão de isenção total de responsabilidade, ainda que a pessoa jurídica adote a mais profunda mudança em sua cultura empresarial; ou seja, mesmo em casos de *rogue employee*, haverá aplicação de multa. Além disso, exigir o reporte voluntário prévio —especialmente neste contexto de impossibilidade de isenção de responsabilidade— parece ser uma violação importante do princípio da presunção de inocência.