



MASTER UNIVERSITARIO
**ESTRATEGIAS ANTICORRUPCIÓN Y
POLÍTICAS DE INTEGRIDAD**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE MASTER

**Acuerdos de Lenidad en Brasil: coordinación de la Contraloría General de la
Unión con autoridades extranjeras a luz de la experiencia norteamericana**

**Leniency agreements in Brazil: coordination between the Office of the
Comptroller General and foreign authorities in the light of the US experience**

REALIZADO POR

Matheus Bredt de Menezes

DIRIGIDO POR

Prof. Dr. Nicolás Rodríguez-García

Salamanca, 2024

Resumen

La Ley Anticorrupción brasileña completa diez años de vigencia, utilizando los acuerdos de lenidad como una herramienta más del Derecho Administrativo sancionador para responsabilizar a las personas jurídicas involucradas en casos de corrupción.

Los acuerdos han sido celebrados por la Contraloría General de la Unión (CGU), en conjunto con la Abogacía General de la Unión (AGU), desde 2017. A partir de 2019 la CGU y la AGU han coordinado acuerdos con autoridades norteamericanas para sancionar empresas por hechos ilícitos, involucrando el soborno transfronterizo. La posibilidad de aplicación de penalidades en más de una jurisdicción ha recibido críticas acerca de una posible doble sanción.

El presente trabajo, considerando estos acuerdos coordinados, tiene como finalidad analizar la metodología que ha sido aplicada en los casos concretos para mitigar una sobreposición de sanciones, buscando identificar límites para integración de las sanciones y oportunidades para mejorar esa composición sancionadora.

Palabras clave: Acuerdos de lenidad. Personas jurídicas. Coordinación. Múltiples jurisdicciones. Proporcionalidad.

Abstract

The Brazilian Anti-Corruption Law has been in force for 10 years, establishing leniency agreements as another tool of administrative sanctioning law to hold legal entities involved in corruption.

The agreements have been concluded by the Office of the Comptroller General of the Union (CGU), in conjunction with the Office of the Advocate General of the Union (AGU), since 2017. The CGU and the AGU, since 2019, have coordinated resolutions with US authorities to sanction companies for corruption, including transnational bribery. The possibility of applying penalties in more than one jurisdiction has been criticised as a double sanction.

This work, considering these coordinated agreements, aims to analyse the methodology that has been applied in concrete cases to mitigate an overlapping of sanctions, seeking to identify limits for an integration of penalties and opportunities to improve the composition of sanctioning.

Key words: Leniency Agreements. Legal Persons. Coordination. Multijurisdictional. Proportionality.

Índice

Abreviaturas	7
Figuras	9
Tablas	10
Introducción	11
1. Responsabilidad de las personas jurídicas por cohecho transfronterizo en las convenciones internacionales: resolución negociada e integración de sanciones	16
1.1 El surgimiento de la lucha contra corrupción	16
1.2 Sanciones por medio de justicia negociada	20
1.2.1 ONU – Convenciones de las Naciones Unidas	22
1.2.2 OCDE - Convención para Combatir el Cohecho de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales	25
1.2.3 OEA - Organización de los Estados Americanos	30
1.2.4 Consejo de Europa.....	32
1.2.5 Unión Europea.....	34
1.3 Integración de sanciones en casos de múltiples jurisdicciones	36
1.3.1 La actuación coordinada de autoridades extranjeras	38
1.3.2 La proporcionalidad de las sanciones.....	42
1.4 Convergencia de las convenciones: análisis crítico	46
2. Resoluciones negociadas en casos de múltiples jurisdicciones: las experiencias de Brasil y Estados Unidos	48
2.1 Foreign Corrupt Practices Act - FCPA	51
2.1.1 La edición de la FCPA.....	51
2.1.2 Las disposiciones de la FCPA.....	53
2.1.3 Resoluciones negociadas	58
2.1.4 Coordinación con autoridades extranjeras.....	59

2.2	Ley Anticorrupción – LAC – acuerdos de lenidad	60
2.2.1	La edición de la Ley Anticorrupción - LAC.....	60
2.2.2	Las disposiciones de la Ley Anticorrupción.....	64
2.2.3	El acuerdo de lenidad	67
2.2.4	Coordinación con autoridades extranjeras.....	73
2.3	Similitudes y diferencias entre los acuerdos: la FCPA y la LAC	75
3.	Integración de sanciones en resoluciones coordinadas: experiencia de Brasil y de Estados Unidos	76
3.1	La experiencia estadounidense	78
3.1.1	Jurisdicción de la FCPA.....	78
3.1.2	La política de “anti-pilling on” del DOJ.....	80
3.1.3	El impacto de la nueva política en las resoluciones	83
3.2	Los acuerdos de lenidad coordinados. La experiencia brasileña	87
3.2.1	Jurisdicción acerca de la LAC	87
3.2.2	Los acuerdos de lenidad y el principio de la proporcionalidad	90
3.2.3	La coordinación con EE.UU.....	93
3.3	Hallazgos y el primer caso coordinado	105
3.3.1	Convergencia de los ordenamientos: posibles impactos	106
3.3.2	La primera coordinación - Caso Technip.....	109
4.	Justicia colaborativa en múltiples jurisdicciones: el camino por el principio de proporcionalidad	111
4.1	Límites al principio de proporcionalidad	113
4.2	Un posible camino para mejorar la coordinación	120
4.2.1	Instancia supra nacional.....	120
4.2.2	Estándar común	121
4.2.3	Una propuesta de camino	123
4.3	Pese a todo, resultados son animadores	130

5. Conclusiones	134
6. Bibliografía	137
Anexo 1	148

Abreviaturas

ACT	Acordo de Cooperação Técnica/Acuerto de Cooperación Técnica (BR)
AGU	Advocacia-Geral da União/Abogacía General de la Unión (BR)
BCB	Banco Central do Brasil (BR)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica/Consejo Administrativo de Defensa Económica (BR)
CGU	Controladoria-Geral da União/Contraloría General de la Unión (BR)
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CNUCDOT	Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil/Constitución de la República Federativa de Brasil (BR)
CVM	Comissão de Valores Mobiliários/Comisión de Valores Mobiliarios (BR)
DPA	<i>Deferred Prosecution Agreement</i> (EE.UU.)
EE.UU.	Estados Unidos
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (EE.UU.)
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa
LAC	Lei Anticorrupção/Ley Anticorrupción (BR)
LIA	Lei de Improbidade Administrativa/Ley de Improbidad Administrativa (BR)
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción
MPF	Ministerio Público Federal (BR)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas

PAR	Processo Administrativo de Responsabilização/Proceso Administrativo de Responsabilización (BR)
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i> (EE.UU.)
SFO	<i>Serious Fraud Office</i> (Reino Unido)
STF	Supremo Tribunal Federal (BR)
TCU	Tribunal de Contas da União/Tribunal de Cuentas de la Unión (BR)
UE	Unión Europea
UNODC	<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i> / Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas
WGB	<i>Working Group on Bribery in International Business Transactions</i> / Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales

Figuras

Figura	Página
Figura 1: Resoluciones DOJ con previsión de crédito.	84
Figura 2: Proporción de resoluciones DOJ con previsión de crédito.	85
Figura 3: Alcance jurisdicción FCPA.	107
Figura 4: Alcance jurisdicción LAC.	107
Figura 5: Escenario de coordinación con diversas autoridades.	108
Figura 6: Número de pedidos para negociar acuerdo de lenidad con CGU.	130

Tablas

Tabla	Página
Tabla 1: Convenciones internacionales.	42
Tabla 2: Ejemplos de resoluciones DOJ.	56
Tabla 3: Ejemplos de resoluciones SEC.	57
Tabla 4: Ejemplos de resoluciones CGU.	63
Tabla 5: Datos de casos de DOJ con previsión de créditos.	86
Tabla 6: Resumen de ilícitos en la LAC y en la FCPA.	89
Tabla 7: Ejemplos de resoluciones coordinadas solamente entre DOJ y MPF.	95
Tabla 8: Fecha de suscripción de memorando de entendimiento.	96
Tabla 9: Valores de créditos concedidos en los casos coordinados.	97
Tabla 10: Valores acuerdo con empresas del grupo Technip.	110
Tabla 11: Porcentual de crédito compensando en los acuerdos con CGU y AGU.	114
Tabla 12: Rubricas posibles en las resoluciones según la LAC y la FCPA.	119
Tabla 13: Divulgación DOJ mencionando crédito en virtud de acuerdos coordinados con CGU y AGU.	131

Introducción

En 2024, la llamada Ley Anticorrupción brasileña — Ley n.º 12.846/2013 — cumplió 10 años de vigencia. Publicada en agosto de 2013, con una *vacatio legis* de 180 días, fue en enero de 2014 que la ley puso en vigor sus elementos innovadores en el ordenamiento jurídico brasileño.

Su promulgación es derivada de compromisos internacionales asumidos por Brasil en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 1996, en la Convención para Combatir el Cohecho de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), aprobada en el año 1997, y en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 2003.

Estos instrumentos establecieron un marco jurídico para hacer frente a la corrupción. Definieron medidas represivas, pero también preventivas. El propósito primordial, se puede decir, era fomentar, en la comunidad mundial, la tipificación del delito de soborno a un funcionario público extranjero. Este movimiento ya había iniciado con Estados Unidos con la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), en 1977. Ampliar para otros países se trataba de un paso esencial para proteger el mercado mundial de la competencia desleal y avanzar en la lucha contra la corrupción.

Otro importante punto identificado en el marco jurídico internacional fue el establecimiento de la responsabilidad, penal o no, de las personas jurídicas implicadas en actos de soborno transnacional, ya que, en último análisis, son las beneficiarias finales del acto ilegal cometido.

Es en ese contexto internacional que la Ley Anticorrupción es promulgada en Brasil, después de más de una década de los primeros convenios internacionales editados. La norma estableció la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas para hechos de corrupción practicados en contra la administración pública nacional y extranjera, incluyendo el pago de soborno para agente público extranjero.

Característica importante del delito de soborno transnacional, para los límites de esta monografía, es su extraterritorialidad, es decir, la capacidad de producir efectos en

más de un país y, consecuentemente, atrayendo competencias de más de una jurisdicción para investigar y procesar el facto¹.

Esa característica aporta elementos para una serie de debates acerca de la competencia para investigar y procesar los hechos. Las convenciones internacionales de ámbito global no definen objetivamente acerca del tema y están limitadas a indicar que los países deben se consultar acerca de la mejor jurisdicción².

Además, en las últimas dos décadas, así como fue con Brasil, existió el continuo proceso de edición de legislaciones nacionales tipificando el ilícito de soborno transfronterizo, lo que impulsó que más países tuvieran la capacidad de investigar y procesar empresas³. Esto resultó positivamente en la mejora del combate a la corrupción, pero, por otro lado, hizo aumentar los casos de penalización de empresas que ya habían sufrido alguna sanción por los mismos ilícitos en otro país.

Este escenario hizo intensificar el debate acerca de la existencia de una sobreposición de sanciones⁴ y el cuestionamiento acerca de los límites del principio de la proporcionalidad en esos casos.

El tema se torna todavía más relevante cuando se observan los números divulgados por la OCDE, disponibles más adelante en este estudio, en que más de 80% de los casos de soborno transnacional son resueltos por medio de acuerdos, sin un proceso sancionador que tramite todas sus etapas procedimentales hasta la decisión final, sea judicial o administrativa⁵.

Importante subrayar que los acuerdos dependen de la voluntariedad de la empresa para colaborar con las autoridades, aún más, en los casos de autodenuncia. Así, un proceso sancionador consensual que no establezca límites y defina criterios para una sanción razonable puede desincentivar esa colaboración.

Acerca del modelo de resolución de casos por medio de acuerdos, la Ley Anticorrupción, además del proceso administrativo para responsabilizar las empresas, estableció un novedoso instrumento de responsabilización que fue el acuerdo de lenidad, herramienta aplicada en el ámbito del derecho administrativo sancionador consensual,

¹ HOLTMEIER (2015:496).

² ODED (2020b:528).

³ BLANCO CORDERO (2020:6).

⁴ BLANCO CORDERO (2020:6).

⁵ OCDE (2019:22-23).

que permite la mitigación de penalidades en cambio de una útil colaboración por parte de la persona jurídica.

Las herramientas de resoluciones no judiciales o no contenciosas no son exactamente una novedad en la legislación brasileña, que ya poseía ese instituto en defensa de otros bienes jurídicos tutelados, como en el derecho *antitrust*⁶. De toda forma, como se observará adelante en esta monografía, existieron desafíos iniciales, en un contexto de “Operação Lava-Jato”, para que a la Contraloría General de la Unión (CGU), como órgano que recibió la responsabilidad de negociar los acuerdos de lenidad en ámbito del Poder Ejecutivo federal, pudiera ejercer su competencia⁷.

En ese contexto, inicialmente, la práctica identificada fue de celebración de acuerdos entre las empresas y el Ministerio Público Federal (MPF), incluso cuando suponía la coordinación con autoridades extranjeras. Después de firmados estos instrumentos, las empresas buscaban la Contraloría General de la Unión (CGU), que pasó a actuar juntamente con la Abogacía General de la Unión (AGU), para firmar acuerdos de lenidad acerca de los procedimientos sancionadores existentes en contra de ellas.

Ese estándar cambió en 2019, tanto internamente, como con relación a las autoridades norteamericanas, momento en que los acuerdos de lenidad celebrados por la CGU, en conjunto con la AGU, pasaron a ser coordinados con autoridades de Estados Unidos, incluso con el Ministerio Público Federal (MPF) en algunos casos.

Es en ese tema que el estudio se profundizará, buscando investigar el camino recorrido por la CGU, como institución competente para celebrar los acuerdos de lenidad en el ámbito del Poder Ejecutivo federal, para alcanzar la coordinación con las resoluciones de las autoridades norteamericanas.

El tema se demuestra relevante, una vez que son 6 acuerdos identificados en esas condiciones, los cuales representarían cerca de 20% de lo total de los 28 acuerdos de lenidad firmados por la CGU hasta el momento, representando alrededor de US\$ 530 millones en términos de obligaciones financieras asumidas por las empresas. Además, permanece como un tema relevante, pues la capacidad de investigación de los países parece ser creciente lo que puede resultar em más casos coordinados, demandando

⁶ SIMÃO & VIANNA (2017:55).

⁷ DE MATTOS PIMENTA (2020:119-120).

atención para aplicación de sanciones justas que también incentiven la colaboración empresarial.

Además de rescatar el histórico de la coordinación entre Brasil y Estados Unidos en los acuerdos de lenidad, el trabajo tiene como finalidad analizar la metodología aplicada en los casos concretos, buscando identificar límites en la integración de las sanciones aplicadas en cada jurisdicción, así como oportunidades para ampliar esa composición hacia una sanción más proporcional. Para tanto es necesario registrar algunas limitaciones en ese estudio. Primero, el número de casos concretos, por que pese a que los seis casos permitieron extraer conclusiones a partir del análisis de las informaciones disponibles, todavía es un número limitado que posibilite mayores evaluaciones de un punto de vista estadístico. Es con esa observación que presentaremos los datos en este trabajo. El segundo punto está relacionado con la propia limitación de la disponibilidad de información pública por las instituciones, que fue la base utilizada para los análisis. El tercer punto se refiere a la perspectiva de sanción a las personas jurídicas, que en esta investigación será enfocada en la vertiente pecuniaria, pese a que haya otros instrumentos no financieros, los cuales no serán tomados en consideración.

Así, a partir de una investigación bibliográfica indirecta a la doctrina especializada, pero también a las leyes y convenios internacionales, combinado con el análisis inductivo a partir de los casos concretos, se pretende analizar si el ordenamiento jurídico brasileño ofrece mecanismos suficientes para integrar las sanciones aplicadas a las empresas en el ámbito de los acuerdos de lenidad coordinados con las autoridades estadounidenses.

En ese contexto, la investigación parte del análisis de las convenciones internacionales, con la finalidad de responder como esos instrumentos establecen la sanción de personas jurídicas involucradas en corrupción por medio de acuerdos y resoluciones negociadas entre autoridades extranjeras. Ese análisis considerará la evolución del tema con la edición de cada convenio a lo largo del tiempo, además del propio desarrollo de cada instrumento durante el proceso de seguimiento de implementación de las convenciones en cada país miembro.

Partiendo de ese ordenamiento jurídico internacional macro, esta monografía pretende analizar como el marco normativo de la LAC y de la FCPA delimita sobre la posibilidad de negociar acuerdos con empresas y la coordinación con autoridades extranjeras, con fines de identificar la estructura legal en cada país acerca del objeto de estudio.

Comprendida la estructura normativa adoptada en cada país, la pesquisa profundizará en cómo fue aplicada en los casos concretos, identificando, por ejemplo, reglamentos y políticas adoptadas por las autoridades norteamericanas con la finalidad de mejorar la aplicación de una sanción más justa y proporcional en los casos coordinados con autoridades extranjeras. Además, reconociendo el desarrollo en la coordinación de los acuerdos entre Brasil e Estados Unidos, se buscará identificar algunos límites de convergencia entre los dos ordenamientos jurídicos, subrayando posibles impactos en la coordinación.

Después de recorrer ambos ordenamientos jurídicos, de identificar las limitaciones impuestas por los textos legales y conocer la metodología aplicada en los casos coordinados, a partir de los casos concretos, se buscará responder en qué medida esa metodología ha sido adecuada en la perspectiva del principio de proporcionalidad.

A partir de un análisis crítico de propuestas presentadas por la doctrina especializada sobre modelos para solución de la doble sanción en casos de soborno transnacional, combinado con los hallazgos verificados durante la investigación, este estudio propone, de modo incremental y en los límites de un trabajo de final de máster, un camino para mejora de la armonización de los acuerdos de lenidad y resoluciones coordinados entre Brasil y Estados Unidos.

Por fin, necesario registrar que esta investigación es parte de los estudios académicos desarrollados durante el Máster Universitario en Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad, representando exclusivamente la opinión personal del autor y no un posicionamiento de alguna institución, incluso de la Contraloría General de la Unión.

1. Responsabilidad de las personas jurídicas por cohecho transfronterizo en las convenciones internacionales: resolución negociada e integración de sanciones

1.1 El surgimiento de la lucha contra corrupción

Es sentido común en la sociedad que la corrupción es un fenómeno social perjudicial para el bien estar de todos. La condena a la corrupción hace parte de la moralidad popular que puede ser encontrada en grande parte del mundo⁸. Esto resulta, en el plan jurídico, en la tipificación del delito de corrupción en los ordenamientos de la inmensa mayoría de los países.

El significado del fenómeno de la corrupción puede ser construido, por ejemplo, desde las perspectivas como sociológica, económica o jurídica⁹. No se encuentra una enunciación que delimite de modo preciso los diversos contornos que pueden involucrar el fenómeno de la corrupción¹⁰. El delito de corrupción comprende tipos e interpretaciones distintos que pueden variar dependiendo del lugar y del momento en que se analice¹¹. Aunque el lugar y hasta la cultura sean elementos importantes para la definición de un ilícito, en la mayoría de los países los hechos de soborno, cohecho¹² y fraude, así como ventajas ilícitas en contratos públicos, son reprobados por la sociedad, siendo considerados perjudiciales para todo el colectivo¹³.

Transparencia Internacional¹⁴ describe la corrupción¹⁵ como el abuso del poder confiado a una persona o un agente para beneficio propio o privado¹⁶. En ese contexto delimitado, es posible identificar el cometimiento del delito de corrupción en ambientes

⁸ FERREIRA FILHO (1991:6).

⁹ GISBERT (2012:57).

¹⁰ FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCIA (2023:39).

¹¹ ROSE-ACKERMANN & PALIFKA (2020:18).

¹² En esta monografía los términos de cohecho o soborno serán utilizados con el mismo significado.

¹³ KLITGAARD (1994:19).

¹⁴ Organismo no gubernamental en nivel global que actúa en la lucha contra la corrupción. Más informaciones en: <https://transparencia.org.es/quienes-somos/nosotros-os/>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁵ Transparencia Internacional (2009) en: *The Anti-Corruption Plain Language Guide*, disponible en: <https://www.transparency.org/>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁶ Considerando esta definición, la corrupción identifica también sus contornos en la teoría económica de asimetría de información, en especial en lo llamado riesgo moral. Este riesgo surge entre un agente que es designado, por un otro principal, para hacer una determinada actividad. Sin embargo, si el principal no ejerza un control adecuado sobre el agente, surge la posibilidad de que este tenga una actuación indebida. *Vid.* definición de riesgo moral en MANKIWI (2004:298). Para más información sobre la relación agente-principal *vid.* KLITGAARD (1994:38-39).

público o privado¹⁷. En el ambiente empresarial se denominaría corrupción privada, sin ningún involucramiento de un agente público.

Sin embargo, lo que se abordará en el presente estudio es la corrupción practicada en la esfera pública, donde el poder concedido a un agente público es corrompido, de algún modo, para la obtención de ventajas para el propio agente gubernamental o para una tercera persona. Es el acto de abuso de poder en el sector público, que ocurre para beneficiar a un particular, aunque indirectamente, con incumplimiento de normas jurídicas¹⁸.

Como se ha visto, la práctica corruptiva comprende innumerables interpretaciones y puede ser identificada en una variedad de actos, tales como: el pago de soborno, extorsión, nepotismo, fraudes a servicios públicos, fraude judicial, tráfico de influencias, conflictos de intereses, entre otros¹⁹. De hecho, en todos esos tipos de delitos es posible identificar la participación del estado por medio de la representación de un agente público, el cual incumple las reglas y normativas en virtud de interés propio o de tercera persona.

Veremos más adelante, en este estudio, las diferencias entre las legislaciones nacionales cuando reglamentaron el delito de cohecho de un agente público extranjero. Abordaremos la norma estadounidense, por ejemplo, que delimitó, para fines específicos de esta normativa, la corrupción como el acto de pagar el soborno (incluyendo acciones como prometer u ofrecer también). Por otro lado, la norma brasileña anticorrupción incluyó actos que no necesariamente incluyen el pago de soborno, como es el cartel en licitaciones públicas.

Hasta un pasado reciente, el fenómeno de la corrupción se identificaba como una práctica que ocurría en el ámbito nacional, dentro de las fronteras geográficas de un país. Sin embargo, a partir del incremento de la globalización de la economía, observado en

¹⁷ Por ejemplo, podemos indicar el Código Penal Español que en la sección 4ª trata sobre delitos de corrupción en los negocios. *Vid.* en GAMBETTA (2002:37), cuando trata sobre el quebrantamiento de la confianza, se da el ejemplo de un portero de fútbol que es contratado por los dirigentes de su equipo para hacer el mejor trabajo, o sea, no dejar que el balón adentre al gol. Sin embargo, se acepta recibir soborno de un equipo rival para facilitar los goles, acaba comercializando la confianza de su equipo.

¹⁸ BACIGALUPO & LIZCANO (2013:13). *Vid.* NYE (2009:270) tratando la corrupción como el desvío de un comportamiento esperado de un servidor público sobre sus actividades regulares en virtud de un interés privado o ventajas sean pecuniarias o no.

¹⁹ ROSE-ACKERMANN & PALIFKA (2020:18-19) presenta algunos ejemplos de tipos de corrupción como: el pago de soborno, extorsión, nepotismo, fraudes a servicios públicos, fraude judicial, tráfico de influencias, conflictos de intereses. *Vid.* también en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (arts. 15-24) definiciones de actos tipificados como corruptos en los términos aquel instrumento internacional, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

las últimas décadas, ocurrió también la internacionalización de los delitos de soborno, impactando un espectro más amplio de gobiernos, pero también organismos internacionales y empresas transnacionales que forman parte de esa estructura económica con menos fronteras²⁰. Por consiguiente, lo que era anteriormente un delito criminal limitado a las fronteras geográficas de los países, tuvo una expansión a medida que hubo una integración entre los países²¹.

Hay que subrayar que el comercio internacional solamente se concreta porque existen empresas en condiciones de operar en países extranjeros. Esta capacidad de las empresas multinacionales de hacer negocios en un país extranjero genera el riesgo de que las personas jurídicas se involucren en actos de soborno a un agente público extranjero, surgiendo, así, la corrupción transfronteriza²².

Este contexto de mayor integración global de la economía ha sido fomentado desde el fin de la Guerra Fría, que sustituyó la división del mundo en dos grandes bloques por una interdependencia entre las naciones, o sea, la seguridad y estabilidad que antes eran garantizadas por las fuerzas bélicas pasan a ser también asegurada por factores políticos y económicos²³. Con el cambio de las barreras de la Guerra Fría por una economía más integrada, los pagos de soborno por empresas exportadoras en países extranjeros pasan a ser parte de una política global²⁴.

De toda forma, esta acentuación de los delitos transfronterizos está influenciada por el incremento de transacciones que ocurren más allá de las fronteras geográficas de cada país, creando relaciones entre agentes públicos y empresas internacionales en negociaciones millonarias y, consecuentemente, oportunidades para la práctica del soborno²⁵.

Este contexto llevó a un crecimiento de casos de corrupción en nivel global, lo que provocó una respuesta por parte de la sociedad mundial. Como efecto, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, después de vivir un crecimiento acentuado del soborno en el comercio internacional, ocurrió una transformación de cómo la cumbre política y económica global comienza a tratar el tema corrupción: iniciando con la edición, por

²⁰ PÉREZ CEPEDA & BENITO SÁNCHEZ (2013:14).

²¹ FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCIA (2023:72).

²² PÉREZ CEPEDA & BENITO SÁNCHEZ (2013:17).

²³ GLYNN, KOBRIN & NAÍM (1997:9-10).

²⁴ HEIDENHEIMER & JOHNSTON (2002:895).

²⁵ RAMINA (2009:2).

Estados Unidos de América, de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), en 1977²⁶ y llegando a la celebración de tratados internacionales entre países para combatir la corrupción, como fue el convenio en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²⁷.

Así, al fin del siglo XX e inicio del XXI, los organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²⁸, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²⁹ y Organización de los Estados Americanos (OEA)³⁰, y otros entes regionales como el Consejo de Europa y la Unión Europea³¹, establecieron convenciones y tratados con el compromiso de los signatarios para establecer la criminalización del soborno transfronterizo y adoptar medidas de enfrentamiento a la corrupción.

En ese contexto, otro importante paso desarrollado por los países y organismos internacionales en la lucha contra la corrupción fue la institución y expansión de mecanismos que posibilitaron sanciones mitigadas a cambio de una colaboración por parte de las personas involucradas en los hechos ilícitos, sean físicas o jurídicas. Esas herramientas se desarrollaron fuertemente en el ordenamiento jurídico estadounidense,

²⁶ Ley editada con la finalidad de tornar ilegal ciertas personas y entidades que realicen pagos indebidos a agentes públicos extranjeros con la finalidad de obtener y mantener negocios [<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>]. Último acceso en 26/06/2024.

²⁷ HEIDENHEIMER & MOROFF (2002:929).

²⁸ Las Naciones Unidas surgieron en 1945, tras la Segunda Guerra Mundial, y tienen entre sus finalidades la manutención de “la paz y la seguridad internacionales, brindar asistencia humanitaria a quienes la necesitan, proteger los derechos humanos y defender el derecho internacional”. Más información en: <https://www.un.org/es/>. Último acceso en 12/06/2024.

²⁹ La OCDE es una organización internacional creada en la década de 1960 con la finalidad de promover políticas de prosperidad, de igualdad, de oportunidad y de bienestar. Más información en: [oecd.org](https://www.oecd.org/).

³⁰ La OEA es un organismo de espectro regional, diferentemente de la OCDE y de la ONU que poseen ámbito global. Fue creada en 1948, con objetivo de alcanzar “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia” (art. 1 de la Carta de la OEA). Más información en: <https://www.oas.org/es/>. Último acceso en 12/06/2024.

³¹ El Consejo de Europa es una organización internacional fundada en 1946 y actualmente compuesta por 46 países europeos con la finalidad de promover la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, como explica las informaciones en: <https://www.coe.int/en/web/portal/home>. Último acceso en 12/06/2024. Otros organismos que son vinculados a la Unión Europea es el Consejo Europeo, compuesto por los jefes de estado, con la responsabilidad para definir prioridades políticas, sin responsabilidad de negociar medidas legislativas y el Consejo de la Unión Europea formado por los ministros de los Estados miembros que representan sus gobiernos en la definición de legislación y coordinación de políticas, conforme las informaciones disponibles en: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies_es. Último acceso en 12/06/2024. Para comprender los roles de Consejo de Europa y los órganos de la Unión Europea y las diferencias entre estas instituciones *vid.* más informaciones en FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2023:201-203), en la nota al pie de página n.º394.

replicándose posteriormente para otros países, como una forma pragmática de resolución de casos de corrupción, evitando riesgos de impunidad³².

Así, en esa primera parte del estudio, nos concentraremos en identificar cómo esos temas fueron desarrollados desde los primeros convenios internacionales y de qué manera son abordados actualmente en el Derecho Internacional público pasadas casi tres décadas desde la edición de la primera convención internacional que trató sobre el tema.

1.2 Sanciones por medio de justicia negociada

La amplia dimensión de los actos de soborno transfronterizo provocó un movimiento, en el ámbito global, para que ese delito fuera combatido en el escenario internacional. Ese movimiento, concretizado principalmente en las diversas convenciones internacionales editadas a los finales de la década de 90 e inicio de los 2000, fue incentivado, como vimos, por los Estados Unidos que empezaron ese proceso con la edición de la FCPA³³.

Con la edición de la FCPA inició un movimiento de las corporaciones norteamericanas para que las prácticas combatidas por la normativa estadounidense también fueran adoptadas en otros países, especialmente aquellos que sean relevantes comercialmente³⁴.

De este modo, en el ámbito del Derecho Internacional público, fueron adoptadas medidas por las organizaciones internacionales para la implementación de convenciones y tratados que abordasen la criminalización del soborno transfronterizo. Destacamos las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 2003, de la

³² MAKINAWA & SØREIDE (2020:2).

³³ La normativa editada en 1977 por el Congreso norteamericano, tras el escándalo *Watergate*, pasó a prohibir que ciudadanos o empresas norteamericanas pagaran, ofrecieran pagar o prometieran pagar cohecho a agentes públicos para influenciar en actos oficiales GLYNN, KOBRIN & NAÍM (1997:17). El presidente norteamericano Jimmy Carter firmó la ley de la FCPA que resultó de las medidas legislativas tomadas por el Congreso del EE.UU., tras el caso *Watergate*, para introducir acciones de transparencia en financiamiento de campañas políticas y para criminalizar el cohecho practicado por empresas a agentes públicos extranjeros, siendo el primero país por prever en su legislación nacional ese tipo de delito VOGL (2016:153 y ss.). El autor explica el caso *Watergate* que se refiere a una arquitectura secreta de financiamiento para campaña de la reelección del presidente norteamericano Richard Nixon realizada por grandes empresas de EE.UU. involucradas en sobornos a oficiales extranjeros.

³⁴ ROSE-ACKERMANN & PALIFKA (2020:392). *Vid.* también VOGL (2016:161-162) que explica que en el inicio de vigencia de la FCPA la sensación de las empresas norteamericanas era de injusticia, colocándolas en una situación de desventaja competitiva con empresas que pagaban cohecho transfronterizo. Después, cambiaron la táctica dejando de criticar la Ley y pasaron a presionar el gobierno norteamericano para que fomentase acuerdos internacionales para que la perspectiva de la FCPA fuera aplicada en el ámbito global, de modo que se creara un escenario donde las demás multinacionales también pudieran ser procesadas por cohecho transfronterizo.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), aprobada en el año 1997, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 1996, del Consejo de Europa, de 1999, y de la Unión Europea (UE), con la reciente propuesta de Directiva de 2023.

Como analizaremos adelante, una de las grandes iniciativas identificadas en las convenciones internacionales, además de fomentar la tipificación del delito de soborno transfronterizo, fue traer para la discusión el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas involucradas en el cohecho transnacional. Con esa directriz, los países signatarios fueron provocados a internalizar medidas legislativas que establecieran la responsabilidad corporativa. Esas medidas ampliaron el espectro de responsabilidad, una vez que la sanción quedaría limitada para las personas naturales, como los dirigentes, empleados y representantes de la compañía. De hecho, en las dos últimas décadas, diversas legislaciones fueron establecidas por los países de modo a proporcionar medidas capaces de ampliar el enfrentamiento a la corrupción³⁵.

La inclusión de personas jurídicas como actores también responsables por los actos ilícitos de soborno transfronterizo busca complementar los vacíos legales de responsabilización existentes, especialmente del lado activo de la corrupción. Introduce la posibilidad de alcanzar una sanción para todos involucrados, con los efectos disuasorios que derivan del sistema jurídico sancionador, como también permite mejores expectativas con relación al decomiso y al resarcimiento de daños³⁶.

Mas allá de fomentar los países signatarios a una implementación normativa interna para tipificar el delito de soborno transfronterizo y para instituir la responsabilidad de las personas jurídicas, el movimiento internacional también inició con la implementación de instrumentos de colaboración por parte de personas y empresas involucradas en los actos de cohecho. Aunque, inicialmente, no haya sido un dispositivo previsto en todas las convenciones, las legislaciones nacionales que reglamentaron los compromisos y el propio mecanismo de seguimiento de implementación de los términos

³⁵ Podemos ejemplificar con las leyes anticorrupción de Chile, en 2009 - Ley 20.393, de Reino Unido, en 2010 - UK Bribery Act, de España, con la introducción del art. 31bis en el Código del Penal, en 2010, de Brasil, en 2013 - Ley n.º 12.846/2013, de Colombia, en 2016 - Ley n.º 1778, de 2016, de Argentina, en 2017, Ley n.º 27.401.

³⁶ PIETH (2007a:176-177).

de las convenciones se encargaron de ampliar el uso de ese instrumento de aplicación de justicia negociada³⁷.

Fue en este ambiente normativo del Derecho Internacional donde se fomentó la tipificación del cohecho transfronterizo, la responsabilidad de personas jurídicas y los procedimientos consensuales. En continuación, buscaremos identificar y analizar en las convenciones las directrices acerca de la aplicación de sanción en resoluciones consensuales coordinadas con más de una autoridad extranjera.

1.2.1 ONU – Convenciones de las Naciones Unidas

El organismo internacional de las Naciones Unidas editó dos relevantes convenciones relacionadas con la lucha contra la corrupción transnacional: la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCDOT)³⁸, en el año 2000, y después la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)³⁹, en 2003.

El primer documento, fue generado con la finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir de manera más eficaz la delincuencia organizada que traspasa las fronteras geográficas de los países. Hay que subrayar el artículo 8 de la CNUCDOT se establece la necesidad de que cada Estado Parte adopte medidas legislativas para tipificar la corrupción como delito, incluso cuando el soborno ocurra con funcionario público extranjero, siendo necesario prever medidas de responsabilización⁴⁰.

Con relación a la responsabilidad de las personas jurídicas, la CNUCDOT establece que los Estados parte deben adoptar medidas para que las personas jurídicas involucradas en los delitos definidos en el documento sean sancionadas. La normativa presenta una importante flexibilidad con relación al sistema jurídico nacional de cada

³⁷ *Vid.* en RODRÍGUEZ-GARCÍA (1997: 23-25) la terminología de justicia negociada utilizada en estudio realizado sobre el sistema procesal penal norteamericano, donde una inmensa mayoría de los procesos son resueltos con la celebración de un acuerdo entre la autoridad acusadora y la parte acusada, sin cumplir todas las etapas del proceso acusatorio. Ese mecanismo de solución consensual fomentado en los EE.UU. se presenta como una solución para traer simplificación, celeridad y más eficacia a un sistema procesal penal que se demuestra insuficiente para atender la demanda, teniendo siempre en cuenta los derechos fundamentales garantizados. *Vid.* también en el estudio de la OCDE (2019:23), acerca de resoluciones negociadas, en lo cual se apunta que en EE.UU. se resuelven cerca de 96% de los casos de soborno transfronterizo utilizando soluciones negociadas y consensuales.

³⁸ Documento disponible en <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>. Último acceso en 02/07/2024.

³⁹ Documento disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁰ Art. 9 de la CNUCDOT.

país, mencionando que esa responsabilización empresarial puede ser en el ámbito criminal, el civil o el administrativo⁴¹.

La CNUCDOT es explícita en fomentar mecanismos de colaboración con las autoridades por parte de las personas involucradas en los ilícitos. Además, define que los países signatarios deben evaluar la posibilidad de atenuar o hasta incluso eximir de sanciones los acusados que vengán a cooperar de modo relevante con la investigación o con el proceso, lo que debe ser considerado también cuando esa cooperación ocurra con otro estado parte interesado⁴².

La implementación de la Convención por los Estados Parte es acompañada por la Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas — UNODC⁴³, por medio de un mecanismo de revisión en el plenario de la conferencia y un segundo procedimiento que es realizado con la evaluación de un país signatario por dos otros Estados Parte de la Convención⁴⁴.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) fue publicada posteriormente, en 2003, con un enfoque exclusivo en el delito de corrupción. Posee alcance a todos miembros de las Naciones Unidas, siendo 189 Estados los que ya firmaron la Convención⁴⁵.

La normativa está estructurada en temas de medidas preventivas, de penalización y aplicación de la ley, de cooperación internacional, de recuperación de activos, de asistencia técnica y de intercambio de información y mecanismos de aplicación. La CNUCC exige de los Estados Parte la tipificación del soborno de funcionario público extranjero⁴⁶.

Otro tema abordado en el instrumento jurídico es la responsabilidad de la persona jurídica, la cual debe ser implementada en los sistemas jurídicos nacionales por los estados parte. Sin embargo, la CNUCC también no determina o delimita ningún modelo

⁴¹ Art. 10 de la CNUCDOT.

⁴² Art. 26 de la CNUCDOT.

⁴³ Sigla en inglés para *United Nations Office on Drugs and Crime*.

⁴⁴ Para más informaciones acerca del mecanismo de revisión de implementación de la Convención *vid.* <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/review-mechanism-untoc/overview.html>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁵ Informaciones disponibles en: <https://www.unodc.org/corruption/en/uncac/learn-about-uncac.html>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁶ Art. 16 de la CNUCDOT.

de derecho sancionador para las empresas, que pueden ser en la esfera penal, civil o administrativa⁴⁷.

De mismo modo que la CNUCDOT, los miembros de las Naciones Unidas aprobaron en la CNUCC mecanismos de colaboración entre las personas involucradas en hechos corruptos con las autoridades responsables por la investigación. Por lo tanto, medidas para atenuar o para eximir sanción pueden ser obtenidas en cambio de una colaboración eficaz⁴⁸.

En las dos convenciones de las Naciones Unidas presentadas, cuando versan sobre la cooperación con las autoridades, utilizan el término “personas” para aquellas involucradas en los ilícitos y que pueden colaborar con las autoridades. Una rápida mirada en los documentos podría llevarnos a una interpretación que solo personas físicas tendrían ese incentivo. Sin embargo, al consultar las normativas integralmente, verificamos que esa es la terminología utilizada a lo largo de los documentos, los cuales poseen un capítulo propio de responsabilidad de personas jurídicas, reconociendo que son agentes activos en el cometimiento del ilícito, permitiendo deducir también que las personas jurídicas podrían elegir un mecanismo de colaboración⁴⁹.

La propia CNUCC, en su artículo 39, determina que los países signatarios deben estructurar mecanismos de cooperación entre las autoridades nacionales y el sector privado. Mas allá, el documento de la “UNODC — Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica”⁵⁰ consigna la necesidad de que las infracciones graves sean divulgadas en la estructura interna empresarial y, con un debido análisis del sistema jurídico de cada país, comunicadas a las autoridades, siendo que tal comportamiento podría conllevar a medidas mitigadoras por parte de las autoridades.

En el mismo sentido, en 2017, la Subdivisión de Lucha contra la Corrupción y los Delitos Económicos, de la UNODC, divulgó un estudio que analiza la aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención por los estados parte evaluados. El citado documento registró las evaluaciones realizadas sobre la implementación del artículo 37 de la Convención e

⁴⁷ Art. 26 de la CNUCC.

⁴⁸ Art. 37 de la CNUCC.

⁴⁹ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:79).

⁵⁰ Guía Naciones Unidas (2013), una guía elaborada en 2013 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito conteniendo medidas que pueden ser adoptadas por las empresas para establecer un programa anticorrupción. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

identificó que en algunos países ya existían (o estaban elaborando) leyes para establecer mecanismos de negociación de sanción. La conclusión consignada en el documento acerca de las evaluaciones realizadas por los equipos es que las medidas para implementación del artículo 37 eran satisfactorias, siendo que en algunos casos recomendaron a las autoridades nacionales que apreciaran la posibilidad de ampliación de delitos previstos en la Convención que pudieran ser tratados en colaboración⁵¹.

Todos estos documentos e instrumentos de las Naciones Unidas conllevan a un entendimiento de que la colaboración de personas jurídicas involucradas en actos de corrupción es posible y hasta fomentada en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Por fin, en el párrafo 7 del artículo 63 de la Convención se estableció que si fuera necesario podría ser definido un mecanismo para apoyar la aplicación efectiva de la normativa. Así, en 2009, la conferencia de los Estados Parte en CNUCC aprobó, por medio de la Resolución 3/1⁵², el “Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” que es un procedimiento de revisión por pares para apoyar los países signatarios en la implementación de la Convención⁵³.

1.2.2 OCDE - Convención para Combatir el Cohecho de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

La OCDE aprobó el 17 de diciembre de 1997 la Convención para Combatir el Cohecho de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención de la OCDE)⁵⁴. Actualmente, son signatarios de la convención 44 países,

⁵¹ *Vid.* el estudio “Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (capítulo III, A 2) que registra las conclusiones sobre las evaluaciones de la implementación del artículo 37 de la Convención por los estados parte. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2018/V1704682s.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵² Texto de la Resolución 3/1 disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism-BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation_-_Basic_Documents_-_S.pdf. Último acceso en 12/06/2024. En este documento también se encuentra los términos de referencia de orientación para los países parte para realización de la evaluación de implementación de la Convención.

⁵³ Informaciones disponibles en: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/implementation-review-mechanism.html>. Último acceso en 13/06/2024.

⁵⁴ Convención disponible en: <https://www2.oecd.org/corruption/anti-bribery/>. Último acceso en 03/07/2024.

siendo los 38 miembros de la OCDE⁵⁵ así como 6 países no miembros (Argentina, Brasil, Bulgaria, Perú, Rusia y Sudáfrica).

La iniciativa de la organización, que culminó con la edición de la Convención de la OCDE, no empezó de manera sencilla. Como visto, había una presión de E.E. U.U. para que el marco jurídico de la FCPA también fuera trasladado a los demás países industrializados. Sin embargo, diversos países europeos, al principio, se opusieron a la propuesta norteamericana, indicando que el delito de soborno era de responsabilidad interna y una legislación internacional estandarizada violaría la soberanía de cada país⁵⁶.

Sin embargo, la OCDE, desde 1989, tiene papel relevante en el escenario mundial en la lucha contra la corrupción. Las iniciativas de emitir sus Recomendaciones de 1994⁵⁷, 1996⁵⁸ e 1997⁵⁹ y de estructurar el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (*Working Group on Bribery in International Business Transactions – WGB*)⁶⁰ conllevaron la adopción de la Convención de la OCDE por sus miembros y que hoy representa un relevante mecanismo de enfrentamiento al cohecho transnacional⁶¹.

⁵⁵ En el sitio de la OCDE en la internet es posible consultar las fechas de ratificación de cada país signatario: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁶ KOCHI (2002:103).

⁵⁷ Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales, adoptada en mayo de 1994, que, en resumen, recomendó a los países miembros que adoptaran medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros con relación a negocios internacionales. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0276>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁸ Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, adoptada en abril de 1996, que recomendó a los países miembros que no rechazaran la deducibilidad de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros reexaminaran este procedimiento con la intención de denegar dicha deducibilidad. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0286>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁹ Recomendación del Consejo de la OCDE, adoptada en mayo de 1997, que revocó la Recomendación de 1994 y estableció como recomendación general a los países miembros, entre otras, que fueran adoptadas medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros con relación a transacciones comerciales internacionales. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0290>. Último acceso en 12/06/2024.

⁶⁰ El Grupo de Trabajo fue instituido en 1994 y ten la responsabilidad de monitorear la aplicación por los miembros de la Convención y sus instrumentos relacionados, como las Recomendaciones de la OCDE. Después de la aprobación de la Convención, en 1997, se expidieron dos importantes recomendaciones por la OCDE, en 2009 y en 2021, con la finalidad de mantener actualizados las medidas anticorrupción a lo largo del tiempo. Información disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>.

⁶¹ OCDE (2000) *OECD Policy Briefs*, sept./2000, disponible en: <https://www.oecd.org/governance/ethics/1918235.pdf>. Último acceso en 13/06/2024.

Las recomendaciones expedidas por el Consejo de la OCDE, en que pese a que no sean vinculantes en una perspectiva legal⁶², fueron, juntamente con todo compromiso del Grupo Antisoborno (WGB), esenciales como etapas, al largo de la década de 1990, para la construcción de la Convención de la OCDE.

La Convención de la OCDE no es la más antigua en tratar sobre soborno internacional, tampoco es el instrumento jurídico internacional que posee más signatarios. No obstante, los 44 países signatarios poseen gran representatividad en el comercio global⁶³, además, su estructura de actuación por intermedio del Grupo de Trabajo (WGB) y la actualización de sus recomendaciones hacen de la Convención un instrumento relevante en el enfrentamiento a la corrupción.

La Convención de la OCDE está compuesta por 16 artículos que, además de definir y delimitar el ilícito de cohecho en las transacciones comerciales internacionales, establecen sanciones y medidas de jurisdicción que deben ser observadas por los países partes.

En términos de la responsabilidad de la persona jurídica, la Convención de la OCDE establece en su artículo segundo que las partes signatarias adoptarán las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el soborno de un funcionario público extranjero. Considerando la relevancia en el comercio mundial que poseen los países signatarios de la OCDE, el referido compromiso asumido en aquel momento representaba un gran éxito en la lucha contra corrupción, incluso porque fomentó la ampliación de este mecanismo en naciones ajenas al eje europeo y norteamericano⁶⁴.

El artículo segundo de la Convención de la OCDE deja claro, así como es la esencia del documento, que las medidas de implementación de la responsabilidad de persona jurídica deben ser editadas en los límites de los principios legales de cada Estado

⁶² Las recomendaciones del Consejo de la OCDE no son jurídicamente vinculantes, sin embargo, representan un compromiso político con los principios que consignan, generando una razonable expectativa de que los países adherentes vayan a implantarlas. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/about>. Último acceso en 01/07/2024.

⁶³ En 2018 la OCDE divulgó que sus 44 países partes de la Convención representaban 81% del investimento extranjero directo y 66% de la exportación global. Información disponible en: <https://www.oecd.org/corruption/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁶⁴ MÖHRENSCHLAGER (1999:102). *Vid.* en el estudio divulgado por la OCDE (2016:14) que antes de la adopción de la Convención en 1997, cerca de 60% de los países signatarios poseían legislaciones para responsabilizar empresas acerca de ilícitos económicos o regulatorios y que después diversas medidas legislativas fueron adoptadas para establecer o desarrollar las legislaciones.

Parte. No exige, por ejemplo, que la responsabilidad empresarial sea obligatoria en la esfera del Derecho Penal. La Convención, en el artículo tercero, registra la aceptación de un sistema legal distinto, siempre y cuando sea suficiente para sancionar las personas jurídicas de modo efectivo, proporcional y disuasorio, aunque no penalmente⁶⁵.

La Convención de la OCDE no definió mecanismos de colaboración para las personas investigadas o imputadas. Por otro lado, en su artículo 5 estableció que la investigación y la persecución deben estar sujetas a las reglas y principios de cada país miembro, reconociendo que en algunos ordenamientos jurídicos nacionales hay discreción en los procedimientos de persecución⁶⁶.

Esa “omisión” acerca de los mecanismos de colaboración y procedimientos de sanción de manera consensual⁶⁷ no refleja el actual entendimiento del organismo sobre esos institutos, como es posible se identificar en las recomendaciones e informes divulgados posteriormente a la edición de la Convención, los cuales comentaremos en siguiente.

Aunque inicialmente la Convención de la OCDE no había previsto las resoluciones consensuales, otros documentos demuestran su adherencia a esos mecanismos, a saber: la Recomendación de 2009⁶⁸, el estudio sobre las resoluciones de casos de soborno transfronterizo utilizando acuerdos⁶⁹ y la Recomendación de 2021⁷⁰, todos resultados de trabajos realizados por el Grupo de Trabajo (WGB).

En la recomendación editada por el organismo en 2009 ya es posible identificar indicios del reconocimiento de medidas colaborativas. En el ítem que trata sobre el reporte de casos de soborno, hay recomendación para que los países partes adopten

⁶⁵ Vid. PIETH (2007a:182) que menciona que la Convención no excluyó la responsabilización empresarial por otras vías que no la penal, siendo que la preocupación es con la efectividad de la sanción, lo que es mensurado y monitoreado durante las evaluaciones de implementación de la Convención por los signatarios por el Grupo de Trabajo (WGB).

⁶⁶ Vid. CULLEN (2007b:308-310) registrando que en aquel momento la opinión era de que el WGB estaba más preocupado con la efectiva capacidad de investigación de los países que la utilización de instrumentos consensuales.

⁶⁷ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:84) apuntan como posibilidad para esa omisión el momento en que es editada la Convención, lo que parece tener sentido una vez que la contemporánea Convención de la OEA (1996) tampoco consignó mecanismos de colaboración.

⁶⁸ Documento disponible en: <https://web-archive.oecd.org/2019-05-10/111174-OECD-Anti-Bribery-Recommendation-ENG.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁶⁹ OCDE (2019): *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁷⁰ Documento disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>. Último acceso en 12/06/2024.

medidas adecuadas para proteger empleados públicos y privados que denuncien, de buena fe y en bases razonables, sospechas de casos de soborno transfronterizo ante las autoridades competentes.

El citado documento también indica, al comentar sobre el rol de la auditoría externa independiente, que los países miembros deben estimular que las empresas que reciban informes de presuntos actos de soborno por parte de un auditor externo tomen las medidas necesarias. La Recomendación de 2009 establece, todavía, que los países consideren la posibilidad de requerir esos informes de auditoría externa, cuando aplicable, garantizando a los auditores protección de eventual medida legal.

Aunque que no sea el establecimiento de un procedimiento para negociación de un acuerdo o de una colaboración en el ámbito del proceso, las provisiones establecidas en la Recomendación 2009 de la OCDE ya registraban un reconocimiento inicial de formas de colaboración del sector privado con las autoridades de persecución y fomentaba la estructuración de un guion de buenas prácticas de controles internos, ética y cumplimiento para las empresas.

El estudio editado por la OCDE en 2019 (*Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*) es un relevante reconocimiento, por parte de la OCDE, de los mecanismos consensuales como una herramienta utilizada en los principales casos de soborno transfronterizo resueltos por los países signatarios de la Convención.

El mencionado estudio de 2019, realizado por el Grupo de Trabajo (WGB), registra que cerca del 80% de los casos de soborno transfronterizo resueltos por los países signatarios, desde la edición de la Convención OCDE, utilizaron mecanismos consensuales⁷¹. Ese número es todavía más relevante cuando se mira a las responsabilizaciones de personas jurídicas involucradas en la corrupción, ya que las sanciones que son aplicadas por medio de acuerdos alcanzan alrededor de 90% de las veces⁷².

En el estudio de la OCDE podemos identificar la relevancia que los instrumentos de justicia consensual poseen en el ámbito de la lucha contra la corrupción transfronteriza, sea en el aspecto cuantitativo, considerando la proporción de casos que son resueltos con

⁷¹ OCDE (2019:19).

⁷² OCDE (2019:23).

estes instrumentos, pero también en medida cualitativa, considerando las sanciones que se logran aplicar, las cuales quizás no serían alcanzadas en los procesos judiciales ordinarios⁷³.

En 2021, la OCDE editó una nueva Recomendación (Recomendación OCDE Anticorrupción 2021) con la finalidad de actualizar y ampliar la Recomendación emitida en 2009, a partir de evaluaciones y trabajos realizados por el Grupo de Trabajo (WGB)⁷⁴. En la misma expresamente se recomienda a los países signatarios que consideren mecanismos como acuerdos negociados con personas jurídicas o naturales para resolución de casos de soborno, sin la necesidad de tramitar todo el proceso judicial o administrativo⁷⁵. Con esa manifestación, en definitiva, la OCDE insiere en el ámbito de su Convención⁷⁶ los acuerdos y resoluciones negociadas como herramientas para sancionar a personas jurídicas involucradas en ilícitos de soborno transfronterizo.

1.2.3 OEA - Organización de los Estados Americanos

La Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)⁷⁷ es el compromiso firmado, en 1996⁷⁸, por los 34 países miembros de la OEA para adopción de medidas para enfrentamiento de la corrupción.

El documento fomenta que los países miembros desarrollen instrumentos para la prevención, la detección y la sanción de actos corruptos. Para ello, es taxativo, por ejemplo, en establecer medidas preventivas y definir los actos de corrupción, incluyendo aquellos de carácter transnacional.

⁷³ El estudio de la OCDE sobre las resoluciones negociadas apunta que los casos con mayor cantidad de sanciones fueron resueltos con acuerdos, involucrando, inclusive, más de una jurisdicción *vid.* OCDE (2019:16)

⁷⁴ OCDE (2023:3) *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD/LEGAL/0378: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>. Último acceso en 26/06/2024.

⁷⁵ *Id.* OCDE (2023:9) que se refiere a *Non-Trial Resolutions* como aquellos mecanismos con finalidad de solucionar acusaciones, sin el trámite integral de un proceso judicial o administrativo (artículo XVII).

⁷⁶ Los países signatarios de la Convención deben adherir a las recomendaciones, incluso a de 2021 OCDE (2023:3).

⁷⁷ Convención disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.

⁷⁸ El instrumento, firmado en marzo de 1996, es noticiado por la OEA como el primero instrumento en el ámbito del derecho público internacional *vid.* https://www.oas.org/juridico/spanish/folleto_mesicic.pdf. Último acceso en 12/06/2024. En el preámbulo de la Convención también registra su pionerismo al señalar que los estados miembros están convencidos de la necesidad de adopción de un “instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción”.

Además, establece la necesidad de sistemas de protección al denunciante de buena fe⁷⁹ y establece que cada estado parte debe prohibir y sancionar el delito de cohecho transnacional, el cual puede ser practicado por los nacionales residentes o empresas ubicadas en el territorio del país signatario⁸⁰. Por otro lado, no menciona mecanismos de colaboración en el ámbito de la justicia negociada. Esa “omisión” puede estar relacionada con el momento de su edición, una vez que se trata del instrumento internacional inaugural con relación al tema⁸¹.

Sin embargo, los mecanismos consensuales de aplicación de sanciones no parecen confrontar con la Convención. Por el contrario, los actuales documentos y manifestaciones emitidos por la OEA, en sede de seguimiento de implementación de la Convención, convergen con esos instrumentos de aplicación de sanciones mitigadas, como se verifica en los informes emitidos por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC)⁸².

En ese sentido, en el Informe Hemisférico de la Quinta Ronda de Análisis⁸³, el Comité registró como buenas prácticas acerca de las materias de la Convención el “sistema de responsabilidad jurídica de personas jurídicas y acuerdos de lenidad”, presentado por Brasil⁸⁴. Además, en el documento “Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Conferencia de los Estados Parte del MESICIC” se considera como tema de interés colectivo la responsabilidad del sector privado en la prevención y el combate a la corrupción. Hay una sección específica sobre el asunto en la que expresamente se elogia

⁷⁹ Art. III (8) de la CICC.

⁸⁰ Art. VIII de la CICC. La Convención de la OEA no establece la de responsabilidad de personas jurídicas. Sin embargo, de la lectura del artículo VIII, que menciona la prohibición de soborno por empresas locales y que debe también haber sanción por parte de los estados parte, aquí ya existiría una previsión de responsabilidad empresarial. *Vid.* OCDE - “La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina”, disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf. Último acceso en 26/06/2024.

⁸¹ LINS (2021:31).

⁸² El MESICIC es el instrumento definido por la OEA para apoyar los países parte en la implementación de la Convención. Las evaluaciones son realizadas periódicamente por una revisión entre los pares, o sea, entre los países signatarios, de donde puede surgir recomendaciones para las áreas que demanden avances. Para más informaciones sobre el MESICIC consultar https://www.oas.org/juridico/spanish/folleto_mesicic.pdf y <https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/documentos.html>. Último acceso en 12/06/2024.

⁸³ Documento del “Informe Hemisférico de la Quinta Ronda”, de marzo 2020, disponible para consulta en: https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic_inf_hem_final_5_ronda.pdf. Último acceso en 12/06/2024. El reglamento de procedimientos que tiene por finalidad organizar el funcionamiento del Comité de Expertos del MESICIC (https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_rules_es.pdf) Último acceso en 12/06/2024. establece en su artículo 30 que al concluir una ronda de evaluaciones el Comité adoptará un Informe con un análisis general en carácter colectivo, a partir del análisis de cada país.

⁸⁴ El documento presentado por Brasil en el primer semestre de 2019 está disponible en: https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/bp2019_sem2_bra_ppt.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

el análisis realizado que identifica el sector privado como un actor fundamental en la lucha contra corrupción, adoptando diversas medidas como la obligación de empresas y sus representantes a denunciar actos de corrupción, así como elaboración de guías para incentivar la cooperación entre los sectores público y privado⁸⁵.

En ese contexto, se puede inferir que los mecanismos consensuales de aplicación del derecho sancionador no son rechazados por el organismo, aunque no estén previstos objetivamente en el texto de la Convención o en los documentos de seguimiento de su implementación. Además, en que pese la carencia de directivas explícitas acerca de los mecanismos de colaboración, su aplicación como herramientas en el combate a la corrupción por países como Brasil y EE.UU., miembros de la OEA, permiten el conocimiento de esos mecanismos a los demás países parte y a la propia OEA⁸⁶.

1.2.4 Consejo de Europa

Hay dos instrumentos jurídicos relevantes en el tema de combate a la corrupción en el ámbito europeo: la Convención contra corrupción en materia penal y otra en materia civil. Ambos documentos fueron emitidos en el año 1999, siendo el de materia criminal editado en enero⁸⁷ y el de contenido civil⁸⁸, en octubre.

Las Convenciones del Consejo de Europa fueron emitidas en el contexto del movimiento internacional de combate a la corrupción, en un momento en que ya se tenía la Convención de la OEA y de la OCDE. Además del ambiente internacional, desde 1996 el Comité de Ministros del Consejo de Europa ya había aprobado el Programa de Acción Contra la Corrupción⁸⁹.

El Programa, por ejemplo, ya daba noticia de que estaba en curso un proceso de elaboración de dos convenciones, una de materia criminal y una segunda para otros instrumentos legales necesarios. El Programa recomendaba que fueran tratados temas como soborno transfronterizo y responsabilidad de personas jurídicas⁹⁰.

Sobre el tema, está establecido expresamente en la Convención Penal sobre Corrupción que cada país parte debe adoptar las medidas necesarias para tipificar el

⁸⁵ *Vid.* Apartado 6.1 del documento disponible en: https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic_cosp_iv_rec_sp.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁸⁶ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:97).

⁸⁷ Disponible en: <https://rm.coe.int/168007f3f5>. Último acceso en 12/06/2024.

⁸⁸ Disponible en: <https://rm.coe.int/168007f3f6>. Último acceso en 12/06/2024.

⁸⁹ Disponible en: <https://rm.coe.int/09000016809139ac>. Último acceso en 12/06/2024.

⁹⁰ *Vid.* Programa de Acción Contra la Corrupción (pp. 33 y ss.) y (pp. 88 y ss.) disponible en: <https://rm.coe.int/09000016809139ac>. Último acceso en 26/06/2024.

crimen de soborno transfronterizo⁹¹. Además, medida similar es exigida de los países miembros para definir la responsabilidad de personas jurídicas y que sean procesadas por ilícitos criminales de corrupción activa⁹².

Acerca de los procedimientos de colaboración o de justicia negociada, la Convención se restringe a mencionar en su artículo 22 que los países parte deben adoptar medidas para proteger aquellos que colaboran con las autoridades investigadoras.

Pasando para la otra Convención del Consejo de Europa sobre corrupción, la civil, ésta es más sucinta con relación a estos temas, sin llegar a abordar directamente el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas o los mecanismos de colaboración. Sin embargo, el artículo sobre la responsabilidad civil, que trata de la compensación por daños, no hace ninguna restricción acerca de las personas que podrían ser demandas, lo que se puede interpretar que tanto las físicas como las jurídicas podrían ser enjuiciadas.

Se destaca también que ambos instrumentos poseen artículos que resaltan la necesidad de que sean cumplidos los compromisos asumidos por los países signatarios junto a otros instrumentos internacionales, lo que preservaría otras prácticas adoptadas y reconocidas en otros convenios, como la aplicación de sanciones con la utilización de resoluciones negociadas.

Las Convenciones del Consejo de Europa, al igual que otros convenios internacionales, también poseen mecanismo de seguimiento de su implementación por los países parte. En este caso, el seguimiento es realizado por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). El mismo es responsable de verificar la implementación de la Convención en cada país y para ello cuenta con expertos indicados por cada miembro para realización de evaluaciones mutuas⁹³.

En la segunda ronda de evaluación realizada por el GRECO se analizaron temas acerca de las personas jurídicas⁹⁴. En ese contexto, en el informe sobre los EE.UU.⁹⁵ el equipo de evaluación externa del GRECO tomó conocimiento del mecanismo de *Deferred*

⁹¹ Artículos 5 y 6 de la Convención.

⁹² Artículo 18 y artículo 19 apartado (2) de la Convención.

⁹³ Para más informaciones acerca de las actividades realizadas por GRECO consultar: <https://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>. Último acceso en 12/06/2024.

⁹⁴ Artículos 14, 18 y 19 (2) de la Convención Penal.

⁹⁵ Informe de la segunda ronda de evaluación de EE.UU. (*vid.* párrafos 155 y 190 del citado informe) disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca54f>. Último acceso en 12/06/2024.

Prosecution Agreement (DPA) ⁹⁶ utilizado por la Fiscalía norteamericana y analizó sus ventajas, aunque haya indicado los riesgos de los efectos disuasorio de la legislación criminal.

De esta forma, las Convenciones del Consejo del Europa y los documentos del GRECO abordan el tema de la responsabilidad de personas jurídicas, incluso mediante otros medios que no sean penales. Además, son claros acerca de la utilización de mecanismos consensuales para la aplicación de sanciones. En ese punto, considerando las herramientas de negociación ya utilizadas en cada Estado Parte y reconocidas por otros organismos internacionales, como la OCDE, y el propio seguimiento realizado por el GRECO, es posible decir que la justicia negociada para la aplicación de sanción contra personas jurídicas involucradas en corrupción es coherente y armoniosa con las convenciones de corrupción del Consejo de Europa.

1.2.5 Unión Europea

Podríamos todavía resaltar como documentos relevantes sobre corrupción en la Unión Europea el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea⁹⁷ y la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa la tipificación de la corrupción que afecta al sector privado⁹⁸.

Pese a que ambos instrumentos jurídicos sigan vigentes, están en proceso de sustitución⁹⁹ una vez que la Comisión Europea editó, el tres de mayo de 2023, una propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito europeo¹⁰⁰.

⁹⁶ El Departamento de Justicia de EE.UU. (DOJ - la sigla en inglés) define el DPA como una solicitud de diferimiento de la aplicación de sanción al juez, en virtud de un acuerdo con la empresa que incluye, por ejemplo, el pago de una multa, el reconocimiento de los ilícitos cometidos, la cooperación con las autoridades y el compromiso de implementar un programa de integridad. Si la empresa cumple con los compromisos del acuerdo el DOJ solicita al tribunal que desestime los cargos contra la persona jurídica. Guía FCPA (2020: 75-76).

⁹⁷ Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:195:FULL>. Último acceso en 12/06/2024.

⁹⁸ Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568>. Último acceso en 12/06/2024.

⁹⁹ Considerando que el artículo 27 de la novedosa propuesta Directiva establece la “Sustitución de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea” enfocaremos el análisis en el contenido propuesto como nuevo paradigma sobre el tema de la corrupción en la Unión Europea.

¹⁰⁰ *Vid.* comunicado de la Unión Europea sobre la propuesta de Directiva: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_2516. Último acceso en 12/06/2024. Como esclarece el

La propuesta de Directiva¹⁰¹ expone la necesidad de actualización del ordenamiento jurídico europeo en relación con la lucha contra corrupción, mencionando la insuficiencia de los normativos existentes. Así, considerando la evolución normativa, priorizaremos el análisis sobre los elementos de esta propuesta.

En lo que respecta a los temas de responsabilización de las personas jurídicas y las herramientas de aplicación de sanción negociada, que es el objeto del nuestro estudio, la propuesta de Directiva presenta elementos más claros y objetivos cuando es comparada con los demás instrumentos internacionales hasta aquí comentados.

En el apartado 7 del artículo 2 la propuesta Directiva define qué son las personas jurídicas para efectos de la norma, con una delimitación amplia, excluyendo apenas Estados y órganos públicos nacionales o internacionales. En el artículo 16 establece que los Estados miembros deben adoptar medidas para garantizar que las personas jurídicas involucradas en los ilícitos relatados en la Directiva (entre ellos el pago de cohecho a funcionarios extranjeros¹⁰²) puedan ser responsabilizadas, cuando las infracciones hayan sido cometidas en su favor. El artículo siguiente describe las sanciones aplicables a las personas jurídicas, dejando claro, en el apartado 2 letra “c)”, que las multas pueden ser penales o no.

Con respecto a la inserción de medidas de justicia negociada, la propuesta presenta en el apartado 2 del artículo 18 una estructura de tres situaciones que pueden atenuar las sanciones aplicables. La primera está relacionada con la facilitación de informaciones a las autoridades, de modo que esa colaboración implique el descubrir otros infractores y encontrar pruebas. Las otras dos son específicas para personas jurídicas, una relacionada con la existencia o implementación de un programa de cumplimiento en la empresa y la otra si la persona jurídica se comunica con las autoridades en caso de descubrir un ilícito y adopta medidas de reparación.

comunicado, después de la discusión con el Parlamento Europeo y el Consejo que la propuesta podrá tornarse ley.

¹⁰¹ *Vid.* la exposición de motivos de la propuesta Directiva disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁰² El artículo 7 (a) tipifica el cohecho activo, como “la promesa, el ofrecimiento o la concesión, directamente o a través de un intermediario, de una ventaja de cualquier tipo a un funcionario [...]” y el artículo 2 (3) b) define funcionario como “toda persona a la que se haya asignado y esté ejerciendo una función de servicio público en los Estados miembros o en terceros países, para una organización internacional o para un órgano jurisdiccional internacional”.

La propuesta normativa parece aprovechar positivamente legislaciones actuales editadas en países miembros, como el caso del Código Penal Español¹⁰³, que en los artículos 31 *bis* y *quater* establece condiciones de atenuación de pena, cuyos elementos son identificados en la propuesta. De todo modo, la propuesta Directiva, en el apartado 25 de las consideraciones iniciales, reconoce que la legislación nacional de los Estados miembros permite no procesar determinadas personas debido al principio de oportunidad. Sin embargo, ese derecho debe ser ejercido con reglas y criterios que mantengan la disuasión del cometimiento de delitos de corrupción, así como aumenten la eficacia de la actividad judicial.

Esta novedosa propuesta Directiva parece también contemplar disposiciones existentes en otros convenios internacionales, así como considerar prácticas actuales ya utilizadas por Estados miembros y otros países, como es el caso de la colaboración de personas jurídicas con las investigaciones a cambio de aplicación de sanciones atenuadas.

La posición cronológica del normativo, como norma más reciente a ser editada acerca del tema, confiere una oportunidad a la Unión Europea de publicar una directiva que considere, agregue y concatene lo más moderno que existe acerca del tema. Considerando, así, los dispositivos de cada convenio internacional, los documentos emitidos por las organizaciones internacionales que monitorean la implementación de cada Convención, las legislaciones nacionales de países comunitarios o no, como también las prácticas adoptadas por las autoridades en diversos países.

Cabe ahora aguardar el proceso legislativo de la Directiva y observar los términos finales que resultan publicados, así como la consecuente aplicación en cada Estado miembro, con fin de verificar “el valor añadido de la presente Directiva para la lucha contra la corrupción”, como es definido en el art. 30 (3) de la propia propuesta.

1.3 Integración de sanciones en casos de múltiples jurisdicciones

En las convenciones internacionales expuestas es posible identificar que la responsabilidad de personas jurídicas fue fomentada permitiendo llenar los vacíos existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, ampliando la sanción de la corrupción activa y alcanzando valores de decomisos antes intangibles. Para ello, se impone como una necesidad para el Derecho sancionador que sea un instrumento jurídico

¹⁰³ Código Penal Español disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Último acceso en 12/06/2024.

amplio y completo, involucrando, subjetivamente, a todos los actores implicados en la comisión del ilícito: en el polo pasivo, los funcionarios y agentes públicos; y en el polo activo, las personas naturales, como representantes de empresas, y las propias personas jurídicas, que en último análisis son las beneficiarias de los ilícitos.

Como reflejo de ese alcance, surgen investigaciones que pueden ser conducidas por autoridades de más de un país, en un escenario de economía global, con empresas multinacionales que practican ilícitos que tienen efectos en más de un país.

En ese contexto, surgen cuestiones acerca de una penalización excesiva¹⁰⁴, ya que cada autoridad extranjera busca aplicar su legislación nacional, sujetando las empresas acusadas al pago de multas financieras y decomisos en más de una jurisdicción. Además, la invocación del principio de *ne bis in idem*¹⁰⁵ se vuelve una realidad, considerando que los hechos ilícitos serían los mismos¹⁰⁶.

Esa discusión es aún más relevante en el ámbito del Derecho sancionador consensuado, donde se utilizan herramientas negociales para sancionar a las empresas de modo mitigado en troca de una colaboración¹⁰⁷. Actualmente, la estructura de gobernanza y de cumplimiento demanda de las empresas, en especial de las grandes corporaciones, una postura más activa de enfrentamiento a los actos corruptos, con incentivo y fomento a buenas prácticas de integridad, como la autodenuncia¹⁰⁸¹⁰⁹. En ese contexto, cada vez más se fomenta, y hasta se exige, una postura íntegra del sector privado, lo que conlleva

¹⁰⁴ PIETH (2007b:286) apunta también el riesgo de que no haya actuación por parte de las autoridades, que pueden imaginar que otra estaría a cargo de la investigación.

¹⁰⁵ El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 19, en el artículo 54, como cuando “[u]na persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁰⁶ *Vid.* en OCDE (2019:167) que es una preocupación de diversos actores en el proceso de responsabilización del cohecho transfronterizo la sanción en duplicidad.

¹⁰⁷ Son varios los ordenamientos jurídicos que reconocen la relevancia de una colaboración y conceden mitigaciones y atenuaciones en las penas en virtud de una cooperación útil por parte de las personas jurídicas, como en: Chile, Ley n.º 20.393/2019, Reino Unido, UK *Bribery Act*, de 2010, España, Código del Penal (art. 31 bis), de 2010, Brasil, Ley n.º 12.846/2013, Colombia, Ley n.º 1778/2016, Argentina, Ley n.º 27.401/2017.

¹⁰⁸ UNODC *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁰⁹ La colaboración, junto con otras medidas, como las disciplinarias, permitiría a las empresas demostrar elementos de postura ética. Además, en caso de apertura de una eventual investigación criminal, la colaboración permitiría a la empresa a colocarse en una posición distinta de otra que no coopere con el estado. *Vid.* en MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:49 y ss.) ejemplos de ventajas para una colaboración de los presuntos acusados.

a una esperada postura de colaboración en caso de cometimiento de ilícito por sus representantes¹¹⁰.

Al mismo tiempo, la realidad de las operaciones comerciales en un escenario geoeconómico en que las empresas multinacionales contratan con diversos gobiernos, traspasando fronteras geográficas, incrementa el riesgo de involucramiento de empresas en ilícitos de cohecho transfronterizo y, consecuentemente, investigaciones en más de un país.

Las investigaciones en más de un país incrementan la complejidad de un procedimiento de colaboración, como se puede imaginar por el simple hecho de que más actores en un mismo procedimiento pueden conllevar dificultades operacionales. Sin embargo, los resultados alcanzados hasta ese momento denotan una vía que se consolida cada vez más ¹¹¹.

Con la competencia concurrente entre autoridades extranjeras para la aplicación de penas a las personas jurídicas involucradas en hechos corrupción, se espera también que genere un incremento de las resoluciones negociadas o consensuadas entre las empresas y más de una autoridad extranjera¹¹², lo que motiva la exigencia de una mayor coordinación de casos con múltiples jurisdicciones¹¹³.

A continuación, se buscará identificar los elementos en las convenciones internacionales que orienten acerca de la coordinación entre autoridades extranjeras para la aplicación de sanciones proporcionadas contra las empresas en procesos consensuales.

1.3.1 La actuación coordinada de autoridades extranjeras

En ese contexto de incremento en la utilización de una justicia negociada, también se han desarrollado actividades coordinadas entre autoridades extranjeras para la

¹¹⁰ En España, por ejemplo, se ha promulgado la Ley n.º 2, de 20 de febrero de 2023, que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esta norma, en el artículo 9.2 “j”, exige de las empresas la remisión inmediata al Ministerio Fiscal acerca de denuncias recibidas internamente que traten sobre hechos que indiciariamente sean constitutivos de delito.

¹¹¹ *Vid.* OCDE (2019:38) comentar que las resoluciones coordinadas entre múltiples jurisdicciones pueden superar diferencias entre las legislaciones, además de ser una tendencia con el fortalecimiento normativo anticorrupción.

¹¹² El estudio de la OCDE (2019:37) apunta el incremento de los casos de corrupción transfronteriza que son resueltos de modo coordinado por más de una autoridad extranjera.

¹¹³ *Vid.* OCDE (2019:14) al comparar la ventaja de las resoluciones con el enjuiciamiento, oportunidad en que define como caso de múltiples jurisdicciones aquello en que se puede resolver entre varias autoridades al mismo tiempo.

realización de acuerdos con empresas, cuyos ilícitos cometidos estaban sujetos a más de una jurisdicción competente¹¹⁴.

La coordinación de una negociación de un acuerdo puede traer ventajas desde la perspectiva estatal, como una mayor eficiencia de los recursos de la administración, garantizar que todas las conductas ilícitas sean tratadas, un mejor conocimiento acerca de los hechos ilícitos y también la aplicación de sanciones y decomisos de una manera más justa. En la óptica empresarial, permite a las personas jurídicas enfrentar los procedimientos de persecución de forma más ágil y en una única oportunidad, evitando una exposición mayor en caso de negociaciones en momentos distintos. Además, la colaboración integrada con todas las autoridades involucradas permite a la empresa colaboradora la posibilidad de negociar y recibir penalidades más coherentes y proporcionales¹¹⁵.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) establece que, en caso de haber conocimiento de que más de un país esté investigando los mismos ilícitos, las autoridades competentes de estos Estados Parte se consultarán, según corresponda, para coordinar sus medidas¹¹⁶. La Convención no define un procedimiento para llevar a cabo esa consulta y deja que la misma sea resuelta en el campo de la discrecionalidad de la autoridad. La CNUCC establece, todavía, en el apartado siguiente, que no se excluyen las competencias establecidas en el Derecho interno, lo que refuerza la capacidad de cada país parte tomar la decisión sobre su competencia de investigación.

RYNGAERT & HAIJER (2019:412-413) comentan que el procedimiento de consulta entre los países involucrados en la investigación puede terminar en soluciones como dividir los esfuerzos y así cada país investigará una parte de los ilícitos, declinar una persecución en favor de otro país o, incluso, coordinar resoluciones, como son los ejemplos identificados en EE.UU.

El artículo 49 de la CNUCC deja clara la necesidad de interacción entre las autoridades extranjeras, de la cual pueden derivar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para actuación de manera conjunta. Está conectado con el artículo 42

¹¹⁴ En OCDE (2019:38) registra también el creciente número de casos resueltos de modo coordinado entre las autoridades competentes.

¹¹⁵ OCDE (2019:37-38).

¹¹⁶ Art. 42, apartado 5 CNUCC

apartado (5) de la Convención, ya que una de las posibilidades resultantes de la consulta es una investigación conjunta¹¹⁷

En la Convención de la OCDE el tema de la jurisdicción es tratado en el artículo 4. Es importante subrayar el apartado 3 del mencionado artículo el cual registra que cuando más de un país sea competente para investigar una presunta infracción, esos deben, a pedido de uno de ellos, ser consultado con el fin de determinar la jurisdicción más adecuada. No obstante, la Convención no establece ningún mecanismo o regla de observación general por los Estados parte para evitar una doble sanción, lo que coloca a individuos y empresas en una situación de posibles sobre sanciones¹¹⁸¹¹⁹.

Sin embargo, la Recomendación de 2021 de la OCDE, en el apartado “c” del artículo XIX, establece recomendaciones sobre casos de múltiples jurisdicciones. La normativa fomenta la coordinación directa en investigaciones o enjuiciamientos que ocurran de modo concurrente o paralelo. Además, alerta sobre la necesidad de observar eventual riesgo de que autoridades de países distintos procesen a personas físicas o jurídicas por los mismos hechos ilícitos.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) en su Convención contra la Corrupción (CICC) fue más tímida en el tema de la jurisdicción que involucre más de una autoridad extranjera. Aunque haya reconocido, en el preámbulo, la necesidad de que exista una actuación coordinada, en el artículo concreto sobre el tema (artículo V) se restringió a ampliar el espectro jurisdiccional de cada país sin mencionar un eventual conflicto de esas actuaciones. De todo modo, en el apartado 4 del artículo sobre jurisdicción reafirma que la CICC no excluye el papel de la legislación nacional para establecer una distinta jurisdicción penal. Eso permite inferir que la coordinación de autoridades extranjeras, observando sus legislaciones nacionales para resolución negociada de casos de corrupción transnacional, sea aceptada por esta normativa internacional.

En el ámbito europeo, la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa, en el tema de jurisdicción, se restringe a ampliar la actuación de los países, sin

¹¹⁷ ZIMMERMANN (2019:497).

¹¹⁸ *Vid.* PIETH (2007b:286) y HARARI & BERTHOD (2007:422-423) comentando acerca del artículo 4 apartado 3 de la Convención de la OCDE.

¹¹⁹ El estudio de la OCDE (2019:171) registra la complejidad que puede ser una negociación coordinada entre autoridades extranjeras, una vez que cada autoridad realiza su investigación en los límites de su ordenamiento jurídico, no existiendo obligatoriedad de que haya coordinación para resolución de los casos.

establecer un procedimiento en caso de competencias sobrepuestas. Así como la Convención de la OEA, en el apartado 4 del artículo 17, no excluye otra jurisdicción definida en el ordenamiento jurídico interno de cada miembro¹²⁰.

Aun en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva de la Unión Europea (UE), hecha pública en mayo de 2023, también identifica la necesidad de ampliar la jurisdicción de los países para garantizar las investigaciones de los ilícitos, especialmente cuando se requiere una actuación transfronteriza¹²¹. Por otro lado, en el apartado 2 del artículo 20, define que cuando la infracción recaiga en la jurisdicción de más de un país ellos deben cooperar para determinar cuál de ellos debe conducir el proceso. Dependiendo de la situación, la propuesta normativa también establece que una eventual cuestión no solucionada entre las partes deberá ser remitida a Eurojust¹²²¹²³.

La disposición de la nueva Directiva interpretada juntamente con la Decisión Marco Consejo 2009/948/JAI lleva a una conclusión de que, en la Unión Europea, la coordinación en el proceso penal es un requisito entre los países con jurisdicción sobre los mismos hechos ilícitos; en caso contrario se corre el riesgo de que exista una vulneración al principio *ne bis in idem*¹²⁴.

La mayoría de las convenciones antisoborno analizadas no establecen procedimientos o mecanismos de resolución de conflictos de jurisdicción, definiendo

¹²⁰ Sin embargo, en el ámbito del organismo regional europeo, importante subrayar Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, firmado en Estrasburgo en mayo de 1972, que trata sobre medidas posibles en caso de procedimientos conducidos en más de un país para investigación de los mismos hechos ilícitos. El convenio, ratificado por España en noviembre de 1988, está disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1972/05/15/1>. Último acceso en 12/06/2024.

¹²¹ El apartado 26 de las consideraciones iniciales de la propuesta de directiva apunta las justificativas para el establecimiento de una amplia jurisdicción para los Estados miembros.

¹²² La Directiva consigna que la cuestión cuando “proceda y de conformidad con el artículo 12 de la Decisión Marco Consejo 2009/948/JAI, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009F0948> (último acceso en 13/06/2024), se dará traslado del asunto a Eurojust”. La mencionada Decisión Marco, de noviembre de 2009, trata sobre la “prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales”. En su apartado 12, de las consideraciones iniciales, define como objetivo último de la Decisión Marco “impedir innecesarios procesos penales paralelos que puedan causar una vulneración del principio *ne bis in idem*, su aplicación no debe dar lugar a un conflicto de ejercicio de jurisdicción que de otro modo no se produciría”, debiendo considerarse “cumplido cuando cualquier Estado miembro asegure el ejercicio de la acción penal por una infracción penal determinada”.

¹²³ Eurojust es la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal con la función de coordinar investigaciones de graves ilícitos transfronterizos y apoyar las autoridades nacionales promoviendo cooperación y estrategias de persecución (<https://www.eurojust.europa.eu/es/node/47/quienes-somos>, último acceso en 12/06/2024). El artículo 12 de la Decisión Marco Consejo 2009/948/JAI también establece Eurojust como la agencia para actuar cuando no haya consenso entre los países miembros.

¹²⁴ Decisión Marco Consejo 2009/948/JAI, artículo 1, apartado 2, letra a).

apenas que las partes deben realizar una consulta en situación de colisión de competencias¹²⁵¹²⁶. En los convenios regionales europeos se identifican procedimientos más claros para evitar el *bis in idem*, incluso con autoridades para deliberación en caso de eventual conflicto de competencias¹²⁷.

Si no hay medidas claras en las convenciones sobre los procesos ordinarios de persecución, tampoco es esperable que haya un reglamento para resolver los eventuales conflictos en resoluciones consensuales coordinadas. De todo modo, nos parece que es inherente al proceso de coordinación, en el marco de justicia negociada, identificar una solución equitativa para todas las partes, una vez que están discutiendo en el ámbito de una resolución consensual. En una perspectiva más limítrofe, si no es posible se alcanzar una concordancia plena entre los países involucrados y la persona jurídica, probablemente no se alcanzará una resolución coordinada, retornando al *status quo* del proceso litigioso ordinario, sea judicial o administrativo¹²⁸.

De todo modo, los países miembros de las convenciones han logrado obtener resultados relevantes en la coordinación de resoluciones negociadas. El estudio de la OCDE anota seis casos, involucrando ocho países, que fueron resueltos utilizando acuerdos e instrumentos de justicia negociada¹²⁹, lo que demuestra la capacidad de identificar soluciones en el ordenamiento jurídico nacional, aunque las convenciones no establezcan un procedimiento objetivo.

1.3.2 La proporcionalidad de las sanciones

Hemos revisado las convenciones internacionales anteriormente citadas buscando identificar: (i) cómo abordan la responsabilidad de las personas jurídicas, (ii) si esa responsabilidad puede ocurrir con la utilización de herramientas de justicia colaborativa y (iii) qué sucede en caso de que haya más de una autoridad extranjera involucrada en el proceso sancionador por los mismos hechos.

Estos elementos representan premisas necesarias para el resultado final, que es la aplicación de sanciones que consideren el aspecto colaborativo de la persona jurídica. El

¹²⁵ *Vid.* LOW & PRELOGAR (2020:221) comentando sobre la ausencia de publicidad de eventuales consultas de jurisdicción entre países, así como la falta de claridad de la convención para definir parámetros de jurisdicción más apropiada.

¹²⁶ BULOVSKY (2019:551).

¹²⁷ Importante aquí es todavía diferenciar si es un caso exclusivamente relacionado entre países de la UE o si involucra país de fuera de la UE (BLANCO CORDERO, 2019:31-37).

¹²⁸ RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

¹²⁹ OCDE (2019:40-41).

próximo punto que analizaremos en las convenciones será verificar si existe o no la previsión de una modulación de la sanción debido a la colaboración de la empresa con autoridades investigadoras en más de un país.

Inicialmente, es importante recordar que cuando se promulgaron las convenciones el objetivo principal era estructurar una serie de directrices y herramientas, no existentes hasta el momento, para la lucha contra la corrupción. La preocupación era promover la implementación de sanciones, pecuniarias o no, con el fin de disuadir comisión de actos corruptos por empresas.

No se tenía en cuenta, o al menos no era la preocupación inicial, la implementación de mecanismos de colaboración que permitieran atenuaciones en penalidades. El interés primordial era fomentar el enfrentamiento de la corrupción con medidas preventivas y represivas, con elementos de proporcionalidad y eficacia para garantizar un resultado disuasorio.

Ese trío de eficacia, proporcionalidad y disuasión, habitualmente presente en las convenciones, define los atributos necesarios para que la sanción sea considerada adecuada. En ese contexto, las convenciones, respetando los ordenamientos jurídicos nacionales, instigaron a cada país a implementar un marco jurídico de penalización, aunque sin ofrecer un estándar que delimitaran aspectos de la sanción¹³⁰.

En cuanto a las empresas involucradas en corrupción, una preocupación del ordenamiento internacional era que los países implementaran sanciones que fueran rigurosas para las empresas¹³¹.

Los ordenamientos jurídicos actuales en diversos países establecen el mecanismo de colaboración, lo cual, quizás, no era tan evidente cuando se aprobaron las convenciones. En ese contexto de creciente consensualidad, el principio de proporcionalidad, inicialmente visto como la baliza para garantizar una sanción disuasoria, debe considerar otros elementos que hasta entonces no estaban presentes en los procedimientos del Derecho sancionador¹³².

¹³⁰ PIETH (2007a:194).

¹³¹ PIETH (2007a:199). *Vid.* también en MAKINWA (2020:59-60) mencionando sobre la crítica de la ciudadanía a las sanciones negociadas para crímenes graves, cuando piensan que debería tramitar el proceso penal en su integralidad como medida retributiva por los hechos practicados.

¹³² CULLEN (2007a:248-250).

No estamos comentando aquí acerca de las atenuaciones ya reconocidas por los organismos internacionales cuando un país, de acuerdo con su legislación nacional, atenúa las sanciones en virtud de una colaboración empresarial. Pero sí, sobre la efectiva atenuación de las sanciones cuando una empresa colabora con más de una autoridad extranjera, es decir, una mitigación global de la pena. Podríamos imaginar una situación en la que dos países aplicaran reducciones en sus sanciones, conforme a sus ordenamientos jurídicos, a cambio de la colaboración empresarial. Aunque existan mitigaciones, al final es posible permanecer un acumulado de multas que todavía resulte desproporcionado e impida concluir el proceso colaborativo.

De esa manera, surge la cuestión de cómo considerar esos relevantes principios del Derecho sancionador en una situación en la que el investigado es una persona jurídica que, a pesar de beneficiarse del ilícito, rechaza la práctica delictiva cometida por personas naturales, colabora con las investigaciones y está dispuesta a negociar y a recibir una sanción a cambio de su colaboración.

Para fines del presente estudio, se analizará únicamente la perspectiva pecuniaria de la sanción, no siendo objeto de examen la influencia de otros mecanismos no financieros de penalización de empresas¹³³. Dicho eso, es necesario añadir que será considerado como aspecto pecuniario aquello que involucre algún tipo de pago de valores monetarios, generalmente relativo a multas — criminal, civil o administrativa — pero también, el decomiso de ganancias ilícitas (*disgorgement* o *forfeiture*)¹³⁴ y, eventualmente, valores de daños.

Iniciando por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, ésta establece en el artículo 26, apartado 4, que las sanciones impuestas a las personas jurídicas, sean penales o no, deben ser “eficaces, proporcionadas y disuasivas”¹³⁵. La lectura de este artículo combinada con el artículo 37, que trata sobre la cooperación de personas acusadas para mitigación de penas, aunque no sea objetivamente directa, es

¹³³ La Ley Anticorrupción brasileña establece, por ejemplo, como sanciones no pecuniarias como la publicación extraordinaria de la pena y el impedimento de contratación con la administración pública. *Vid.* en MACHADO DE SOUZA (2020:580-583) acerca de los incentivos concedidos por la Ley Anticorrupción para empresas colaboradoras en caso de acuerdo de lenidad.

¹³⁴ No es clara en la normativa brasileña la naturaleza jurídica del decomiso de valores recibidos indebidamente por las personas jurídicas debido a práctica de corrupción – FORMOLO(2023). Para el presente estudio las rubricas de ganancias ilícitas, pérdida de bienes ilícitos, enriquecimiento ilícito, *digorgement* o *forefeiture* serán equiparadas para simplificar el análisis y tratadas indistintamente.

¹³⁵ Definición similar se encuentra en el apartado 4, del artículo 10, de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

posible inferir que el principio de la proporcionalidad es abordado bajo la óptica de la reducción de una sanción¹³⁶.

En el mismo sentido, la Convención de la OCDE establece que el cohecho transfronterizo debe ser sancionado de manera efectiva, proporcional y disuasiva¹³⁷. No obstante, el estudio realizado por la OCDE acerca de las resoluciones no judiciales, el Grupo de Trabajo (WGB) indica, como una importante contribución de los acuerdos de múltiples jurisdicciones, la posibilidad de aplicar una sanción más razonable y justa al tener en cuenta las penalidades impuestas en cada país parte de la resolución global¹³⁸. Además, la Recomendación de 2021 añade que la sanción también debe incluir el principio de transparencia y tener en cuenta los valores de soborno pagados y las ventajas recibidas, así como factores atenuantes o agravantes.

La CICC, convención de la OEA, apenas registra que el acto de corrupción, en alineamiento con su ordenamiento jurídico, debe ser prohibido y sancionado por los países parte. El instrumento no hace ningún registro acerca del dimensionamiento de las sanciones, ni siquiera en términos de principios, como las convenciones de Naciones Unidas y de la OCDE.

La Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa, en el artículo 19 apartado 2, establece que los países miembros deben definir sanciones de personas jurídicas, criminales o no, que sean proporcionales, efectivas y disuasorias¹³⁹.

El instrumento internacional que presenta directrices con más profundidad es la recién editada propuesta de Directiva de la UE contra corrupción. En el apartado 18 de las consideraciones iniciales, el documento define dos puntos relevantes acerca de la razonabilidad de aplicación del derecho sancionador: (i) en el caso de sanciones penales, se debe tener en cuenta el principio de *ne bis in idem*, vedando la condena penal por los mismos ilícitos, y (ii) cuando no se trate de sanciones penales o equiparables, al ser aplicada una medida punitiva debe ser considerada en la dosimetría las penalidades

¹³⁶ MAKINWA (2020:44).

¹³⁷ Art. 3, apartados 1 y 2 de la Convención de la OCDE.

¹³⁸ OCDE (2019: 38).

¹³⁹ De mismo modo como abordado en el ítem anterior sobre coordinación de autoridades, el Consejo de Europa tiene vigente el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, firmado en Estrasburgo en mayo de 1972, que trata sobre medidas posibles en caso de procedimientos conducidos en más de un país para investigación de los mismos hechos ilícitos, más específicamente en los artículos 35 a 37 cuando comenta sobre la incidencia del principio del *ne bis in idem*. El convenio, ratificado por España en 1988, está disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1972/05/15/1>. Último acceso en 12/06/2024.

establecidas en la Directiva. Estos elementos introducen directamente el principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador, de modo que no ocurra, por lo menos, una sobre penalización.

Más categórico aun es el contenido del apartado 38 de la misma sección de la propuesta de Directiva. En ese texto está expresada la necesidad de que los derechos fundamentales sean observados cuando se vaya a aplicar una sanción, como los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*¹⁴⁰.

1.4 Convergencia de las convenciones: análisis crítico

Los convenios internacionales anticorrupción analizados fueron promulgados en un momento de contundente enfrentamiento a la corrupción. Los mecanismos firmados al final de la década de 90 del siglo pasado e inicio de los años 2000 demandaban primordialmente la tipificación de la corrupción transfronteriza como crimen por sus países signatarios. Esa delimitación delictiva era esencial para avanzar en la lucha contra el soborno de agentes públicos extranjeros.

A partir de los primeros pasos fue posible el desarrollo, en el ámbito de las convenciones y de otros mecanismos jurídicos, de la responsabilización de personas jurídicas, la colaboración de personas involucradas en ilícitos, la cooperación coordinada entre autoridades extranjeras y, en consecuencia, la aplicación de sanciones proporcionadas.

Es posible identificar esa evolución en los convenios a medida en que son publicados en su secuencia cronológica. Así, partimos de un inaugural instrumento en 1996 que posee la relevancia del pionero, pero con limitación en ciertos temas, para instrumentos más exhaustivos como la Recomendación de la OCDE de 2021 y la propuesta de Directiva de la UE, de 2023, las cuales ya incorporan necesidades actuales identificadas a lo largo de estos casi 30 años de lucha internacional contra la corrupción.

La tabla siguiente consolida esta fotografía de la evolución de los convenios, en las perspectivas de: (i) establecer medidas de responsabilidad de las personas jurídicas, (ii) mecanismos de colaboración por parte de las empresas y la consecuente sanción premial, y (iii) medidas para la actuación coordinada entre autoridades extranjeras en resoluciones negociadas.

¹⁴⁰ *Vid.* la “Exposición de Motivos” de la citada propuesta directiva, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0234>. Último acceso en 13/06/2024.

Tabla 1: Convenciones internacionales.

Convención	Año de edición	Responsabilidad de personas jurídicas	Mecanismos de colaboración y justicia consensual	Mecanismos de coordinación entre autoridades extranjeras
OEA	1996	Sí	No	No
OCDE	1997	Sí	No ¹⁴¹	Sí ¹⁴²
Consejo de Europa (Convención penal)	1999	Sí	No ¹⁴³	No ¹⁴⁴
Naciones Unidas	2003	Sí	Sí	Sí ¹⁴⁵
UE (propuesta Directiva)	2023	Sí	Sí	Sí

Fuente: Elaboración propia.

Es necesario destacar la Convención de la OCDE, analizada juntamente con la Recomendación de 2021, y la recién editada propuesta de Directiva de la UE, de 2023, para demostrar que los modernos instrumentos de Derecho Internacional público abordan demandas actuales en la lucha contra la corrupción.

Además de exigir la tipificación del ilícito de corrupción transfronteriza y establecer la responsabilidad de personas jurídicas, estas convenciones sedimentan el uso de mecanismos de colaboración entre personas involucradas en los hechos ilícitos y autoridades, incluso de más de un país. Esas herramientas buscan una mejor garantía de aplicación de sanciones proporcionales y de observancia del principio *ne bis in idem* en los casos de mismos hechos ilícitos investigados en más de una jurisdicción.

Finalizado el análisis de las convenciones citadas anteriormente, el próximo paso es verificar cómo esas previsiones fueron reflejadas o están consideradas en los ordenamientos jurídicos internos de países signatarios de las convenciones. Para ello,

¹⁴¹ En la Convención, editada en 1997, no había definición de mecanismos de colaboración. Sin embargo, la Recomendación de 2021 de la OCDE estableció la resolución negociada.

¹⁴² En la Convención, editada en 1997, se definía que las autoridades deberían consultarse para determinar la jurisdicción más adecuada. La recomendación de 2021 de la OCDE estableció recomendaciones sobre casos de múltiples jurisdicciones, alertando sobre la necesidad de observarse eventual riesgo de que autoridades de países distintos procesen personas físicas o jurídicas por los mismos hechos ilícitos.

¹⁴³ Cabe apenas mencionar que el artículo 22 de la Convención Penal del Consejo de Europa establece que medidas deben ser adoptadas para proteger personas que cooperen con las autoridades.

¹⁴⁴ No obstante la Convención Penal del Consejo de Europa no establezca mecanismos de coordinación, es importante subrayar, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos en Materia Penal, firmado en Estrasburgo en mayo de 1972, que trata sobre medidas en caso de procedimientos conducidos en más de un país para investigación de los mismos hechos ilícitos.

¹⁴⁵ La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (art. 42 apartado 5) establece que los estados parte se consultarán para coordinar sus medidas.

fueron elegidos los casos de Estados Unidos y Brasil. El primero caso tiene su relieve por su carácter pionero legislativo, que incluso es previo a las convenciones internacionales, pero también por la cantidad de casos de corrupción transfronteriza que son resueltos por resoluciones negociadas, muchas coordinadas con otras autoridades, incluso brasileñas. El segundo país, Brasil, por ser el caso elegido para estudio comparativo con el sistema norteamericano, una vez que ha presentado, en los últimos años, diversos casos de corrupción resueltos por acuerdos de lenidad, incluso de forma coordinada con autoridades estadounidenses.

2. Resoluciones negociadas en casos de múltiples jurisdicciones: las experiencias de Brasil y Estados Unidos

Los Estados Unidos fueron pioneros en la reglamentación del cohecho transfronterizo. El escándalo de *Watergate* fue la energía motriz necesaria para que el Poder Ejecutivo y el Congreso norteamericano aprobasen la ley antisoborno denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹⁴⁶.

El caso, bautizado con el nombre del edificio donde se ubicaba la oficina del Partido Demócrata de EE.UU., ocurrió en la década de los setenta del siglo pasado y consistía en un mecanismo ilícito de financiamiento de campaña para la Presidencia del país. Este suceso fue revelado por la prensa estadounidense, exponiendo políticos y empresas multinacionales involucrados en corrupción, lo que conllevó a la renuncia del presidente Richard Nixon¹⁴⁷. Como medida para garantizar el mantenimiento de la confianza en el gobierno, se aprobó la FCPA como respuesta a aquellos que suscitaban incertidumbre acerca de los sistemas político y económico del país.¹⁴⁸

Con la edición de la FCPA, los EE.UU. pasaron a fomentar junto a los organismos internacionales, en especial la OEA y la OCDE, la implementación de medidas anticorrupción, aunque inicialmente existiera rechazo por parte de los países.¹⁴⁹. Superado ese inicio controvertido, en las legislaciones nacionales se tipificaron la corrupción transfronteriza. Además de establecer el delito de cohecho, adoptaron la responsabilidad

¹⁴⁶ *Vid.* nota de pie 33 *supra*.

¹⁴⁷ *Vid.* también KOCHI (2002:99 y ss.) abordando las motivaciones para la edición de la FCPA.

¹⁴⁸ KOCHI (2002).

¹⁴⁹ Los demás países se mantuvieron en una posición pasiva, sin implementar medidas similares, mismo después de la edición de las citadas convenciones, llevando décadas para que otros países miembros iniciaran el proceso de reglamentación interna KATZAROVA & ANSART (2021:45).

de las personas jurídicas e implementaron medidas para mitigar la sanción cambio de la colaboración.

Estados Unidos puede ser mencionado como el país precursor en la utilización de herramientas de colaboración con empresas involucradas en cohecho transfronterizo¹⁵⁰. Sin embargo, el caso brasileño, pese a que más reciente, ya registra un razonable uso de este mecanismo de sanción consensual¹⁵¹. Además de Estados Unidos y Brasil, que serán profundizados en esta monografía, es importante citar que esos institutos también se encuentran interiorizados en otros países. Es posible citar como ejemplo el Reino Unido, en un ordenamiento de *common law*, España y Argentina, en una perspectiva de países de *civil law*, que incorporaron esas herramientas de colaboración en el Derecho Penal, como EE.UU. y Reino Unido, y Colombia, que, como Brasil, posee una responsabilización administrativa para empresas sancionadas por corrupción.

El Reino Unido, así como EE.UU., país de tradición del *common law*, aprobó el *Bribery Act 2010* que estableció el ilícito de cohecho a funcionario extranjero y definió que es responsabilidad de una persona jurídica evitar la comisión de cohecho por uno de sus representantes¹⁵². En un primer momento, la legislación en vigor desde 2011, no establecía mecanismos de aplicación de una sanción negociada contra una empresa involucrada en hechos de corrupción. Sin embargo, después de una consulta realizada en 2012 por el Ministerio de Justicia, se llegó a la conclusión de que era deseable un mecanismo que fuera más sencillo y pragmático para permitir la penalización de las empresas involucradas en hechos de ilícitos económicos, lo que resultó en la edición del *Crime and Courts Act 2013*, el cual contempló el procedimiento de *Deferred Prosecution Agreement (DPA)*.¹⁵³ El resultado de la legislación británica, con una década del

¹⁵⁰ Sobre el tema ver RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2021) acerca de del histórico de la justicia negociada en el EE.UU. que de hecho fue reconocido en por la Suprema Corte en un pasado relativamente reciente.

¹⁵¹ La Contraloría General de la Unión, órgano del Poder Ejecutivo federal, es responsable por firmar los acuerdos de lenidad con las empresas involucradas en hechos ilícitos. En el sitio de la Contraloría en la internet se puede identificar que desde la edición del normativo en 2014, ya fueron firmados 28 acuerdos y existen otros 21 en negociación. Información disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁵² NICHOLLS (2017:59). Aun en NICHOLLS (2017: 76-84) acerca del ilícito imputado a las personas jurídicas y sus delimitaciones en el *Bribery Act 2010*.

¹⁵³ *Vid.* NICHOLLS (2017: 262-267) acerca del instrumento *Deferred Prosecution Agreement – DPA*, en el cual una empresa puede evitar el proceso de acusación de un ilícito económico o financiero a partir de un acuerdo negociado con una autoridad persecutoria designada.

reglamento del DPA, pueden ser identificados doce acuerdos firmados hasta el momento, siendo el primero fue suscrito en 2015¹⁵⁴.

En España¹⁵⁵, la responsabilidad de personas jurídicas tuvo un proceso de evolución hasta alcanzar la edición de la Ley Orgánica n.º 5/2010, que modificó el Código Penal en 2010. La reforma añadió el artículo 31 *bis*, estableciendo que las personas jurídicas serán penalmente responsables por los supuestos previstos en el Código Penal Español¹⁵⁶, entre ellos el delito de cohecho. La legislación española también fijó la posibilidad de atenuación e incluso de exención de la responsabilidad de la persona jurídica en casos especiales, descritos en el artículo 31 del Código Penal.

En Argentina, la implementación de la responsabilidad de las personas jurídicas involucradas en casos de corrupción fue adoptada a finales de 2017. La legislación¹⁵⁷ argentina define en la Ley específica de n.º 27.401 la responsabilidad penal para las empresas así como las consecuentes penas como multa y suspensión de las actividades de hasta diez años. En el artículo octavo, la Ley dispone sobre la graduación de la pena, que debe considerar, por ejemplo, la espontaneidad de la denuncia a las autoridades y la disposición para mitigar o reparar el daño. Se hace depender de los elementos de denuncia espontánea, la devolución de beneficios indebidos y el sistema de *compliance* implementado que pueden llegar, así como en España, a una exención de pena, en los términos del artículo noveno. Un instrumento de colaboración fue introducido por la norma, en el artículo 16, que es el “acuerdo de colaboración eficaz”, en que la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal pueden celebrar un acuerdo, cuando la empresa se obliga, entre otros términos, a cooperar con la revelación de información útil para el esclarecimiento de los ilícitos¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Casos de corrupción resueltos por medio de DPA disponibles en la página de internet de *Serious Fraud Office (SFO)*, autoridad británica responsable por procesar los ilícitos de corrupción: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/deferred-prosecution-agreements/>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁵⁵ En caso de España podemos citar la Sentencia n.º 4/2023 de la Audiencia Nacional que condena personas físicas y jurídicas por delito de cohecho transnacional. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=an&comunidad=14>, utilizar el término de búsqueda para N.º ROJ: “SAN 819/2023”. Último acceso en 14/06/2024.

¹⁵⁶ ARES GONZÁLES (2020:35).

¹⁵⁷ Ley n.º 27.401, de 2017, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁵⁸ *Vid.* en QUIRÓS (2023) que la aplicación de la Ley n.º 27.401 en Argentina todavía es incipiente, existiendo, en marzo de 2023, apenas un caso de jurisprudencia. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/nummus/investigaciones/pdf/Aplicacion-ley-27401-Informe-final.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

El caso de Colombia posee una similitud con el de Brasil, ya que trata la responsabilización de personas jurídicas involucradas en cohecho transfronterizo en el ámbito administrativo y no penal. El país colombiano, miembro de la OCDE, aprobó la Ley n.º 1778, en febrero de 2016¹⁵⁹, y en ella se trata la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional. La normativa, en el artículo 19, permite la exoneración total o parcial de la sanción a las empresas infractoras cuando estas colaboren con la Superintendencia de Sociedades, que es el órgano responsable de aplicar las medidas administrativas¹⁶⁰.

Los casos ejemplifican, por un lado, la evolución legislativa por parte de países signatarios de convenciones internacionales, pero, por otro lado, demuestran el tiempo que fue necesario para superar los procesos legislativos internos y lograr la edición de leyes anticorrupción. Más allá, indican el largo camino que todavía existe para aplicación de las normativas.

A partir de un análisis de la FCPA norteamericano y de la Ley Anticorrupción brasileña buscaremos identificar los elementos de responsabilización consensual de personas jurídicas involucradas en casos de cohecho, la colaboración de esas empresas en el proceso de responsabilización, la coordinación entre autoridades extranjeras y la consecuente aplicación de penas proporcionales.

2.1 Foreign Corrupt Practices Act - FCPA

2.1.1 La edición de la FCPA

En 2023 se cumplieron cuarenta y cinco años desde que la *Foreign Corrupt Practices Act* fue promulgada por el gobierno de Estados Unidos. Como se comentó anteriormente, esta normativa surgió como medida de respuesta a una fuerte crisis de desconfianza en el gobierno y en el mercado norteamericano. Este escepticismo fue provocado por el gran escándalo denominado *Watergate*, desvelado por dos periodistas. Las investigaciones, que posteriormente fueron conducidas por el Senado norteamericano y por la *Securities and Exchange Commission* (SEC), revelaron un gigantesco esquema de mantenimiento de fondos por empresas norteamericanas para el pago de soborno a

¹⁵⁹ Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁶⁰ En consulta a la página de la Superintendencia de Sociedades es posible verificar la existencia de sanciones aplicadas en el ámbito de la referida ley, disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/es/web/asuntos-economicos-societarios/decisiones-en-firme-gst>. Último acceso en 12/06/2024.

agentes públicos extranjeros. Tales hechos llevaron a la renuncia del Presidente y a una gran inestabilidad política¹⁶¹.

Además de ser una respuesta a esa crisis política, la edición de la FCPA tiene como bien jurídico tutelado el mercado libre y competitivo¹⁶². Este enfoque de combate a la corrupción transfronteriza fue conducido por EE.UU. de forma solitaria durante décadas, hasta que en los 90 se inició, concretamente, el movimiento internacional de enfrentamiento al ilícito, como vimos anteriormente.

El propio EE.UU. comenzó la persecución de crímenes de corrupción transfronterizo de forma discreta. Los casos norteamericanos evolucionaron en el mismo período de la edición de los tratados, a partir de la década de 2000¹⁶³.

El crecimiento de casos investigados puede estar relacionada con la enmienda en la FCPA ocurrida en 1998¹⁶⁴, la cual amplió la jurisdicción, alcanzando las personas extranjeras que cometieran un acto relacionado a soborno transfronterizo en territorio de los Estados Unidos¹⁶⁵. Ese incremento de número de casos también es atribuido a la utilización de mecanismos negociales que tienen por finalidad procesar empresas de manera más eficiente, como los DPA (*Deferred Prosecution Agreement*) y los NPA (*Non-Prosecution Agreement*), que el DOJ empezó a utilizarlos en una diversa estrategia de actuación.¹⁶⁶¹⁶⁷.

La responsabilización de personas jurídicas utilizando resoluciones no era algo previsto desde el principio en la FCPA. Surge, primordialmente, con el enjuiciamiento de

¹⁶¹ VOGL (2016:153 y ss.).

¹⁶² NICHOLLS (2017:674).

¹⁶³ *Vid.* VOGL (2016:162) explica que en la década de 1980 había dificultades para la cooperación internacional. HEIDENHEIMER & MOROFF (2002:936) apuntan el escenario escéptico que había entre países europeos sobre el esfuerzo norteamericano para inducir la FCPA como modelo de reglamentación a seguir, una vez que presentaría efectividad limitada ya que, en un período de veinte años apenas veintiséis empresas fueran debidamente procesadas. En *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse* facilitan los datos acerca de las medidas adoptadas por el DOJ y la SEC en el ámbito de la FCPA, así es posible observar en <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html> (último acceso en 12/06/2024) el crecimiento de las acciones de estas agencias a partir de la segunda mitad de la década de 2010.

¹⁶⁴ KATSAROVA & ANSART (2021:50-52). Sobre la enmienda de 1998 *vid.* el Guía FCPA (2023:3).

¹⁶⁵ KATSAROVA & ANSART (2021:48).

¹⁶⁶ El *non-prosecution agreement* (NPA) y el *deferred prosecution agreement* (DPA) son resoluciones negociadas entre los procuradores del DOJ y las personas jurídicas o naturales acusadas con fines de evitar el enjuiciamiento. En ambos existe la necesidad de colaborar con las autoridades, reconocer los ilícitos y pagar una sanción monetaria. El DPA es presentado en juicio, en cuanto el NPA no. *Vid.* Guía FCPA (2023: 76).

¹⁶⁷ CHRISTENSEN, MAFFETT & RAUTER. (2021:section IAI.2).

la empresa de auditoría Arthur Andersen¹⁶⁸, que fue condenada, en 2002, por obstrucción de la justicia, lo que conllevó al cierre de la empresa y a miles de personas despedidas. En 2005, esta decisión fue corregida por la Corte Suprema norteamericana. Sin embargo, los efectos económicos y financieros ya no podrían ser revertidos. En ese ínterin, el Departamento de Justicia de Estados Unidos aprobó un memorando oficial¹⁶⁹ que mencionaba la necesidad de revisar los procedimientos de procesamiento de las empresas para combatir el fraude y establecía la posibilidad de considerar otras alternativas en lugar del enjuiciamiento¹⁷⁰.

En el ámbito de la FCPA, es importante esclarecer que otra agencia estadounidense también comparte la competencia para aplicar la norma, que es la Comisión de Valores y Bolsa — o *Securities and Exchange Commission* — (SEC, siglas en inglés). El DOJ tiene, de manera general, la competencia para investigar y procesar penal y civilmente empresas y personas físicas. Cuando las empresas están cotizadas en la bolsa de valores en EE.UU., la competencia civil para investigarlas y responsabilizarlas, así como a sus representantes involucrados en los hechos ilícitos, pasa a ser también competencia de la SEC. La competencia penal en esos casos permanecerá con el DOJ¹⁷¹.

2.1.2 Las disposiciones de la FCPA

La normativa estadounidense fue creada para combatir el soborno al funcionario extranjero, definido como el acto de realizar pagos, ofertas o promesas para influenciar una decisión de un agente público extranjero, con la finalidad de obtener alguna ventaja¹⁷². La FCPA también estableció como ilícito la violación de los registros

¹⁶⁸ La empresa fue involucrada en el escándalo financiero Enron una vez que era la empresa de auditoría responsable por confirmar los registros contables de Enron, que demostraron fraudados. *Vid.* KOEHLER (2015:501-502). *Vid.* también en MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:183-189).

¹⁶⁹ Memorando del Abogado General del Departamento de Justicia Norteamericano, Larry Thompson, que, en enero de 2003, en el apartado VI del documento, registró que en algunas circunstancias un acuerdo de no persecución puede ser una solución en troca de la cooperación por parte de las empresas. Documento disponible en: <https://michellawyers.com/wp-content/uploads/2010/10/Principles-of-Federal-Prosecution-of-Business-Organizations.pdf>. Último acceso en 12/06/2024. El uso de los instrumentos de DPA y NPA ya era utilizado en otros ámbitos de la justicia criminal norteamericana, involucrando instituciones financieras, siendo que a partir de 2003 hay un incremento en el uso de los NPA y DPA, *vid.* ALEXANDER & COHEN (2015).

¹⁷⁰ *Vid.* KOEHLER (2015:500 y *ss.*) esclareciendo el inicio de los acuerdos con empresas en el ámbito de la FCPA.

¹⁷¹ Guía FCPA (2020:3-4).

¹⁷² Guía FCPA (2020:11).

contables, es decir, el fraude al registrar y mantener la contabilidad con fines de disimular los hechos ilícitos, como en el caso de los pagos de soborno¹⁷³.

Para introducir el estudio acerca de la FCPA, buscaremos, en este apartado, identificar en la norma los elementos de responsabilidad de personas jurídicas en cohechos transnacionales, las sanciones previstas para las empresas, la utilización de mecanismos consensuales y la existencia de instrumentos para garantizar una sanción proporcional, considerando casos en que haya actuación coordinada de autoridades.

La ley estadounidense define las personas jurídicas alcanzables legalmente por la FCPA. La primera modalidad que podemos señalar son las empresas denominadas emisoras – *issuers* –, que son aquellas que cotizan en bolsa de valores en los EE.UU. o tienen obligaciones ante la SEC¹⁷⁴. También están sujetas a la FCPA las empresas que no sean emisoras, pero estén estructuradas conforme a la legislación norteamericana¹⁷⁵. Por último, las empresas que no sean emisoras ni domésticas, pero que tengan practicado un ilícito tipificado en la FCPA, en territorio norteamericano, también pueden ser investigadas¹⁷⁶.

Las empresas investigadas en el ámbito del FPCA están sujetas a sanciones penales y civiles impuestas tanto por el DOJ como por la SEC. Aquí no pretendemos agotar los procedimientos para definir los montos involucrados en las sanciones impuestas a las personas jurídicas en el ámbito de la FCPA, los cuales pueden ser identificados en los manuales y guías de la justicia norteamericana¹⁷⁷. Sin embargo, para comprender los mecanismos de compensación en resoluciones negociadas con más de una autoridad extranjera, parece necesario conocer mínimamente la estructura de sanciones aplicadas a las personas jurídicas.

Las empresas condenadas pueden estar sujetas a sanciones penales de hasta dos millones de dólares estadounidenses por cada violación de soborno y hasta veinticinco millones por infracciones contables, conforme la FCPA¹⁷⁸. Sin embargo, las multas pueden alcanzar cifras más elevadas considerando la posibilidad de aplicarlas cuando

¹⁷³ NICHOLLS (2017:700).

¹⁷⁴ Guía FCPA (2020:9).

¹⁷⁵ Guía FCPA (2020:10). *Vid.* en la Guía que la ley establece una amplia gama de tipos empresariales sin limitar la sujeción a la ley en virtud de la estructura empresarial.

¹⁷⁶ Guía FCPA (2020:10).

¹⁷⁷ *Vid.* en Guía FCPA (2020:69) que además del propio FCPA, las sanciones se basan en *Alternative Fines Act, 18 U.S.C. § 3571(d)* y *U.S. Sentencing Guidelines*.

¹⁷⁸ Guía FCPA (2020:69).

haya una ventaja económica identificada a partir de la comisión de los hechos ilícitos¹⁷⁹. Las sanciones criminales aplicadas por el DOJ observan las *Sentencing Guidelines*¹⁸⁰, que son las directrices facilitadas por la *U.S. Sentencing Commission*¹⁸¹ para la aplicación de las sentencias por las cortes federales¹⁸².

Además de la sanción criminal, las personas jurídicas están sujetas a penas civiles en la esfera de la FCPA que pueden ser aplicadas tanto por el DOJ como por la SEC, siendo que ésta sanciona a las empresas cotizadas en bolsa de valores norteamericanas — *issuers*— y el DOJ tiene competencia civil sobre empresas domesticas o empresas extranjeras que hayan realizado los hechos ilícitos en suelo norteamericano¹⁸³. Las penas civiles son en el valor de 21.410 dólares estadounidenses por infracción, y en caso de violación de registros contables, la SEC puede también aplicar sanciones que tengan como límite superior el valor de la ganancia recibida debido a las practicas o el valor que se sitúa en la franja entre 96.384 y 963.837 dólares estadounidenses¹⁸⁴.

Otra rúbrica que puede ser atribuida en los procesos contra empresas involucradas en delitos de la FCPA es el decomiso. Diferentemente de las penas civil y criminal, la devolución de las ganancias, en términos de la FCPA, no tiene finalidad de sanción, sino de restitución de las ganancias obtenidas de manera ilícita, garantizando que las empresas involucradas en corrupción no puedan beneficiarse de manera indebida por esos hechos¹⁸⁵.

Con respecto al daño, no identificamos ningún dispositivo que objetivamente exija que sea tratado en las resoluciones celebradas por las autoridades del DOJ o de la SEC.

¹⁷⁹ *Vid.* en Guía FCPA (2020:69) que el *Alternative Fines Act*, 18 U.S.C. § 3571(d) establece multa alternativa en la ganancia pecuniaria a partir de los hechos ilícitos. El contenido de la mencionada ley sobre las penas alternativas está disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/03/response2-appx-m.pdf>. Último acceso en 14/06/2024.

¹⁸⁰ *U.S. SENT'G COMM'N, GUIDELINES MANUAL §3E1.1* (Nov. 2023) disponible en: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2023/GLMFull.pdf>. Último acceso en 14/06/2024. Las sanciones referentes a organizaciones están dispuestas en el capítulo octavo del Manual.

¹⁸¹ Comisión creada como una agencia independiente vinculada al poder judicial que posee entre otras competencias la responsabilidad de editar el guía de sentencias que debe ser considerado por los jueces federales en sus sentencias criminales, más informaciones en: <https://www.ussc.gov/about/annual-report-2022>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁸² Informaciones disponibles en: <https://www.ussc.gov/about/who-we-are/organization>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁸³ Guía FCPA (2020:70). Tanto el DOJ como la SEC poseen competencias para también responsabilizar personas naturales, en tanto, considerando el objeto de nuestro estudio, restringimos a mencionar el aspecto de responsabilización empresarial.

¹⁸⁴ Guía FCPA (2020:71).

¹⁸⁵ Guía FCPA (2020:71).

Para que podamos verificar y comparar cómo esas tipologías se encuentran aplicadas en concreto en ambas instituciones, buscaremos identificarlas en una consulta a las últimas cinco resoluciones divulgadas por el DOJ y la SEC en sus sitios de internet, conforme registraremos en las tablas siguientes:

En una consulta a las resoluciones de DOJ podemos identificar las siguientes tipologías:

Tabla 2: Ejemplos de resoluciones DOJ.

		SAP SE ¹⁸⁶	Freepoint Commodities LLC ¹⁸⁷	Tysers and H.W. Wood ¹⁸⁸	Albemarle Corporation ¹⁸⁹	Corporación Financiera Colombiana ¹⁹⁰
Fecha divulgación		10/01/2024	14/12/2023	20/11/2023	29/09/2023	10/08/2023
Tipología	Multa	Sí	Sí	Si	Sí	Sí
	Decomiso/ <i>disgorgement</i>	Sí	Sí	Si	Sí	No
	Daños	No	No	No	No	No

Fuente: Elaboración propia con datos disponibles en el sitio del DOJ.

En una consulta a las resoluciones de SEC podemos identificar las siguientes tipologías:

¹⁸⁶ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/sap-pay-over-220m-resolve-foreign-bribery-investigations>. Último acceso en 12/06/2024. El DOJ concedió el valor del decomiso (*forfeiture*) como crédito para la resolución de la empresa con SEC o autoridades de Sudáfrica.

¹⁸⁷ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/commodities-trading-company-agrees-pay-over-98m-resolve-foreign-bribery-case>. Último acceso en 12/06/2024. El DOJ concordó en acreditar hasta el 25% del importe del decomiso contra la restitución que la empresa pague a la CFTC en un asunto relacionado.

¹⁸⁸ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/british-reinsurance-brokers-resolve-bribery-investigations>. Último acceso en 14/06/2024.

¹⁸⁹ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/albemarle-pay-over-218m-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation>. Último acceso en 12/06/2024. El DOJ concedió parte del valor del decomiso (*forfeiture*) como crédito para la resolución de la empresa con SEC.

¹⁹⁰ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/corficolombiana-pay-80m-resolve-foreign-bribery-investigations>. Último acceso en 12/06/2024.

Tabla 3: Ejemplos de resoluciones SEC.

	SAP SE ¹⁹¹	Albemarle Corporation ¹⁹²	Clear Channel Outdoor Holdings Inc. ¹⁹³	3M Company ¹⁹⁴	Corporación Financiera Colombiana S.A. ¹⁹⁵	
Fecha divulgación	10/01/2024	29/09/2023	28/09/2023	25/08/2023	10/08/2023	
Tipología	Multa	No	No	Sí	Sí	No
	Decomiso/ <i>disgorgement</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
	Daños	No	No	No	No	No

Fuente: Elaboración propia con datos disponibles en el sitio de la SEC.

A partir de los casos concretos, es posible identificar: (i) que el Departamento de Justicia siempre aplicó multa en sus resoluciones, (ii) que la SEC en todos los casos evaluados adoptó el decomiso/*disgorgement* y (iii) que no hay atribución de valores relativos a daños en las resoluciones de DOJ tampoco en los procedimientos de la SEC. Por otro lado, la SEC aplicó sanción en algunos casos y, del mismo modo, en algunas de las resoluciones firmadas por el DOJ se aplicó el decomiso, como pudimos observar en los casos anteriores.

Abordaremos más detalladamente en el próximo capítulo, pero, en este momento, consideramos que es interesante notar que en los casos en que hubo coordinación entre el DOJ y la SEC se intentó no solapar los valores de multas o decomisos, lo que denota una atención a la sanción desproporcional. De los acuerdos analizados del DOJ, identificamos que dos poseen valores integrales para decomiso (*forfeiture*), que son aquellos en los que la SEC no firmó resolución (empresa Freepoint y empresa Tysers y Wood). En los otros tres, donde hubo coordinación de la empresa con las dos agencias, se identificó que el DOJ ha reducido el monto del decomiso o incluso no lo ha cobrado. De mismo modo, la

¹⁹¹ Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2024-4>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹² Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-209>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹³ Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-206>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹⁴ Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-160>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹⁵ Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-151>. Último acceso en 12/06/2024.

SEC no cobró multa civil en sus resoluciones debido a las multas ya aplicadas por el DOJ, como se identifica en las cláusulas de los acuerdos¹⁹⁶¹⁹⁷¹⁹⁸.

2.1.3 Resoluciones negociadas

Como hemos visto, la practica norteamericana es que los casos de cohecho de funcionario público extranjero sean resueltos con el uso de acuerdos entre los acusados y los fiscales del DOJ o las autoridades de la SEC. Este procedimiento está inserto en un contexto de una trayectoria del sistema criminal norteamericano que busca soluciones que eviten los procesos judiciales y los costes involucrados en este largo procedimiento¹⁹⁹. Para ello, es necesario que las autoridades y los fiscales del DOJ estén investidos de un poder discrecional que les permita negociar sanciones atenuadas a cambio de su cooperación, alcanzando así soluciones pragmáticas que no serían posibles en el ámbito del proceso judicial²⁰⁰.

En el ámbito de la responsabilidad de personas jurídicas por cohecho transfronterizo, la FCPA establece que los fiscales pueden acordar con las empresas: (i) una declinación de enjuiciamiento, (ii) un acuerdo de enjuiciamiento diferido, (iii) un acuerdo de no enjuiciamiento o (iv) un acuerdo de culpabilidad.

La declinación (*declination*) de una medida contra una empresa puede ocurrir si esta revela los hechos ilícitos de manera voluntaria, coopera con las autoridades y adopta medidas oportunas y adecuadas, conforme a lo establecido en las directrices del DOJ. No deben existir agravantes y los valores de las ganancias obtenidas de manera ilícita deben ser restituidos²⁰¹.

El enjuiciamiento diferido (*Deferred Prosecution Agreement- DPA*) es un acuerdo que ocurre con la presentación de una acusación contra la empresa en un tribunal, pero, al mismo tiempo, el DOJ solicita al juez que posponga el juicio para que la empresa tenga la oportunidad de demostrar su compromiso con la integridad, restituir las ganancias

¹⁹⁶ Decisión SEC acerca del caso de la empresa SAP SE, disponible en: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2024/34-99308.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹⁷ Decisión SEC acerca del caso de la empresa Albemarle, disponible en: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2023/34-98622.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹⁸ Decisión SEC acerca del caso de la empresa Grupo Aval, disponible en: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2023/34-98103.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

¹⁹⁹ ALEXANDER & COHEN (2015:543). *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA & MACHADO DE SOUZA (2021) acerca del histórico de la justicia negociada en EE.UU.

²⁰⁰ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:60).

²⁰¹ *Vid.* la política de DOJ aplicada a los casos de FCPA – *Criminal Division Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure* – disponible en: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1562831/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

recibidas indebidamente y pagar la sanción aplicada. Todo esto reconociendo los hechos ilícitos, cooperando con las autoridades, asumiendo compromisos de *compliance programs* y renunciando a su derecho acerca de plazos de prescripción²⁰².

Otro tipo de acuerdo de persecución no judicial es el no enjuiciamiento (*Non Prosecution Agreement- NPA*), que es un instrumento similar al DPA. Sin embargo, no se produce la presentación de una acusación ante un tribunal, siendo un acuerdo entre la Fiscalía y la empresa, permaneciendo reservado el derecho del DOJ para presentar el cargo en caso de que la empresa no cumpla con las obligaciones²⁰³.

El acuerdo de culpabilidad (*Plea Agreement*) es un instrumento jurídico utilizado por el DOJ en el cual la empresa reconoce los hechos ilícitos imputados, admite su culpabilidad y es declarada culpable en un tribunal, momento en que el acuerdo es presentado y aceptado²⁰⁴.

La SEC también posee instrumentos similares, con competencia para firmar un DPA o un NPA con una empresa, siempre que haya: colaboración, cumplimiento de los compromisos asumidos, concordancia con el plazo de suspensión de prescripción y otras medidas que la SEC puede alegar como violación a ley federal²⁰⁵. Además, los instrumentos jurídicos deben registrar que la empresa colaboradora efectuará los pagos de sanciones y decomisos²⁰⁶.

2.1.4 Coordinación con autoridades extranjeras

Las autoridades norteamericanas se enfrentan con regularidad a casos de cohecho transfronterizo que son resueltos por medio de acuerdos coordinados con autoridades de otros países²⁰⁷. Esta práctica ha provocado el cuestionamiento de cómo son aplicadas las sanciones en casos que involucran otras jurisdicciones, ya que esos otros países podrían añadir otras sanciones pecuniarias.

²⁰² Guía FCPA (2020:75).

²⁰³ *Ibid.* (2020:76).

²⁰⁴ *Ibid.* (2020:75).

²⁰⁵ Guía FCPA (2020:78-79).

²⁰⁶ Manual SEC – *Enforcement Manual* (2017:101-103), disponible en: <https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>. Último acceso en 14/06/2024.

²⁰⁷ En el informe sobre las actividades del año de 2022 la unidad de la FCPA del DOJ notició que todos los 5 acuerdos firmados con empresas resultaron de coordinación con otras autoridades. Informe disponible en: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1568606/dl>. Último acceso en 12/06/2024. *Vid.* Guía FCPA (2020:71). En que comenta casos que fueron coordinados por DOJ y/o SEC con otras autoridades extranjeras.

El Guía del DOJ y la SEC sobre la aplicación de la FCPA, editada en 2020, las instituciones registran que, así como intentan evitar el solapamiento de sanciones entre estos dos órganos, buscan una composición de valores de multas, sanciones y decomisos cuando el caso es coordinado con autoridades extranjeras²⁰⁸.

Esa práctica está insertada en la política que fue adoptada por el DOJ, en 2018, para la aplicación de sanciones en una resolución coordinada de casos que involucren a empresas. En esta política, como veremos más adelante detalladamente, se fijó que debe ser considerada la totalidad de los valores de sanción, multa y/o decomiso imputados en todo el DOJ, así como por otras autoridades, en un esfuerzo por lograr un resultado equitativo²⁰⁹. La mencionada política subraya el compromiso de acercamiento con otras agencias competentes para sancionar a las empresas en los EE.UU. y en el exterior²¹⁰.

Como vimos en los ejemplos de resoluciones recientes firmadas por el DOJ y la SEC, cuando ambas agencias participan en el mismo procedimiento consensual, hay un intento de armonizar los valores pecuniarios atribuidos contra la empresa, evitándose cobrar la multa o el decomiso en duplicidad. Ese mecanismo de equidad está consignado expresamente tanto en la mencionada política del DOJ como en la Guía de la FCPA del DOJ y de la SEC.

En el próximo capítulo buscaremos identificar si esa práctica también es aplicada cuando las sanciones son impuestas por autoridades extranjeras, como es el caso de las resoluciones coordinadas con Brasil.

2.2 Ley Anticorrupción – LAC – acuerdos de lenidad

2.2.1 La edición de la Ley Anticorrupción - LAC

Brasil es signatario de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICCC)²¹¹, de la Convención de la OCDE contra cohecho de funcionario público

²⁰⁸ Guía FCPA (2020:71).

²⁰⁹ *Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties*, documento disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/dl>. Último acceso en 12/06/2024.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ La Convención fue aprobada en el Congreso Nacional por el Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junio de 2002, y promulgada por el Decreto del Poder Ejecutivo n.º 4.410, de 7 de octubre de 2002. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Último acceso en 12/06/2024.

extranjero en transacciones internacionales²¹² y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)²¹³

En virtud de los compromisos asumidos con las organizaciones internacionales, como por ejemplo las mencionadas, el Parlamento brasileño aprobó, en 2002, la modificación del Código Penal brasileño con el fin de adicionar la tipificación del delito de soborno de funcionario público extranjero²¹⁴, pasando a responsabilizar a las personas naturales que practicaran este delito. Sin embargo, la tipificación del soborno practicado por personas jurídicas solo ocurrió más de una década después, con la edición de la Ley n.º 12.846/2013²¹⁵, denominada Ley Anticorrupción (LAC), que introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas por hechos de corrupción.

La Ley n.º 12.846/2013 fue editada en 1 de agosto de 2013, en un contexto político-social relevante en el país. Ese año diversas manifestaciones populares se llevaron a cabo con demandas diversas hacia los dirigentes y la clase política nacional, entre ellas el combate de la corrupción, que tuvo la promulgación de la LAC como una de las respuestas a esas reclamaciones²¹⁶.

El proyecto de la citada ley tuvo su origen en 2010, en el Poder Ejecutivo federal, en un contexto de adhesión a las convenciones internacionales, que demandaban de sus países signatarios la responsabilización de las personas jurídicas²¹⁷.

²¹² La Convención fue aprobada en el Congreso Nacional por el Decreto Legislativo n.º125, de 14 de junio de 2000, y promulgada por el Decreto del Poder Ejecutivo n.º 3.678, de 30 de noviembre de 2000. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Último acceso en 12/06/2024.

²¹³ La Convención fue aprobada en el Congreso Nacional por el Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de mayo de 2006, y promulgada por el Decreto del Poder Ejecutivo n.º 5.687, de 31 de enero de 2006. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Último acceso en 12/06/2024.

²¹⁴ El delito de cohecho de funcionario público extranjero fue añadido al ordenamiento jurídico nacional con la edición de Ley n.º 10.467, de 11 de junio de 2002, que reformó el Código Penal brasileño, que pasó a vigorar con el artículo 337-B en el cual consta el delito de *prometer, ofrecer o conceder, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un funcionario público extranjero, o a un tercero, para determinarle a realizar, omitir o retrasar un acto oficial relacionado con una transacción comercial internacional*. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110467.htm. Último acceso en 12/06/2024.

²¹⁵ Texto de la ley disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Último acceso en: 02/07/2024.

²¹⁶ SIMÃO & VIANNA (2017:23). *Vid.* en la misma obra los autores comentando sobre la celeridad del proceso legislativo para aprobación del proyecto de ley que ya estaba en trámite desde 2010.

²¹⁷ *Vid.* Mensaje del Presidente de la República al Congreso Nacional enviando el proyecto de ley, en el cual los ministros de la Contraloría General de la Unión y de Justicia, así como el Abogado General de la Unión comentan que Brasil era instado por los organismos internacionales a implementar la responsabilidad de personas jurídicas por cohecho de funcionario público extranjero. Disponible en:

En el proyecto lanzado por el Poder Ejecutivo se definía que las empresas serían responsables objetivamente por los hechos practicados por cualquiera de sus agentes en beneficio o interés de la organización empresarial²¹⁸. Para procesar y aplicar las sanciones adecuadas, el proyecto de ley estableció el Proceso Administrativo de Responsabilización (PAR) como instrumento jurídico a ser instaurado para la determinación de la responsabilidad de personas jurídicas²¹⁹.

Hasta ese momento del proceso legislativo para la elaboración de la norma, no había previsto ningún instrumento de resolución consensual. El acuerdo de lenidad, que veremos a continuación, fue incluido por un proyecto sustitutivo presentado por el parlamentario relator²²⁰, en 2013, otorgando a la Contraloría General de la Unión (CGU) la competencia para celebrar acuerdos de lenidad en el ámbito del Poder Ejecutivo federal.

Así, la ley sancionada en 2013 también introdujo, en el ordenamiento jurídico brasileño, un novedoso mecanismo de responsabilización de empresas con uso de un dispositivo típico de la normatividad consensual.

Diferentemente del ordenamiento estadounidense, donde hay discrecionalidad por parte de las autoridades en el proceso penal²²¹, el sistema sancionador brasileño posee una vinculación al principio de legalidad en sentido estricto²²². Esto no significa que no acoja herramientas jurídicas de colaboración, como el acuerdo de lenidad establecido en la Ley Anticorrupción, el acuerdo de lenidad definido en la ley de defensa de la competencia y el acuerdo de colaboración cualificada, introducido por la ley de organización criminal²²³. Sin embargo, las autoridades al aplicar estos dispositivos están limitadas por la ley, no

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL6826/2010. Último acceso en 01/07/2024.

²¹⁸ El proyecto de ley, que recibió el número 6826/2010, enviado por el Poder Ejecutivo puede ser consultado en: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL6826/2010. Último acceso en 12/06/2024. *Vid.* en el art. 3º § 2º como está previsto la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas.

²¹⁹ Art. 11 del proyecto de ley.

²²⁰ SIMÃO & VIANNA (2017: 20).

²²¹ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:61).

²²² MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:62).

²²³ El acuerdo de lenidad de la ley de competencia (*antitrust*), ya asentado en el ordenamiento jurídico brasileño hace más de dos décadas, fue inserido por la Ley n.º 10.149/2000, en: SIMÃO & VIANNA (2017:75). La colaboración cualificada fue introducida por el legislador por medio de la Ley n.º 12.850/2013, contemporánea a la Ley Anticorrupción. *Vid.* en SIMÃO & VIANNA (2017:55) sobre otros instrumentos jurídicos negociales en el ordenamiento jurídico brasileño pretéritos a la propia Ley Anticorrupción.

existiendo una amplia discrecionalidad; por el contrario, hay una discrecionalidad mitigada²²⁴.

Todo ese contexto es resultado de una modificación de la legislación brasileña²²⁵. Eso no quiere decir que la administración, cuando decide negociar una sanción, abdica del principio de interés público; por el contrario, significa que este permanece preservado y que, en la evaluación o interpretación de su aplicación, la administración también dispone de instrumentos de consensualidad de modo a garantizar el interés público²²⁶.

Los mecanismos de justicia negociada, inspirados en el Derecho anglosajón, buscan²²⁷ alcanzar resultados, con algún pragmatismo y eficiencia, que no podrían ser logrados en los procesos sancionadores ordinarios. Sin embargo, los instrumentos consensuales no permanecen inmunes a las críticas, en especial por afecta a las garantías inherentes al debido proceso, en particular a las penas²²⁸.

A pesar de las diferencias entre los sistemas brasileño y estadounidense²²⁹ y de las críticas, de hecho, los instrumentos de transacción o negociación son una realidad consolidada en el ordenamiento jurídico brasileño, como se verifica en los más de cien acuerdos celebrados en el ámbito *antitrust* (defensa de la competencia)²³⁰, en los casi treinta acuerdos de lenidad firmados en el ámbito de la Ley Anticorrupción por la Contraloría General de la Unión²³¹ o en los innumerables acuerdos de colaboración cualificada firmados por los fiscales en todo territorio nacional. Además de estos instrumentos, el legislador brasileño mantiene la expansión de instrumentos consensuales, materializada en nuevos instrumentos como el acuerdo de no persecución

²²⁴ *Vid.* en MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:62) esclareciendo que en la discrecionalidad mitigada la autoridad permanece adherente al principio de legalidad, una vez que su conducta debe ser guiada en los estrictos límites definido en ley.

²²⁵ LINS (2021:41-42).

²²⁶ LINS (2021:45). *Vid.* en MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:62) ventajas para el interés público con el uso de mecanismos de colaboración por parte de las autoridades.

²²⁷ *Vid.* en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & MACHADO DE SOUZA, R. (2021) comentando acerca de la evolución de los acuerdos en EE.UU. hasta ser reconocido por el sistema judicial norteamericano.

²²⁸ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:55-56).

²²⁹ MACHADO DE SOUZA & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2022:61-64).

²³⁰ El “Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”, órgano de defensa de la competencia en Brasil, información sobre los acuerdos del CADE en: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-geral-do-cade-assina-o-109o-acordo-de-leniencia-e-instaura-processo-administrativo>. Último acceso en 12/06/2024

²³¹ Información disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>. Último acceso en 12/06/2024

penal²³², el acuerdo de no persecución civil²³³ y los acuerdos administrativos con las autoridades monetaria y de valores mobiliarios²³⁴.

De hecho, las medidas resolutivas basadas en acuerdos son una realidad en Brasil. Esa práctica también ha llevado a la celebración de resoluciones globales coordinadas entre autoridades brasileñas y extranjeras, especialmente estadounidenses. En este contexto, esa investigación se propone a afrontar, en las siguientes páginas, las sanciones aplicadas a las personas jurídicas involucradas en cohecho transfronterizo en ámbito de acuerdos coordinados entre autoridades extranjeras.

2.2.2 Las disposiciones de la Ley Anticorrupción

El sistema jurídico brasileño, en un momento inicial, solo reglamentó el soborno contra funcionario público extranjero practicado por personas naturales. Permanecía un hueco acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas, razón por la cual Brasil era demandado por parte de las convenciones internacionales, de las cuales es signatario. Así, la Ley Anticorrupción brasileña fue editada para tipificar, administrativamente, el soborno del funcionario extranjero practicado por personas jurídicas, en armonización con el Derecho Internacional.

Inicialmente, hay que subrayar que, en Brasil, a diferencia de la FCPA, la responsabilización de las empresas por su involucración en hechos de corrupción no ocurre en un proceso penal, y sí en el ámbito administrativo o en un proceso judicial civil²³⁵. En el caso de procedimientos administrativos cualquier órgano de la administración, víctima de los hechos ilícitos, tiene competencia para responsabilizar a la empresa, excepto en los hechos de cohecho de funcionario público extranjero, que son de competencia exclusiva de la CGU²³⁶.

La responsabilización empresarial en el ámbito civil ocurre mediante demandas judiciales, que dependen de acciones civiles por parte de la abogacía pública o de la Fiscalía²³⁷.

²³² Introducido en el Código Penal brasileño por la Ley n.º 13.964, de 2019.

²³³ Inserido en la Ley de Improbidad Administrativa por la Ley n.º 14.230, de 2021.

²³⁴ Ley n.º 13.506/2017 introduce acuerdos en procesos administrativos sancionadores instaurados por el “Banco Central do Brasil” -BCB y por la “Comissão de Valores Mobiliários” - CVM.

²³⁵ Manual CGU (2022:16-27).

²³⁶ Ley n.º 12.846/2013 art. 9º. La ley definió como competencia exclusiva de la Contraloría General de la Unión la investigación, persecución y sanción acerca de los hechos ilícitos tipificados administrativamente en la ley, que son practicados contra una administración pública extranjera.

²³⁷ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (V). En caso de demandas implicando la Unión, los órganos responsables serían la Abogacía General de la Unión y el Ministerio Público Federal.

La normativa brasileña define las personas jurídicas alcanzadas por la LAC, que son las sociedades comerciales o las sociedades simples, independientemente de su forma de organización. Además, la medida también abarca fundaciones, asociaciones de entidades o personas, sociedades extranjeras, con representación en territorio brasileño, ya sean constituidas de facto o de derecho²³⁸.

En términos subjetivos, la FCPA y la LAC tienen alcances diferentes en cuanto a la responsabilidad de los sujetos activos. Aunque ambas incluyan una amplia gama de sociedades mercantiles y empresariales, la normativa brasileña exige, en cierta medida, algún tipo de representación en territorio nacional, requisito que no es restrictivo en la FCPA, lo que amplía la jurisdicción estadounidense en comparación con la brasileña²³⁹.

Acerca de la tipificación del ilícito, la LAC tipifica administrativamente el acto de prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida para agente público, o a una tercera persona a ele relacionada²⁴⁰. También es ilícito que la empresa que financie, patrocine o subvencione la práctica de estos actos²⁴¹ o utilice a una persona interpuesta, física o jurídica, para ocultar o encubrir sus verdaderos intereses o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados²⁴². Otra conducta ilícita es la acción de obstaculizar las actividades de investigación o inspección de organismos, entidades o agentes públicos, o interferir en sus actividades, incluso en el ámbito de las agencias reguladoras y de los organismos nacionales de inspección del sistema financiero²⁴³. Además de estas conductas delimitadas, la LAC introdujo los hechos ilícitos en licitaciones y contratos con la administración, y además registró, en siete apartados, conductas tipificadas administrativamente, desde el fraude a la competencia de una licitación pública, hasta la manipulación de equilibrio económico-financiero de un contrato firmado con la administración pública²⁴⁴.

Este punto lleva a una diferencia entre las dos legislaciones analizadas, que es la exigencia de existir el pago o promesa de pago de soborno a un agente público extranjero.

²³⁸ Ley n.º 12.846/2013 art. 1º párr. único.

²³⁹ Vid. Manual CGU (2022:39-40) aclarando la exigencia legal de representación en territorio nacional y cómo interpretarse ese requisito. Vid. el Guía FCPA (2020:10-11) donde se establece que una empresa extranjera, incluso sin representación en territorio estadounidense puede quedar sujeta a la jurisdicción de la FCPA según el acto que cometa.

²⁴⁰ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (I).

²⁴¹ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (II).

²⁴² Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (III).

²⁴³ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (V).

²⁴⁴ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (IV).

En la LAC no son todos ilícitos que están relacionados obligatoriamente a pagos de cohecho, como es el caso de cartel. Por otro lado, en la FCPA el pago o promesa de pago de cohecho a un agente público extranjero es un requisito.

Las empresas investigadas, en los términos de la LAC, están sujetas a la responsabilidad administrativa y civil²⁴⁵, como ya hemos indicado. La responsabilidad civil de las personas jurídicas en el ámbito de la citada ley está descrita en el artículo 19, en el cual se establece que incumbe a los entes federativos, por medio de sus abogacías públicas, o al Ministerio Público el enjuiciamiento de acciones contra las empresas infractoras con el fin de buscar su responsabilización. La demanda judicial puede llevar a las siguientes penas: (i) decomiso de los valores que representen ventaja o lucro obtenido directa o indirectamente de la infracción²⁴⁶, (ii) suspensión o interdicción parcial de sus actividades, (iii) disolución obligatoria de la persona jurídica y (iv) prohibición de recibir incentivos, subsidios, subvenciones, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas.

En su componente administrativo, la Ley Anticorrupción define como sanciones la aplicación de una multa pecuniaria²⁴⁷ y una publicación extraordinaria de la decisión condenatoria²⁴⁸.

Considerando el objeto de este estudio, es importante también abordar otro componente monetario mencionado en la Ley Anticorrupción que es el daño, aunque el mismo no esté en la esfera de responsabilización. Sobre esta cuestión a nuestro entender,

²⁴⁵ El Código Penal brasileño no establece delitos practicados por personas jurídicas. Una excepción fue establecida por la Constitución Federal, de 1988, que en el art. 225 párr. 3º ha introducido la sanción penal para persona jurídica en caso de conducta lesiva al medio ambiente, *vid.* Manual CGU (2022:19).

²⁴⁶ *Vid.* FORMOLO (2023) que defiende que el decomiso no se trata de sanción, aunque una interpretación estrictamente exegética conlleve a este entendimiento. El Tribunal de Cuentas de la Unión, en Brasil, también examinó el tema en el voto del ministro Antonio Anastasia, al analizar la naturaleza jurídica de la restitución de los lucros ilegítimos, oportunidad en que concluyó no se tratar, en regla, de una sanción (proceso TC 016.588/2019-3).

²⁴⁷ Ley n.º 12.846/2013 art. 6º (I), establece que la multa administrativa será aplicada en un valor entre 0,1% y 20% de los ingresos brutos, descontados los tributos, nunca siendo inferior a la ventaja obtenida con los ilícitos, cuando sea posible su estimación - Manual CGU (2022: 115).

²⁴⁸ Ley n.º 12.846/2013 art. 6º (II). La sanción de publicación extraordinaria posee una dupla función: primero, cumplir con el principio de la transparencia, dando publicidad al acto administrativo sancionador, y segundo alcanzar la imagen de la persona jurídica sancionada, ya que revela al mercado la implicación de la empresa en hechos ilícitos de corrupción. *Vid.* . Manual CGU (2022: 113).

la LAC se restringe a delimitar que el procedimiento de responsabilización no puede perjudicar eventuales otros procedimientos de definición y cobro de daños²⁴⁹.

Además de las sanciones observadas, la Ley Anticorrupción establece la posibilidad de aplicación de las penalidades definidas en la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos, que prevé, entre otras consecuencias jurídicas, la multa y la declaración de ausencia de idoneidad para licitar o contratar con la Administración Pública²⁵⁰.

2.2.3 El acuerdo de lenidad

La Ley Anticorrupción brasileña, además del proceso administrativo de responsabilización, introdujo, como ya mencionado, el acuerdo de lenidad como mecanismo de justicia consensual para sancionar a las empresas involucradas en hechos corruptos que decidan colaborar con la Administración Pública. Este instrumento, establecido en los artículos 16 y 17 de la citada Ley, tiene su regulación derivada de otro instrumento negocial, ya existente y testado en el ordenamiento jurídico brasileño, que es el acuerdo de lenidad realizado por el CADE en el ámbito de la defensa de la competencia²⁵¹. En los términos del Decreto n.º 11.129/2022, que reglamenta la Ley n.º 12.846/2013, el “acuerdo de lenidad es un acto administrativo negocial que resulta del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y que tiene por objeto exigir responsabilidades a las personas jurídicas por la comisión de actos lesivos contra la Administración pública nacional o extranjera”²⁵².

Con relación a la competencia para celebrar acuerdos de lenidad, la Ley define qué corresponde a la máxima autoridad de cada órgano o ente público²⁵³. En el ámbito del Poder Ejecutivo federal, la norma estableció que la Contraloría General de la Unión (CGU) tiene la competencia para firmar acuerdos de lenidad. Además, la LAC

²⁴⁹ Por ejemplo, en el artículo 6º §3º de la Ley n.º 12.846/2013 se registra que la aplicación de las sanciones no excluye la obligación de reparar el daño causado. Este mismo entendimiento se verifica en el artículo 16 §3º de la Ley Anticorrupción que menciona que el acuerdo de lenidad no exime la responsabilidad de la persona jurídica de reparar integralmente el daño causado. *Vid.* Manual CGU (2022:93). *Vid.* Decreto n.º 11.129/2022, §2º, art. 37.

²⁵⁰ *Vid.* Manual CGU (2022: 115 y ss.) que esclarece sobre las penalidades aplicables en el ámbito de la Ley de Licitaciones y otros normativos correlatos.

²⁵¹ ATHAYDE (2019:240-241). *Vid.* la misma autora (pp. 75 y ss.) explicando el acuerdo de lenidad *antitrust*.

²⁵² Decreto n.º 11.129/2022, art. 32, en una traducción libre. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Último acceso en 12/06/2024.

²⁵³ Ley n.º 12.846/2013 art. 16.

expresamente afirma que esta competencia de la CGU es exclusiva cuando se trata del soborno de funcionario público extranjero²⁵⁴.

Cabe aquí abrir un paréntesis para mencionar que el Ministerio Público también ha firmado acuerdos con personas jurídicas involucradas en corrupción, como órgano responsable por la defensa de derechos difusos y el Estado Democrático de Derecho, y también como titular de la acción judicial de la LAC²⁵⁵. En ese contexto, por lo menos desde 2019, después de un período de desalineamiento entre las instituciones²⁵⁶, la CGU y la AGU han celebrado acuerdos en actuación conjunta con el Ministerio Público Federal lo que demuestra una mejora en la coordinación entre las instituciones nacionales²⁵⁷.

Volviendo al tema de la competencia para celebrar acuerdos, aquellos que versen sobre el cohecho estrictamente doméstico, no involucrando hechos sujetos a la competencia federal, pueden ser firmados por autoridades máximas de otros entes federativos —Municipios o Estados— o de otros poderes —legislativo o judicial—, observando cada legislación específica, una vez que cada ente federativo posee competencia para reglamentar el acuerdo de lenidad²⁵⁸.

Para celebrar un acuerdo de lenidad, la empresa colaboradora necesita cumplir determinados requisitos legales para poder cerrar la pretensión punitiva administrativa del Estado con atenuación de las sanciones²⁵⁹. Además, la LAC define que el acuerdo de lenidad debe ser celebrado con personas jurídicas que colaboren efectivamente con las investigaciones, cuya colaboración resulte en: (i) la identificación de los demás involucrados, cuando sea aplicable, y (ii) la obtención rápida de informaciones y

²⁵⁴ Ley n.º 12.846/2013 art. 16 §10. *Vid.* WORLD BANK GROUP & CONACI (2022:12) en que se avalió nacionalmente la estructura de las unidades de control interno de las municipalidades. El estudio identificó que, estadísticamente, alrededor de 20% de los municipios tendrían reglamentado la ley anticorrupción. Si por un lado demuestra que todavía existe un largo camino para implementación de la ley en el territorio brasileño, por otro se estima que alrededor de mil municipalidades ya tendrían sus leyes, con posibilidades de firmar acuerdos de lenidad.

²⁵⁵ *Vid.*, en LINS (2021:79) sobre los acuerdos firmados por la Fiscalía. *Vid.* también SIMÃO & VIANNA (2017:150 y ss.) sobre la fundamentación para celebración de los acuerdos por el Ministerio Público.

²⁵⁶ *Vid.* en DE MATTOS PIMENTA (2020:119-127) sobre los primeros movimientos entre CGU, AGU y MPF para alineamiento de los acuerdos. En FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:350-353) sobre el reconocimiento del poder judicial acerca de la competencia de la CGU para celebrar los acuerdos de lenidad.

²⁵⁷ Noticia divulgando el primero acuerdo firmado coordinadamente entre CGU, AGU, MPF y autoridades extranjeras: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/06/cgu-agu-mpf-e-doj-firmam-primeiro-acordo-de-leniencia-global-no-ambito-da-lava-jato>. Último acceso en 12/06/2024.

²⁵⁸ MARRARA (2021:208-209). *Vid.* en LINS (2021:75-80) sobre la competencia para firmar acuerdo en Brasil.

²⁵⁹ Además, para , que el acuerdo sea válido y eficaz las obligaciones asumidas por la persona jurídica deben ser cumplidas. *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017: 55).

documentos que confirmen el ilícito²⁶⁰. Estos requisitos demuestran que se trata de un instrumento más de investigación a disposición del Estado, que debe utilizarlo para agregar al conjunto de herramientas disponibles para las autoridades competentes²⁶¹.

Además, es necesario que la empresa colaboradora (i) sea la primera en manifestar su interés en cooperar en la investigación del acto ilícito; (ii) cese completamente su participación en el ilícito, (iii) admita su participación en el hecho ilícito y (iv) coopere con las investigaciones²⁶².

Como se ha visto, la Ley Anticorrupción estableció, en el artículo 19, la responsabilización judicial por los hechos de corrupción, cuyo enjuiciamiento permanece a cargo de las abogacías públicas de cada ente federativo y de la Fiscalía, que en ámbito de la Unión serían competencias de la Abogacía General de la Unión (AGU) y del Ministerio Público Federal (MPF). Esas dos instituciones también poseen atribuciones concurrentes para enjuiciamiento de acción civil por acto de improbidad²⁶³.

En ese contexto, desde 2016, la participación de la AGU en los acuerdos de lenidad se encuentra regulada por medio de normativas conjuntas firmadas entre las autoridades máximas de la AGU y de la CGU. De ese modo, todos los acuerdos de lenidad celebrados entre empresas colaboradoras y la Unión fueron suscritos en un acto conjunto por los Ministros de la CGU y Abogados Generales de la Unión²⁶⁴.

Conocer esa organización normativa y los órganos partícipes es relevante para comprender la estructura de sanciones pecuniarias adoptadas en los acuerdos de lenidad.

²⁶⁰ Ley n.º 12.846/2013 art. 16 (I) y (II).

²⁶¹ SIMÃO & VIANNA (2017: 56).

²⁶² Ley n.º 12.846/2013 art. 16 § 1º (I), (II), (III) y (IV). *Vid.* SIMÃO & VIANNA (2017:114-120) analizando los factores que deben ser considerado al interpretarse este dispositivo.

²⁶³ Ley de Improbidad Administrativa – Ley n.º 8.429/1992 debe ser analizada junto con las Acciones Directas de Inconstitucionalidades de n.º 7042 y de n.º 7043, del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil, las cuales mantuvieron la competencia para proposición de acción de improbidad por las personas jurídicas interesadas, como es el caso de la Unión. La Abogacía General de la Unión es el órgano constitucionalmente competente para representar judicial y extrajudicialmente la Unión, además de ser asignación de sus abogados públicos la facultad de transigir o acordar en acciones de su interés. *Vid.* Art. 131 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB), de 1988 y Ley Complementar n.º 73, art. 4º (VI). *Vid.* también LINS (2021:78-79) sobre la competencia de la AGU

²⁶⁴ La Ordenanza Interministerial CGU-AGU n.º 2278, de 15 de diciembre de 2016, fue el instrumento inaugural que formalizó la participación de la AGU en el procedimiento de acuerdo de lenidad, disponible en: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34873/7/Portaria_2278_2016.pdf. Último acceso en 12/06/2024. La referida normativa fue revocada por la Ordenanza Conjunta n.º 4, de 9 de agosto de 2019, disponible en: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34882/5/Portaria_Conjunta_4_2019.pdf. Último acceso en 12/06/2024. Por último, la actuación de la AGU en los acuerdos de lenidad también está consignada en el Decreto n.º 11.129, de 11 de julio de 2022, que reglamenta la Ley Anticorrupción.

Antes de adentrarse en el tema, es importante subrayar que existen otras sanciones, de naturaleza no pecuniaria, establecidas por la LAC, las cuales también son atenuadas o eximidas cuando se celebra un acuerdo. Podemos citar, como posibles beneficios no pecuniarios, la exención de (i) la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria, (ii) la suspensión de las actividades, (iii) la disolución de la persona jurídica y (iv) la prohibición de recibir incentivos y subsidios gubernamentales²⁶⁵.

Retomando la cuestión de las sanciones pecuniarias, la LAC establece una multa administrativa. Además de la multa, la Ley prevé la posibilidad de reclamar judicialmente el decomiso de los bienes, derechos o valores que representen una ventaja o beneficio obtenido indebidamente. Otro elemento pecuniario que puede ser tratado en los acuerdos de lenidad es el daño causado debido a los hechos ilícitos.

No es objetivo de este estudio analizar con detenimiento los procedimientos para el cálculo de la multa administrativa; sin embargo, es relevante conocer en líneas generales su composición, para posibilitar mejor comprensión de la monografía.

Para calcular la multa administrativa, en regla, se empieza con la definición de la base de cálculo, que es el ingreso bruto de la persona jurídica en el último ejercicio anterior a la apertura del PAR, excluido los impuestos, o sea las ventas brutas menos los tributos. Sobre esa base se aplica un porcentual que varía de 0,1% a 20%, calculado a partir de agravantes y atenuantes definidos en el Decreto n.º 11.129/2022. Con el valor de este porcentual identificado, se debe multiplicar por la base de cálculo, cuyo resultado es el valor de multa calculada, un valor aún preliminar. Todavía existe un último paso que es verificar si este valor de multa calculada está dentro de los límites legales, que tiene: (i) como mínimo, el mayor valor entre la ventaja obtenida o 0,1% de la base de cálculo y (ii) como límite superior, el menor valor entre tres veces el valor de la ventaja obtenida o pretendida o 20% de la base de cálculo. Hay que subrayar que el valor final de la multa nunca puede ser inferior al valor de la ventaja obtenida, cuando posible definir²⁶⁶.

²⁶⁵ Ley n.º 12.846/2013, art. 16 §2º. *Vid.* acuerdo de lenidad celebrado por la CGU y AGU con empresa colaboradora en diciembre de 2023, en la cláusula 11.3 están registrados los beneficios concedidos. Disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Termo_3042629_Termo_do_Acordo_de_Leniencia_assinado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

²⁶⁶ Para más detalles sobre el cálculo de la multa se puede consultar el Decreto n.º 11.129/2022, disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. (Último acceso en 12/06/2024). También el Manual CGU (2022:132 y ss.).

Nuevamente, la finalidad aquí no es abordar en detalle el cálculo de multa, ya que existen diversas especificidades que no fueran tratadas²⁶⁷. El objetivo es presentar una breve noción de cuáles son las premisas y los datos involucrados en el cálculo de la multa, de modo que nos permita situarnos en los elementos presentes en la multa de la LAC y en la FCPA.

En los acuerdos de lenidad las empresas pueden tener una reducción en el valor de la multa en hasta $2/3$ ²⁶⁸. Ese rango de reducción, de cero hasta $2/3$, a ser aplicado en la multa, fue regulado en diciembre de 2022, con la aprobación de la Ordenanza Interministerial n.º 36/2022²⁶⁹.

Otra multa que puede estar prevista en los acuerdos de lenidad es aquella derivada de la Ley de Improbidad Administrativa — LIA, Ley n.º 8.429/1992²⁷⁰. Esta Ley ha sido modificada en 2021, oportunidad en la que se exige de aplicar sanción a las personas jurídicas por hecho ilícito que también es sancionado por la Ley Anticorrupción. Una evolución legal relevante y alineada con los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem* debatidos en este trabajo²⁷¹.

Siguiendo el análisis, otra especie de valor que se identifica en los acuerdos de lenidad son aquellos relativos a la pérdida de bienes o decomiso, considerando la participación de la AGU en los acuerdos. Eso porque, la LAC, en su artículo 19 establece la pérdida de los bienes obtenidos ilícitamente que debe ser demandada a partir de un proceso judicial, que puede ser iniciado, entre otros actores, por la AGU²⁷². Sobre el tema, el decreto que reglamenta la ley establece que, para celebrar un acuerdo de lenidad, la persona jurídica deberá decomisar los montos correspondientes al lucro indebido o

²⁶⁷ El procedimiento para el cálculo de la multa puede ser consultado en un manual específico divulgado por la CGU que puede ser consultado en: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46569>. Último acceso en 12/06/2024.

²⁶⁸ Ley n.º 12.846/2013 art. 16 §2º y Decreto n.º 11.129/2022.

²⁶⁹ Documento disponible en: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-interministerial-n-36-de-7-de-dezembro-de-2022-449321104>. Último acceso en 12/06/2024.

²⁷⁰ Texto disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Último acceso en 02/07/2024.

²⁷¹ FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:251-279) tratan sobre el tema de los límites de la incompatibilidad entre la Ley Anticorrupción y la Ley de Improbidad Administrativa.

²⁷² La definición de ventaja obtenida o pretendida está en el art. 26 del Decreto n.º 11.129/2022 como “el equivalente monetario del producto del ilícito, entendido como las ganancias o beneficios obtenidos o pretendidos por la persona jurídica como resultado directo o indirecto de la práctica del hecho lesivo”, en traducción libre.

enriquecimiento ilícito obtenido directa o indirectamente, en los términos y montos definidos en la negociación²⁷³.

La última tipología financiera identificada en los acuerdos de lenidad a ser comentada es el daño. La Ley Anticorrupción establece el deber de la empresa para reparar integralmente el daño causado²⁷⁴. Además, la empresa para celebrar un acuerdo de lenidad debe reparar en su totalidad, si existente, la parcela indiscutible de daño. Esta parte del daño se define como aquella admitida por la persona jurídica o la que resulta de una decisión definitiva en el ámbito de un proceso administrativo o judicial²⁷⁵²⁷⁶. Sobre el daño cabe añadir que, en el ámbito de la Unión, la autoridad administrativa competente para proferir una decisión definitiva acerca del daño es el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU)²⁷⁷.

Como hemos visto, las resoluciones firmadas en el ámbito de la FCPA no presentan una tipología de valores categorizadas como daño, diferentemente de la legislación brasileña y, consecuentemente, de los acuerdos de la LAC.

La existencia de tipología financiera que no es identificada en ambas resoluciones coordinadas por autoridades extranjeras puede resultar en valores que no sean compensables, resultando en desafíos y mayor complejidad en los casos de acuerdos de múltiples jurisdicciones²⁷⁸.

Para verificar cómo esas tipologías son identificadas en la práctica, buscaremos relacionarlas en los últimos tres acuerdos divulgados por la CGU en su sitio de internet, según indicamos en la tabla siguiente:

²⁷³ Decreto n.º 11.129/2022, art. 37 (VII).

²⁷⁴ Ley n.º 12.846/2013 art. 6º, §3º y art. 16, § 3º.

²⁷⁵ Decreto n.º 11.129/2022, art. 37, §2º.

²⁷⁶ *Vid.* ROMANOFF (2020:68) esclareciendo que para la definición del valor de daño es necesario el contradictorio y amplia defensa, así como muchas veces se exige la prueba pericial, procedimientos estos que no son parte de la negociación de un acuerdo.

²⁷⁷ El Tribunal de Cuentas de la Unión emitió la Instrucción Normativa n.º 94, de 21 de febrero de 2024, que regula las actividades del Tribunal en los términos del acuerdo de cooperación firmado en 2021, documento disponible en: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/norma>, utilizar términos “94” para el campo “número” y “2024” para el campo “ano”. Último acceso en 12/06/2024.

²⁷⁸ *Vid.* ROMANOFF (2020:69) comentando acerca de la complejidad que puede surgir en acuerdos que involucran más de una jurisdicción cuando las metodologías de cálculo son muy distintas.

Tabla 4: Ejemplos de resoluciones CGU.

		Viken 06/2024 ²⁷⁹	M.L. Máquinas LTDA 12/2023 ²⁸⁰	NEOWAY TECNOLOGIA 12/2023 ²⁸¹
Tipología	Multa LAC	No	Sí	Sí
	Multa LIA	Sí	No	No
	Perdimiento/Ventaja indebida	Sí	Sí	Sí
	Daños presuimidos	Sí	No	Sí

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de CGU en la internet.

A partir de los casos concretos, fue posible identificar que CGU y AGU adoptaron el decomiso, en todos los casos evaluados. Los valores de multa de la LAC, de la LIA y del daño no estuvieron presentes en todos casos. La ausencia de aplicación de multa de la LAC puede estar relacionada con el período de acontecimiento de los ilícitos, una vez que la LAC solo tiene vigencia a partir de enero de 2014. Cuanto a la LIA puede estar relacionada con la reforma legislativa, que puede aplicarla cuando hay incidencia de la LAC, evitando sanción en duplicidad. En cuanto al daño, los casos denotan que no existe o es posible de identificar en toda situación.

2.2.4 Coordinación con autoridades extranjeras

En el ámbito de la denominada “Operação Lava-Jato”, el Ministerio Público Federal comenzó a suscribir acuerdos con las empresas involucradas en los hechos ilícitos. Como se ha visto, aunque no sea el órgano competente para firmar acuerdos de lenidad con personas jurídicas, conforme los términos de la Ley n.º 12.846/2013, en una interpretación más amplia, el órgano fiscal, de hecho, ha celebrado diversos pactos con empresas colaboradoras²⁸².

En ese contexto, el órgano ministerial también inició el proceso de coordinación de acuerdos con autoridades extranjeras. Hubo varios casos de resoluciones coordinadas entre la Fiscalía brasileña y las autoridades estadounidenses, tal como fue objeto de

²⁷⁹ Documento disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Anexo_III_tarjado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

²⁸⁰ Documento disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/MauroLuvizotoMquinasAnexoIII.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

²⁸¹ Documento disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Anexo_3042635_Anexo_III_assinado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

²⁸² *Vid.* en SIMÃO & VIANNA (2017:150 y ss.) y ATHAYDE (2019:335-338). *Vid.* también DE MATTOS PIMENTA (2020:91-102) acerca de los primeros acuerdos del MPF.

cobertura en los medios²⁸³ y registrado en los informes de la OCDE²⁸⁴. Esta práctica fue reconocida en un documento orientativo emitido por el MPF, en 2017, que identificó las buenas prácticas desarrolladas en los acuerdos ya firmados por el MPF²⁸⁵. Este documento, al tratar sobre la cooperación con autoridades extranjeras, orientó en el sentido de que las negociaciones de acuerdos, cuando sean posible, deberían considerar las prácticas de corrupción transfronteriza, con el fin de evitar una doble sanción²⁸⁶.

La Contraloría General de la Unión y la Abogacía General de la Unión también han comenzado a firmar acuerdos en coordinación con autoridades extranjeras, especialmente estadounidenses, incluso junto con el Ministerio Público Federal. El primer caso, como se verá más detalladamente adelante, ocurrió en 2019, en que la CGU, la AGU y el MPF coordinaron un acuerdo global con DOJ para sancionar una empresa mediante una resolución consensual. Esta práctica tuvo continuidad en otros acuerdos sucesivos, lo que también demuestra la coordinación interna entre los órganos brasileños²⁸⁷

Sin embargo, los instrumentos de la CGU y la AGU son autónomos de los del MPF, no siendo suscritos por las mismas autoridades, pese a que sean considerados y reconocidos recíprocamente en los instrumentos firmados por cada institución. Como ya hemos delimitado, el análisis aplicado en esta investigación se enfoca en los acuerdos de lenidad firmados por la CGU y la AGU en coordinación con las autoridades extranjeras.

En ese contexto de coordinación internacional, los reglamentos que han aprobado la estructura organizativa de CGU han conferido especial competencia al órgano para la interlocución con entidades extranjeras acerca del tema²⁸⁸.

²⁸³ Noticias sobre acuerdos coordinados entre el MPF y autoridades extranjeras firmados con empresas colaboradoras: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/odebrecht-fecha-acordo-de-leniencia-com-eua-e-suica>, <https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-brasileira-fecha-acordo-miliao-com-rolls-royce/a-37169922> y <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/empresa-investigada-na-lava-jato-se-compromete-a-pagar-multa-de-r-14-bilhao-no-brasil-eua-e-cingapura.ghtml>. Últimos accesos en 12/06/2024.

²⁸⁴ Vid. en OCDE (2019) *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, disponible en: www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm. Último acceso en 12/06/2024.

²⁸⁵ Vid. el documento del MPF denominado “Orientação n.º 07/2017”, disponible en: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/orientacoes/orientacao_7_2017_assinada.pdf (último acceso en 12/06/2024), emitido por la 5ª Cámara de Coordinación y Revisión del Ministerio Público Federal, que tiene entre sus competencias la promoción e integración de los órganos vinculado a su materia.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ ATHAYDE (2019:337).

²⁸⁸ La estructura regimental de los órganos ministeriales del Poder Ejecutivo federal es aprobada por un decreto del Presidente de la República. Podemos destacar el Decreto n.º 9.681, de 3 de enero de

Además, las convenciones internacionales, de las cuales Brasil es signatario, han fomentado la cooperación entre las autoridades extranjeras, tanto para mejorar las condiciones de las investigaciones como para alcanzar una sanción más justa y proporcional en la aplicación de sanciones.

Mas allá de las convenciones internacionales y de las normativas internas, sobre la coordinación con órganos extranjeros en materia de acuerdos de lenidad, también podemos destacar el Acuerdo de Cooperación Técnica (ACT), firmado en 2020, entre la Contraloría General de la Unión, la Abogacía General de la Unión, el Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública y el Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo la supervisión del Supremo Tribunal Federal. El documento aborda los principios específicos que deben ser observados en la actuación en los acuerdos de lenidad de la Ley n.º 12.846/2013. El principio duodécimo se refiere a la cooperación internacional, destacando la importancia de buscar, cuando sea posible, la coordinación con autoridades en casos que involucren más de una jurisdicción, con el fin de garantizar un enfrentamiento sistémico a la corrupción, así como una adecuada y proporcional recuperación de activos.

En resumen, los ordenamientos jurídicos internacional e interno establecen los fundamentos jurídicos para adoptar procedimientos que promuevan, siempre que sea posible, una coordinación entre las autoridades brasileñas y las extranjeras con el fin fomentar una sanción adecuada y justa a través de acuerdos de lenidad.

2.3 Similitudes y diferencias entre los acuerdos: la FCPA y la LAC

La FCPA y la LAC, creados para la tipificación del soborno transnacional, poseen puntos en común, tales como la previsión de sanciones y los decomisos. La norma norteamericana es aplicada por dos agencias, el DOJ y la SEC, lo que puede resultar en

2019, ya revocado, que definió, en el art. 21, como competencia de la Directoria de Acuerdos de Lenidad de la CGU la interlocución con entidades extranjeras en actividades de acuerdos de lenidad. El Decreto n.º 11.102, de 23 de junio de 2022, de modo menos detallado, establecía la competencia para coordinar actividades con otros órganos internacionales en materia de combate a la corrupción. Por fin, el normativo actualmente, vigente, el Decreto n.º 11.330, de 1º de enero de 2023, que revocó el anterior, fijó, en el art. 21, que la Secretaria de Integridad Privada, juntamente con la Asesoría Especial para Asuntos Internacionales, articulará con órganos y entidades internacionales en materia de acuerdos de lenidad. Mas allá, hay la Ordenanza Conjunta CGU – AGU n.º 04/2019, suscrita por el Ministro de la CGU y por el Abogado General de la Unión que define, en el art. 6º (III), ser competencia de sus órganos internos la interlocución con entidades y autoridades internacionales acerca del tema de acuerdos de lenidad. Por último, en el sitio de la CGU en la internet se encuentra información sobre la posibilidad de negociar acuerdo de lenidad en coordinación con otras autoridades extranjeras, siempre que exista un alineamiento para la construcción del acuerdo y se preserve la competencia institucional de cada órgano (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/perguntas-frequentes#e>). Último acceso en 12/06/2024.

multas penales y civiles impuestas a las empresas, además del decomiso. La Ley brasileña establece una multa administrativa y la posibilidad de cobrar el valor de decomiso judicialmente, o por medio de acuerdos de lenidad.

Por otro lado, también existen diferencias entre los marcos normativos. Destacamos los ilícitos tipificados, que son más amplios en el caso brasileño, ya que no tratan solamente del pago de un soborno transfronterizo, sino también al fraude en las licitaciones. Además, en los acuerdos de lenidad firmados por las autoridades brasileñas a menudo se incluyen valores de daños identificados, lo que no se recoge en las resoluciones de las autoridades norteamericanas. Por otro lado, la FCPA establece una jurisdicción que alcanza empresas extranjeras que practiquen hechos relacionados con el pago de sobornos en territorio estadounidense, algo no establecido en la LAC.

Estos elementos serán abordados de modo más pormenorizado a lo largo de este trabajo; sin embargo, en este momento importante hay que destacar que, pese las distinciones, los acuerdos y resoluciones de ambos ordenamientos jurídicos utilizan de herramientas consensuales basadas en sanciones pecuniarias, como multas, y en valores decomisados. Ello hace converger a los instrumentos en un punto que permite el debate acerca de la armonización hacia una sanción global más justa y proporcional.

3. Integración de sanciones en resoluciones coordinadas: experiencia de Brasil y de Estados Unidos.

Hasta el momento, hemos observado que las convenciones internacionales fomentaron a sus países signatarios la implementación legislativa del delito de cohecho de un funcionario público extranjero. Varios países han internalizado en sus códigos penales y leyes la tipificación del citado delito, así como la responsabilidad de las personas jurídicas involucradas en estos hechos de corrupción.

En poco más de dos décadas, la criminalización del cohecho de soborno transfronterizo ha pasado de ser una excepción para convertirse en una regla en los ordenamientos jurídicos nacionales, como se evidencia, por ejemplo, en los informes de seguimientos de las convenciones de Naciones Unidas y de OCDE²⁸⁹.

²⁸⁹ *Vid.* WEISS (2009:488-491). *Vid.* ODED (2020a: 231-232) explicando sobre el crecimiento global sobre el marco normativo anticorrupción.

La capacidad de persecución a las empresas involucradas en hechos de corrupción no es más exclusividad de las autoridades estadounidenses, sino que también lo es de otros países que, además de implementar sus leyes, han estructurado sus instituciones competentes y desarrollado procedimientos para mejorar sus investigaciones²⁹⁰.

Con ese incremento de la capacidad investigativa y de persecución, las empresas están cada vez más expuestas a la responsabilidad por actos de soborno transfronterizo, con efectos en más de una jurisdicción²⁹¹. De hecho, si este delito afecta a más de un país puede atraer la competencia de varias autoridades extranjeras²⁹², sin que exista un instrumento internacional anticorrupción, en ámbito global, que delimite las competencias de los países en las investigaciones de mismo delito²⁹³.

Como hemos visto en los apartados anteriores, las convenciones internacionales anticorrupción, por lo menos aquellas de espectro global, no establecieron límites o mecanismos que restrinjan la persecución en más de un país. Estos instrumentos internacionales se limitaron a recomendar que los países se consultaran acerca de la mejor competencia cuando hay un solapamiento de actuaciones y competencias²⁹⁴. Además, las convenciones internacionales consagraron la persecución extraterritorial de los delitos de cohecho transfronterizo al establecer la necesidad que tipificar y sancionar el cohecho del agente público extranjero, debiendo los países sancionar a sus nacionales, personas y empresas que sobornen a funcionarios extranjeros.²⁹⁵

Por otro lado, vimos que, en el ámbito europeo, las normativas comunitarias se presentan de manera distinta, ya que el art. 54 del Acuerdo de Schengen fija la aplicación del principio del *ne bis in idem*, prohibiendo que una persona que haya sido juzgada por

²⁹⁰ OCDE (2022) registra en 2022, que 25 países ya han sancionado a personas naturales o jurídicas involucradas en cohecho transfronterizo. Además, el mismo documento demuestra que 35 países ya han llevado a cabo, en algún momento, investigación que implica este delito.

²⁹¹ *Vid.* en HOLTMEIER (2015:496) que leyes antisoborno tienen por finalidad regular los hechos que ocurren en el extranjero y que, como consecuencia, atraen la competencia de al menos dos países para procesar tales actos ilícitos.

²⁹² COLOMBET (2020:120). *Vid.* en DAVIS (2016:60) comentando acerca del riesgo de múltiples procesamientos en países distintos y la relevancia del tema, considerando el incremento de investigaciones en distintos países sobre de los mismos hechos. *Vid.* también en BLANCO CORDERO (2020:5) tratando sobre como los delitos de cohecho transfronterizo involucran riesgos de sanción en más de una jurisdicción, ya que el hecho ilícito suele tener repercusión en más de un país, más allá que el principio de territorialidad. *Vid.* también ODED (2020a:228-229).

²⁹³ DAVIS (2016:59).

²⁹⁴ Como establecido en el apartado 3 del artículo 4 de la Convención de la OCDE sobre soborno de funcionario público extranjero.

²⁹⁵ Convención de la OEA (artículos V y VIII), Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (artículos 16 y 42) y Convención de la OCDE (artículos 1 y 4).

una sentencia firme de un Estado Parte sea procesada por los mismos hechos por otro Estado Parte²⁹⁶. Sin embargo esta situación de protección no es igualmente reconocida por los países comunitarios cuando la empresa multinacional es sancionada fuera de la Unión Europea²⁹⁷.

Este escenario de normas nacionales que establecen la investigación y sanción de empresas por hechos de soborno cometidos en el exterior (extraterritorialidad), combinado con la ausencia de una normativa internacional que exija observancia al principio de *ne bis in idem*, de hecho, coloca a los individuos y empresas bajo un riesgo de una doble sanción.

Esta situación ha llevado a que las empresas colaboradoras, juntamente con las autoridades competentes para sancionar a estas personas jurídicas, busquen soluciones negociadas que les permitan evitar una dupla sanción²⁹⁸ y colocarse en una posición más ventajosa comparada con las empresas que decidan no colaborar.

En los apartados siguientes veremos como Estados Unidos y Brasil²⁹⁹ han aplicado sanciones para las empresas colaboradoras, a través de resoluciones y acuerdos que buscan, en cierta medida, reconocer la colaboración empresarial y mitigar los efectos de una doble sanción.

3.1 La experiencia estadounidense

3.1.1 Jurisdicción de la FCPA

Como hemos visto, las disposiciones de la FCPA se aplican a individuos y personas jurídicas, las cuales pueden ser clasificadas en tres tipologías, que abordaremos más detalladamente:

Personas jurídicas clasificadas como emisoras —issuers- y sus funcionarios y directivos, así como accionistas que representan la empresa.

- a) Una empresa *issuer* o emisora es aquella que tiene valores registrados, conforme la legislación aplicada, o que está obligada a presentar informes a la SEC. Por lo tanto, una empresa cuyos valores sean cotizados en una

²⁹⁶ *Vid.* en BLANCO CORDERO (2020:31) para aclarar la imposibilidad de una empresa multinacional sea enjuiciada en un país comunitario después de ya ter sido objeto de investigación, por los mismos hechos, en otro país de la Unión Europea.

²⁹⁷ *Ibid.* (2020: 36).

²⁹⁸ DAVIS (2016:60).

²⁹⁹ *Vid.* ODED (2020a:232) comentando que además de EE.UU. otros países, como Brasil, fortalecieron las actividades para enfrentamiento del delito de soborno transnacional.

bolsa de valores norteamericano o esté obligada a procedimientos ante la SEC está sujeta a una sanción de la FCPA. Esto incluye a las empresas extranjeras cotizadas en una bolsa de valores estadounidense. Además de las empresas, también pueden ser responsables sus funcionarios, directivos y accionistas, aunque sean extranjeros.

Personas naturales y jurídicas clasificadas como domésticas.

- b) En esta categoría se incluyen las personas físicas que sean ciudadanos, ya sean nacionales o residentes en Estados Unidos. También se incluyen a las empresas que no siendo emisoras fueron constituidas bajo las leyes norteamericanas o tienen los Estados Unidos como principal local de negocios. Además están sujetos los funcionarios, directores, agentes o accionistas que representen una persona doméstica, incluso si son extranjeros.

Personas naturales y jurídicas que actúan en territorio de EE.UU., aunque no sean issuers o domésticas.

- c) La última categoría de los sujetos cubiertos por la FCPA es aquella compuesta por personas que no son *issuers* y tampoco domésticas, pero que realizan actos relevantes en términos de la jurisdicción de la mencionada Ley.

El Guía de la FCPA delimita como las personas físicas o jurídicas extranjeras aquella que realicen algún acto para promover pagos corruptos durante el tiempo de permanencia en territorio de los EE.UU.³⁰⁰.

Este último rol de sujetos cubiertos por las disposiciones de la FCPA fue incorporado en la legislación norteamericana para convergir con el criterio de jurisdicción consagrado en el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención de las OCDE³⁰¹, que amplía el alcance jurisdiccional de EE.UU. en la persecución de los delitos transfronterizos³⁰².

Este marco normativo proporciona una base jurídica amplia para actuación de las autoridades norteamericanas, sea en territorio nacional o extraterritorialmente, lo que,

³⁰⁰ Guía FCPA(2020:10).

³⁰¹ BLANCO CORDERO (2020:12).

³⁰² *Vid.* en BLANCO CORDERO (2020:12-13) esclareciendo acerca de la competencia jurisdiccional de DOJ y SEC. *Vid.* también en WEISS (2009: 499-500).

junto con otros factores, sitúa a EE.UU. como el país que procesa más casos de soborno transfronterizo³⁰³.

Mas allá de una jurisdicción territorial o extraterritorial de la FCPA, la justicia de EE.UU. no ha reconocido el principio de *ne bis in idem* para delitos como el cohecho de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Con una interpretación que preserva la soberanía de cada país, la justicia estadounidense considera legal la sanción de empresas por tribunales de EE.UU. simultáneamente con penas impuestas por la justicia de otros países, sobre los mismos delitos de cohecho transfronterizo³⁰⁴.

De este modo, una política global en expansión de persecución al delito de cohecho transfronterizo, el papel de EE.UU. en las investigaciones en múltiples jurisdicciones y una interpretación jurídica de que el cohecho transfronterizo viola distintamente las leyes de países soberanos, sin aplicar, por tanto, el principio *ne bis in idem*³⁰⁵, puede resultar en un incremento en los acuerdos y resoluciones de múltiples jurisdicciones coordinados con autoridades norteamericanas³⁰⁶.

Con la intensificación del número de casos de corrupción corporativa resueltos por acuerdos coordinados, firmados paralelamente entre autoridades norteamericanas y otras extranjeras, surge la necesidad de buscar una sanción más justa, evitando un solapamiento de multas, que incentive una postura colaborativa por parte de las personas jurídicas³⁰⁷.

En el siguiente apartado veremos parte de esta evolución, buscando identificar los cambios reglamentarios y los reflejos en resoluciones firmadas por el DOJ.

3.1.2 La política de “anti-pilling on” del DOJ

En mayo de 2018, el Departamento de Justicia de Estados Unidos anunció, por medio de su *Deputy Attorney General*, Rod J. Rosentein, la Política de Coordinación de Resoluciones Corporativas (*Policy on Coordination of Corporate Resolution*

³⁰³ *Vid.* noticia de la OCDE que subraya el liderazgo de los EE.UU. en el enfrentamiento del cohecho transfronterizo (<https://web-archiver.oecd.org/2020-11-17/569867-with-its-strong-enforcement-record-the-united-states-confirms-its-leading-role-in-the-fight-against-transnational-corruption.htm>). Último acceso en 12/06/2024. *Vid.* BOUTROS y FUNK (2012:269).

³⁰⁴ BLANCO CORDERO (2020:15). *Vid.* también en ODED (2020b:528-529) y DAVIS (2016:63-65).

³⁰⁵ BLANCO CORDERO (2020:15).

³⁰⁶ *Vid.* en KAHN (2018) registra que, en un período de dos años —de 2016 a 2018—, el DOJ había coordinado resoluciones con autoridades extranjeras en una cantidad dos veces superior a todo el historial anterior.

³⁰⁷ KAHN (2018).

Penalties)³⁰⁸. El mencionado documento, dirigido a los fiscales, comunica que las resoluciones con personas jurídicas deben considerar la totalidad de las multas, las penas y/o decomisos impuestos tanto por órganos del propio DOJ como por otras agencias policiales y reguladoras, con la finalidad de lograr un resultado equitativo. El expediente también reconoce la cooperación y el reporte voluntario de conductas indebidas por parte de las empresas.

Mas allá de lo indicado, el documento informa acerca de las nuevas disposiciones incorporadas en el *U.S. Attorneys' Manual* ³⁰⁹, que tratan sobre coordinación de resoluciones paralelas o investigaciones conjuntas sobre los mismos hechos ilícitos. Este Manual pasa a registrar que, al resolver un caso con una empresa, coordinado con otras autoridades que estén investigando la misma mala conducta, los fiscales del DOJ deben coordinarse para evitar la imposición innecesaria de multas, sanciones, penas y/o decomisos duplicados contra la empresa. El documento orientativo de DOJ establece que las resoluciones coordinadas entre autoridades pueden conllevar a sanciones duplicadas que no son proporcionales o tampoco justas³¹⁰.

En lo que respecta al presente estudio, podemos destacar en la política *1-12.100 - Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct* las siguientes directrices:

- i) que el DOJ busque, cuando sea apropiado, coordinar con las autoridades nacionales y extranjeras para resolver un caso con una empresa por la misma conducta indebida, considerando incluso la cantidad de multas, penas y/o decomisos pagos a esas otras autoridades;
- ii) que para decidir acerca de una coordinación con otras autoridades, el DOJ debe observar, por ejemplo, la gravedad de la conducta; los mandatos estatutarios con respecto a las penas, multas y/o decomisos; el riesgo de demora injustificado en lograr una resolución final; y la adecuación y

³⁰⁸ El documento que comunica directrices e introduce nuevas disposiciones en el manual de los procuradores del DOJ (*1-12.100 - Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct*) está disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁰⁹ El Manual es un documento interno del DOJ con la finalidad de facilitar políticas y procedimientos relevantes para la actuación de los procuradores, según informaciones disponibles en: <https://www.justice.gov/archives/usam/united-states-attorneys-manual>). Último acceso en 12/06/2024.

³¹⁰ ODED (2020a:238).

- puntualidad de los reportes de una empresa y su cooperación con el DOJ, independientemente de cooperación con otras autoridades, y
- iii) los fiscales pueden considerar medidas adicionales, según las circunstancias, como aquellas que buscan recuperar el dinero público o reparar las víctimas.

La política editada por el DOJ, en 2018, consolida las prácticas adoptadas por el Departamento en los casos recientes³¹¹ y marca un relevante paso en la dirección de una sanción más justa con relación a las personas jurídicas que buscan colaborar con las autoridades.

En ese contexto, la doctrina especializada, en consulta a las resoluciones divulgadas por la administración, identificaba tres soluciones que eran adoptadas por las autoridades norteamericanas: (i) el caso cuando una empresa que era sancionada por una autoridad extranjera y posteriormente era sujeta a un enjuiciamiento en EE.UU., de modo descoordinado; (ii) otra situación en que el DOJ expresaba su interés en investigar pero que finalmente optaba por no enjuiciar, considerando que ya había un proceso concluido en el extranjero, y (iii) los acuerdos coordinados en los que el DOJ concedía crédito de valores considerando las sanciones financieras impuestas por autoridades extranjeras³¹².

Como veremos en el próximo apartado, este último modelo es el que ha sido utilizado por las autoridades norteamericanas en las resoluciones coordinadas con Brasil.

La actualización del *U.S. Attorneys' Manual* con las disposiciones sobre coordinación de resoluciones paralelas, incluso con autoridades extranjeras, enfrenta, por

³¹¹ ODED (2020b:533-534). *Vid.* también en el Guía FCPA (2020:71). La versión del Guía de la FCPA (*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*) vigente cuando se anunció la política de coordinación era aquella editada en 2012, la cual hasta aquel momento no mencionaba la doble sanción resultante de la coordinación con autoridades extranjeras. La versión de la Guía de 2012 está disponible en: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Último acceso en 12/06/2024. *Vid.* BLANCO CORDERO (2020:16) explicando sobre el tema. *Vid.* también en LOW, CONTE, BENITEZ, WYSONG, BURNEY & KLOCKE (2020) los comentarios sobre los cambios de la nueva versión del Guía FCPA, incluyendo la política de “anti-pilling on”.

³¹² DAVIS (2016: 67-68). Como ejemplo para la situación “i” Davis presenta el caso de la empresa Statoil, que ya había sido sancionada por autoridades noruegas y después fue responsabilizada por el DOJ (*vid.* el comunicado de prensa divulgado por el DOJ en: https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html). Último acceso en 14/06/2024. Sobre el ítem “ii”, podemos destacar el caso de la empresa Guralp Systems Limited, la cual fue informada por el DOJ que la investigación existente fue cerrada, considerando el reporte voluntario, las medidas de remediación adoptadas por la empresa, la cooperación con el DOJ y que la empresa había aceptado las responsabilidades imputadas por las autoridades de Reino Unido, que es el principal sitio de negocios de la empresa (*vid.* la carta del DOJ para la empresa en: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/1088621/dl>). Último acceso en 12/06/2024.

lo menos parcialmente, el vacío normativo criticado por la doctrina especializada. La crítica se centraba en la ausencia de una publicación que pudiera delinear los principios que deberían ser observados por los fiscales para determinar una resolución coordinada³¹³, ya que no había una delimitación estructurada de los principios considerados por las autoridades estadounidenses para conceder este crédito a las empresas colaboradoras³¹⁴.

Así, la existencia de una política publicada por el DOJ, aunque sea a nivel de manual³¹⁵, es un buen camino para impedir las sanciones duplicadas³¹⁶ y sus consecuencias, como el desincentivo al reporte voluntario y a la colaboración.

Una pregunta que emerge es si la mencionada política editada por el DOJ en 2018 fue capaz de inducir algún cambio de patrón en las resoluciones coordinadas entre autoridades de EE.UU. y las de otros países, incluso Brasil. Es lo que buscaremos responder en el próximo apartado.

3.1.3 El impacto de la nueva política en las resoluciones

Buscando evidencias para responder esa indagación anterior, investigamos las publicaciones realizadas por el DOJ³¹⁷, en las cuales se han divulgado los casos cerrados relativos a las personas jurídicas. Fueron consultados los comunicados de los casos de los años de 2013 a 2023, abarcando 5 años anteriores al año de edición de la política (2018) y 5 años después. En cada uno de estos comunicados para los medios, buscamos identificar la existencia de información que indicara si había sido concedido un crédito (*crediting*)³¹⁸ para la empresa sancionada como consecuencia acuerdos firmados o en negociación con otros países.

³¹³ DAVIS (2016: 66).

³¹⁴ *Ibid.* (2016:67-69).

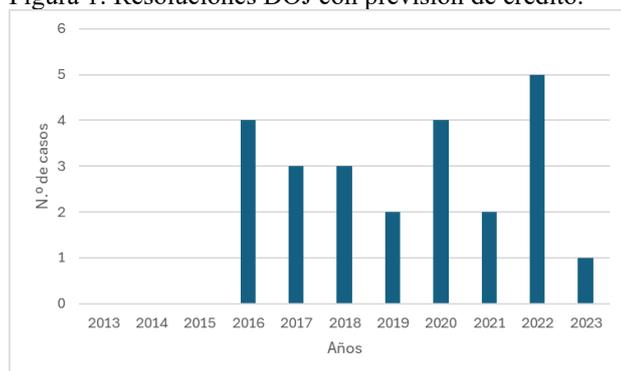
³¹⁵ La política también es mencionada en el Guía FCPA (2020:71) elaborado por el DOJ y la SEC, documento en que el DOJ reconoce que la práctica de evitar acumulación de sanciones ya era adoptada en casos coordinados con autoridades extranjeras.

³¹⁶ ODED (2020b:532).

³¹⁷ La pesquisa se restringió a los comunicados de prensa divulgados por el DOJ en la internet. Casos que involucraban más de una empresa del mismo grupo, fue considerado como uno caso.

³¹⁸ *Vid.* en ODED (2020a:244-247) esclareciendo acerca del *crediting*.

Figura 1: Resoluciones DOJ con previsión de crédito.



Fuente: Elaboración propia con datos publicados por DOJ.

A partir de los datos, podemos identificar que antes de la edición de la Política de Coordinación de Resoluciones Corporativas, en un período más alejado³¹⁹, no había, sistemáticamente, previsión de valores de crédito en las resoluciones del DOJ. Sin embargo, ese escenario cambió a partir de 2016, momento en que empezó a tener lugar la práctica del DOJ de conceder crédito de valores en sus resoluciones a personas jurídicas, con la finalidad de evitar que ellas sufrieran una doble sanción³²⁰.

Eso parece ser resultado de la construcción paulatina de un ambiente propicio para la colaboración de las empresas investigadas y para cooperación internacional entre las autoridades extranjeras. Ese escenario empezaría a edificarse a partir del momento en el que más países tienen tipificado en sus ordenamientos internos el delito de cohecho transfronterizo y la responsabilidad de las personas jurídicas³²¹. Esos factores combinados con el desarrollo de herramientas de justicia negociada parecen que han permitido aplicar sanciones consensuales, armonizando multas aplicadas por autoridades extranjeras con aquellas que ya eran imputadas por las autoridades de EE.UU. de modo aislado³²².

Para verificar como se ha comportado, proporcionalmente, la cantidad de resoluciones coordinadas en las que el DOJ destinó algún crédito, hicimos la proporción

³¹⁹ Utilizamos el período de 2013 a 2023, que representan 5 ejercicios antes y después del año de 2018, que es el momento de edición de la política de DOJ.

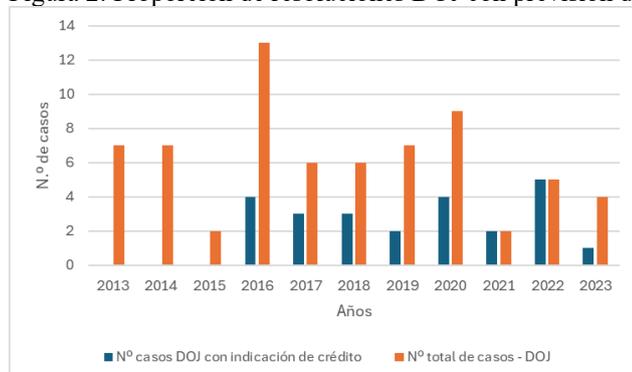
³²⁰ El primero caso coordinado entre autoridades de países signatarios de la OCDE ocurre en 2006, siendo el caso de la empresa Siemens, con las resoluciones anunciadas, simultáneamente, por las autoridades norteamericanas y alemanas. OCDE (2019:40-41). *Vid.* KAHN (2018).

³²¹ Vimos anteriormente en este estudio el rol de las convenciones internacionales, como la de la OCDE y la de las Naciones Unidas, a finales de los 90 e inicios de los 2000, para que los países tipificasen el delito y adoptasen la responsabilización de personas jurídicas. *Vid.* también en ODED (2020b:516-519).

³²² El estudio de la OCDE (2019:29), sobre resolución de casos de cohecho transfronterizo, registra la evolución de los ordenamientos jurídicos de los países signatarios de la Convención de la OCDE para implementación de sistemas de resolución negociada.

entre casos con previsión de crédito en relación con el total de casos resueltos por el Departamento en un año³²³.

Figura 2: Proporción de resoluciones DOJ con previsión de crédito.



Fuente: Elaboración propia con datos publicados por DOJ.

Una expectativa razonable con la edición de la política de coordinación de 2018 sería que los casos con créditos fueron más frecuentes. Sin embargo, aunque se puedan identificar en todos los años, desde 2016, casos resueltos por el DOJ con la concesión de crédito de valores, no es posible observar ese procedimiento en todos los casos. De hecho, la aplicación de crédito para todos los casos firmados por el DOJ en un determinado año solo ocurrió en 2021 y 2022. Esa secuencia fue quebrantada en 2023, cuando apenas uno de los cuatro casos celebrados fue coordinado internacionalmente con la concesión de créditos³²⁴.

De todo modo, cuando miramos más detalladamente en términos de proporción de casos a lo largo del tiempo, comparando el promedio de los números de antes de 2018 (2013 e 2017) con el promedio de los ejercicios posteriores (2019-2023), identificamos un incremento. Cerca del 50% del total de los casos concluidos posteriormente a la edición de la política de coordinación fueron con previsión de destino de valores (14 casos con crédito en un total de 27 casos). Valor ese superior al promedio del 20% para el total de los casos para los ejercicios de 2013 a 2017 (7 casos con crédito en un total de 35 casos).

³²³ Los datos fueron consultados en los comunicados divulgados por el DOJ en la internet. Solo se consideraron los casos que consignaban créditos concedidos por el DOJ en virtud de acuerdo o sentencia de la empresa con otra autoridad extranjera. No fueron consideradas las compensaciones realizadas entre DOJ y SEC. Tampoco fueron examinados los casos con créditos de la SEC concedidos a las autoridades extranjeras. Consultar el Anexo 1 para identificar los casos examinados para los datos de las figuras 1 y 2 y la tabla 5.

³²⁴ Hay que recordar que no se consideraron los casos de coordinación y compensación entre el DOJ y la SEC. Tampoco se consideraron los casos de la SEC con créditos concedidos a las autoridades extranjeras.

Tabla 5: Datos de casos de DOJ con previsión de créditos.

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
N.º de casos de DOJ con indicación de crédito	0	0	0	4	3	3	2	4	2	5	1
N.º total de casos de DOJ con empresas	7	7	2	13	6	6	7	9	2	5	4
Proporción de casos con destinación de créditos (%)	0	0	0	30	50	50	28	44	100	100	25

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos divulgados por DOJ en la internet.

La coordinación con autoridades extranjeras no se demuestra como obligatoria por parte de las autoridades norteamericanas³²⁵ y, de hecho, hay situaciones en las que no será posible, como, por ejemplo, debido a la falta de interés de la persona jurídica en colaborar con ambos países o la decisión de la autoridad extranjera en no coordinar una resolución³²⁶.

En ese sentido, persisten críticas, por ejemplo, acerca de la justificación de los valores que pueden ser concedidos como créditos por el DOJ, una vez que las resoluciones y declaraciones no presentan objetivamente los motivos³²⁷. Sin embargo, es necesario reconocer la política editada como una relevante directriz con capacidad inductora para la coordinación entre autoridades norteamericanas y extranjeras, con la finalidad de fomentar buenas prácticas y evitar una sobreposición de sanción. Solamente con la resolución de nuevos casos podremos verificar con más precisión acerca de la evolución en la consolidación o no de la política de coordinación con autoridades extranjeras.

³²⁵ La política *1-12.100 - Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct* establece la directriz de que el DOJ busque, cuando sea apropiado, coordinarse con autoridades nacionales y extranjeras. *Vid.* DAVIS (2016:65) y BLANCO CORDERO (2020:16) explicando sobre la discrecionalidad de los fiscales.

³²⁶ KAHN (2018:136).

³²⁷ DAVIS (2016:68) reconoce la existencia de coordinación entre fiscales del DOJ y autoridades extranjeras, que puede evidenciarse, por ejemplo, en los anuncios simultáneos de sus respectivas resoluciones o acuerdos, sin embargo, destaca la ausencia de información sobre cómo es realizada esa coordinación. *Vid.* también RENIERE (2019:207). Sobre este tema, cabe subrayar el caso de la resolución firmada con la empresa Beam Suntory Inc., en 2020, donde el DOJ esclareció que no concedió ningún crédito por razón del acuerdo firmado con la SEC en 2018, una vez que la empresa no había procurado coordinar las dos resoluciones en paralelo.

En el próximo apartado veremos esa coordinación bajo una perspectiva de los acuerdos de lenidad celebrados en Brasil, en el ámbito de la Ley n.º 12.846/2013, en especial con la CGU y la AGU.

3.2 Los acuerdos de lenidad coordinados. La experiencia brasileña

3.2.1 Jurisdicción acerca de la LAC

El Estado brasileño es signatario de las principales convenciones internacionales³²⁸ de enfrentamiento al cohecho transfronterizo, las cuales exigen la tipificación de dicho delito y, consecuentemente, establecen la extraterritorialidad para sancionar los hechos ilícitos.

La Ley Anticorrupción (LAC) de Brasil, ya en el artículo 1.º, delimita que trata sobre la responsabilidad objetiva administrativa y civil de personas jurídicas por la comisión de actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Aclara que la administración pública extranjera debe ser un bien jurídico protegido, por la legislación brasileña. La Ley continúa definiendo que, para fines de esta normativa, la administración pública extranjera está compuesta por órganos y entidades estatales o representaciones diplomáticas de país extranjero, de cualquier nivel o esfera de gobierno, las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por el poder público de país extranjero, así como las organizaciones públicas internacionales³²⁹.

La LAC aleja cualquier duda acerca de su extraterritorialidad al fijar en su artículo 28 que su aplicación alcanza los hechos ilícitos practicados por una persona jurídica brasileña contra una administración pública extranjera, incluso si han sido cometidos en el extranjero. Por lo tanto, la lectura combinada de los artículos 1.º y 28 nos aclara que la Ley Anticorrupción brasileña también alcanza ilícitos de corrupción practicados fuera del territorio nacional³³⁰.

Aquí hay un punto que se distingue de la FCPA: los sujetos activos del ilícito de cohecho transfronterizo. La ley brasileña acogió el criterio de la nacionalidad para delimitar como sujetas a la responsabilización por cohecho transfronterizo las personas jurídicas brasileñas³³¹.

³²⁸ Convención Interamericana Contra la Corrupción, de la OEA, firmado, en 1996; la Convención para Combatir el Cohecho de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE, firmada en 1997 y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, de 2003.

³²⁹ Artículo 5º, §§ 1º y 2º.

³³⁰ MOTTA & ANYFANTIS (2021:317-322). *Vid.* también el Manual CGU (2022:37-38).

³³¹ HEINEN (2015:305). *Vid.* también como delimitado por el Manual CGU (2022:38).

Por otro lado, la legislación de EE.UU., como hemos visto, se muestra más amplia, pudiendo ser sujeto de la FCPA no solamente las empresas nacionales o cotizadas en el mercado bursátil de EE.UU., sino también aquellas que hayan realizado actos relevantes en términos de la FCPA, lo que representa una importante diferencia entre las dos legislaciones.

Así, mientras la LAC, acerca del cohecho de funcionario público extranjero, restringe su aplicación a personas jurídicas “domésticas”, la FCPA dispone que una empresa extranjera puede ser procesada, incluso sin negocios en territorio de EE.UU., siendo suficiente que produzca algún acto relacionado con el pago de cohecho transnacional en territorio estadounidense³³². Ese argumento, inclusive, forma parte de las razones por las que la empresa brasileña Odebrecht fue procesada por el DOJ, ya que no es una empresa cotizada en EE. UU³³³.

De ese modo, considerando el amplio criterio de jurisdicción adoptado en la aplicación de la FCPA por las autoridades norteamericanas, aumenta la probabilidad de que los casos de cohecho doméstico en Brasil, involucrando multinacionales, sean, simultáneamente, casos de cohecho transfronterizo bajo la perspectiva de las autoridades estadounidenses y la óptica de la FCPA.

De hecho, como veremos más adelante, este escenario ha sido una realidad en los casos tratados por la CGU en que hay coordinación con autoridades norteamericanas.

Como ya es de conocimiento, la legislación brasileña consagra a la Contraloría General de la Unión como el órgano con competencia exclusiva para procesar administrativamente las personas jurídicas que estén implicadas en cohecho transnacional³³⁴.

Otro aspecto importante, que ya tratamos anteriormente, pero es relevante retomar en este momento de manera más detallada, es la diferencia en la tipificación de los delitos

³³² Vid. Guía FCPA (2020:10). Vid. también BLANCO CORDERO (2020:13) explicando la interpretación amplia de la aplicación territorial de la FCPA, que alcanzaría, por ejemplo, el uso del sistema bancario o de correos estadounidense para fomentar pagos de soborno.

³³³ Vid. el apartado 23 del documento *Information - United States v. Odebrecht S.A., Docket No. 16-CR-643* que comenta que la empresa y sus empleados adoptaron, mientras en EE.UU., medidas para promover el esquema de corrupción. Documento disponible en: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/920096/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

³³⁴ Art. 9º de la Ley n.º 12.846/2013. Vid. MOTTA & ANYFANTIS (2021:322) y FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:282-286).

consignados en la LAC y en la FCPA. Como hemos visto en el capítulo 2, la legislación brasileña posee un espectro más amplio de delitos cuando se compara con la FCPA.

Tabla 6: Resumen de ilícitos en la LAC y en la FCPA.

LAC	FCPA
prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida a un agente público o a una tercera persona relacionada ³³⁵	los pagos, ofertas, o promesas realizadas con el propósito de: (i) influir en cualquier acto o decisión de un funcionario extranjero en su capacidad oficial; (ii) inducir a un funcionario extranjero a realizar u omitir realizar cualquier acto en violación del deber legal de dicho funcionario; (iii) asegurar cualquier ventaja indebida; o (iv) inducir a un funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumentalidad del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumentalidad.
financiar, costear, patrocinar o de cualquier manera subvencionar la práctica de los actos ilícitos previstos en esta Ley; ³³⁶	
utilizar, comprobadamente, a una persona física o jurídica interpuesta para ocultar o disimular sus verdaderos intereses o la identidad de los beneficiarios de los actos practicados ³³⁷	
En relación con licitaciones y contratos: a) frustrar o defraudar, mediante acuerdo, combinación o cualquier otro medio, el carácter competitivo de un procedimiento de licitación pública; b) impedir, perturbar o defraudar la realización de cualquier acto en un procedimiento de licitación pública; c) excluir o intentar excluir a un licitante, mediante fraude u ofrecimiento de ventaja de cualquier tipo; d) defraudar una licitación pública o un contrato derivado de ella; e) crear, de manera fraudulenta o irregular, una persona jurídica para participar en una licitación pública o celebrar un contrato administrativo; f) obtener de manera fraudulenta ventaja o beneficio indebido a través de modificaciones o prórrogas de contratos celebrados con la administración pública, sin autorización legal, en el acto de convocatoria de la licitación pública o en los respectivos instrumentos. g) manipular o defraudar el equilibrio económico-financiero de los contratos celebrados con la administración pública; ³³⁸	
obstaculizar la actividad de investigación o supervisión de organismos, entidades o agentes públicos, o intervenir en su actuación, incluso en el ámbito de las agencias reguladoras y los organismos de supervisión del sistema financiero nacional. ³³⁹	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Ley n.º 12.846/2013 y del Guía FCPA.

Como se ve, la legislación brasileña va más allá que el delito de pago o promesa de pago de cohecho, directa o indirectamente, lo que sería, en una simple aproximación, los delitos tipificados en la FCPA. La ley brasileña presenta una amplia delimitación de ilícitos relacionados con el acto de defraudar procedimientos licitatorios o de contratación. Esa variedad de ilícitos no está tipificada en la FCPA, lo que puede impactar las posibles coordinaciones entre autoridades brasileñas y estadounidenses, debiendo ser

³³⁵ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (I).

³³⁶ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (II).

³³⁷ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (III).

³³⁸ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (IV).

³³⁹ Ley n.º 12.846/2013 art. 5º (V).

punto de atención por las empresas y autoridades, lo que será analizado en la monografía más adelante.

3.2.2 Los acuerdos de lenidad y el principio de la proporcionalidad

Como hemos visto en el Capítulo 2, la Ley Anticorrupción establece la responsabilización civil y administrativa de las personas jurídicas. Las sanciones impuestas por la mencionada Ley contra las empresas acusadas son de orden administrativa³⁴⁰ y judicial³⁴¹.

En el acuerdo de lenidad, que es el objeto de nuestro estudio, ambas modalidades de penalidades son resueltas con la empresa colaboradora, una vez que, por el lado del Poder Ejecutivo federal, participan la Contraloría General de la Unión (CGU) y la Abogacía General de la Unión (AGU)³⁴².

La Ley Anticorrupción, en el art. 7.º, fijó los criterios que deben ser considerados por la autoridad cuando para aplicar la sanción: (i) la gravedad de la infracción; (ii) la ventaja obtenida o pretendida por la empresa infractora; (iii) la comisión o no de la infracción; (iv) el grado de lesión o peligro de lesión; (v) el efecto negativo producido por la infracción; (vi) la situación económica de la empresa infractora; (vii) la cooperación de la persona jurídica con la investigación de los delitos; (viii) la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad y (ix) el valor de los contratos mantenidos por la persona jurídica con el órgano o entidad pública perjudicada. Estos elementos son reglamentados en el Decreto n.º 11.129, de 11 de julio de 2022 (que revocó el Decreto n.º 8.420/2015), para fines de dosimetría de la pena.

Considerando el objeto del presente estudio, subrayamos dos elementos entre los nueve enumerados anteriormente, que ejemplifican el homenaje de la Ley al principio de la proporcionalidad: por un lado, la situación económica de la empresa infractora y, por otro lado, la ventaja obtenida o pretendida por la empresa infractora.

³⁴⁰ Art. 6º de la Ley n.º 12.846/2013 establece una multa y una publicación extraordinaria de la sanción. Además, la Ley establece que también son aplicables las sanciones de la Ley de Licitaciones y Contratos como multa, suspensión de contratar o impedimento de contratar con la administración pública. *Vid.* sobre las penalidades administrativas en Manual CGU (2022:113 y ss.).

³⁴¹ La sanciones de naturaleza, que solo pueden ser aplicadas por sentencia judicial, están definidas en el art. 19 de la Ley n.º 12.846/2013 e incluyen: decomiso, disolución compulsoria, suspensión o interdicción de las actividades y prohibición de recibir incentivos, subvenciones, ayudas, donaciones o préstamos de organismos o entidades públicas y de instituciones financieras públicas o controladas por el poder público. *Vid.* más sobre las penalidades civiles en DI PIETRO (2021b:251-259).

³⁴² Manual CGU (2022: 175).

El primero criterio, que tiene por finalidad verificar la salud financiera de la empresa, fue reglamentado por el Decreto n.º 8.420/2015 (mantenido por el Decreto n.º 11.129/2022), estableciendo que la multa sería agravada si la empresa sancionada poseyera índices generales de solvencia y liquidez superiores a uno y beneficio neto en el último ejercicio anterior a la apertura del proceso³⁴³.

El segundo criterio es aquel relacionado con la ventaja obtenida o pretendida. La definición de este criterio fue de una manera un poco distinta del anterior. Aquel fue considerado como un agravante a ser aplicado sobre la base de cálculo de la multa. El valor de la ventaja, como hemos visto anteriormente, fue considerado como límites para el valor final de la multa. Así, la multa final no puede ser inferior al valor de ventaja obtenida, como es definido en la LAC, tampoco puede ser superior al valor de tres veces al valor de la ventaja obtenida o pretendida.

Con estos parámetros, se evita que una empresa sea sancionada de manera excesiva, considerando la proporcionalidad en relación con el hecho ilícito y las ventajas económicas derivadas. Para ilustrar acerca de la importancia de estos límites, pensemos en el caso de una empresa con un volumen de negocios robusto y beneficios elevados que se involucra en un pequeño caso de corrupción en que la ventaja indebida fue muy pequeña. Si no existiera el límite superior de la multa, la sanción pecuniaria sería un valor entre el 0,1 y el 20 % del ingreso descontando los tributos³⁴⁴, lo que podría resultar en una penalidad no razonable comparando con el ilícito cometido.

En relación con el principio del *ne bis in idem*, se promulgó la Ley n.º 14.230, de 25 de octubre de 2021, que alteró la Ley de Improbidad Administrativa (Ley n.º 8.429, de 2 de junio de 1992). Esta nueva normativa incluyó una previsión en la cual se afirma que las sanciones de la Ley de Improbidad Administrativa (LIA) no se aplicarán a la persona jurídica si el acto de improbidad administrativa también es sancionado como un ilícito conforme la Ley n.º 12.846/2013. Una clara consagración del principio del *ne bis in idem*³⁴⁵.

³⁴³ Esos índices buscan medir la disponibilidad de activos y recursos con liquidez de la empresa. Así, la empresa no será agravada en la multa caso no atenda los tres criterios simultáneamente. Las empresas que no se encuentren en situación financiera sostenible, serán considerados en la dosimetría de la multa, pudiendo resultar en su minoración.

³⁴⁴ Más precisamente la Ley registra “facturación bruta” que la metodología para el cálculo es definida en la Instrucción Normativa CGU n.º 01, de 07 de abril de 2015, disponible en: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33691?locale=es>. Último acceso en 27/06/2024.

³⁴⁵ *Vid.* en DI PIETRO (2021b:251-259) la crítica al solapamiento de las sanciones de la Ley de Improbidad Administrativa y de la Ley Anticorrupción. *Vid.* también en FRIDRICZEWSKI &

En la órbita infra legal, el principio de la proporcionalidad también fue consagrado en el ya mencionado Acuerdo de Cooperación Técnica (ACT), firmado, en 2020, entre la Contraloría General de la Unión, la Abogacía General de la Unión, el Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública y el Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo supervisión del Supremo Tribunal Federal. En los principios específicos acerca los acuerdos de lenidad, que delimitan la actuación de las instituciones, se identifican:

- i) el noveno principio que trata de la objetividad de los parámetros para definir de modo proporcional y razonable los montos de sanción y decomiso, consideradas las condiciones subjetivas del colaborador;
- ii) el decimotercero que trata objetivamente de los principios de la proporcionalidad y de la razonabilidad;
- iii) el decimoquinto que presenta el principio del *non bis in idem*, en el cual exige de las instituciones signatarias el compromiso de evaluar la posibilidad de compensar valores pagados por la empresa colaboradora en los acuerdos, que sean de misma naturaleza y relacionados a los mismos hechos ilícitos sancionados en las diversas esferas de responsabilización; y
- iv) el duodécimo principio específico, que fomenta la coordinación internacional para el combate de la corrupción, pero también para una adecuada y proporcional aplicación de las sanciones, el cual por la claridad presentamos en una traducción libre: “[...] la cooperación internacional con la búsqueda, siempre cuando posible, de la coordinación entre autoridades en casos de múltiples jurisdicciones, con la finalidad de garantizar la lucha sistemática contra la corrupción y el soborno transnacional, así como la recuperación adecuada y proporcional de activos correspondiente a cada jurisdicción”³⁴⁶.

En el ámbito jurisprudencial, es importante subrayar que el Supremo Tribunal Federal en Brasil ya se manifestó acerca de la imposibilidad de que el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU) de Brasil pueda aplicar sanciones contra empresas acerca de los

RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:251-279) la discusión acerca de la incompatibilidad entre las dos normas y los límites implicados.

³⁴⁶ Acuerdo de Cooperación Técnica (ACT) disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/arquivos/ACTversofinalassinada11.pdf> . Último acceso en 12/06/2024.

mismos hechos ilícitos ya sancionados por el Estado por medio de un acuerdo de lenidad³⁴⁷.

Todo este substrato jurídico es trasladado para los acuerdos de lenidad firmados por la CGU y la AGU, cuando registran, por ejemplo, que el interés público se alcanza considerando la necesidad de preservar la existencia de la empresa y la continuidad de sus actividades, permitiendo el mantenimiento y la ampliación de empleos y la consecuente obtención de los valores necesarios para la reparación de los delitos perpetrados³⁴⁸.

Tales medidas serían difícilmente alcanzadas si el principio de proporcionalidad no estuviera presente, de modo que permitiera, dentro de los límites legales, la imposición de sanciones razonables, atribuyendo, al mismo tiempo, una carga punitiva efectiva y disuasoria, e incentivando la continuidad empresarial dentro de un marco de integridad.

La aplicación del principio de proporcionalidad se vuelve más compleja cuando tratamos los acuerdos coordinados entre autoridades extranjeras, una vez que otros elementos, como un ordenamiento jurídico distinto, entran como variables en las discusiones. Ese es el tema que trataremos en el siguiente apartado, analizando la experiencia de coordinación de los acuerdos de lenidad de la CGU y AGU con autoridades de EE.UU.

3.2.3 La coordinación con EE.UU.

En Brasil, identificamos acuerdos firmados por la CGU, juntamente con la AGU, y otros que son celebrados por el MPF, acerca de los mismos ilícitos que afectan el Poder Ejecutivo federal, como hemos comentado anteriormente.

En el contexto de la “Operación Lava-Jato” las empresas empezaron en un primer momento a firmar acuerdos con el MPF. Sin embargo, considerando que los hechos ilícitos también estaban tipificados administrativamente en la LAC y en la Ley de Licitaciones y Contratos Públicos y considerando que la CGU y la AGU también tendrían competencia para responsabilizar a las empresas, los instrumentos firmados por esas

³⁴⁷ Decisión emitida en el ámbito de los procesos MS 35.435 y MS 36.946. *Vid.* DI PIETRO (2021b:257) comentando acerca de la decisión. *Vid.* también FRIDRICZEWSKI y RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:356-357) explicando sobre la decisión.

³⁴⁸ El mencionada dispositivo acerca de la preservación de la persona jurídica puede ser consultado integralmente la cláusula 4.1.3 del siguiente acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Termo_3042629_Termo_do_Acordo_de_Leniencia_assinado.pdf. Último acceso 12/06/2024.

empresas con el MPF no alcanzaban integralmente todas las posibles responsabilidades que podrían ser impuestas³⁴⁹.

Consecuentemente, las empresas también procuraron a la CGU y a la AGU para firmar sus respectivos acuerdos de lenidad y resolver los procedimientos administrativos que les imputaban sanciones administrativas. Esa dinámica de acuerdos sucesivos, primero con la Fiscalía y después con la CGU y la AGU, estuvo presente en los primeros momentos de la citada “Operação Lava-Jato”³⁵⁰.

Considerando ese escenario, era esperado que ese mismo rito fuera adoptado en las resoluciones negociadas en paralelo con las autoridades extranjeras. De hecho, en el ámbito de la “Lava-Jato”, los casos de corrupción surgieron, impulsando a las empresas a que firmaran sus acuerdos con el MPF y, cuando fuera aplicable, en coordinación con Estados Unidos³⁵¹.

Posteriormente, con los acuerdos firmados con las mencionadas autoridades, esas empresas buscaron colaborar en los procesos administrativos que tenían en su contra en la CGU, firmando sus acuerdos con la Contraloría General de la Unión y con la Abogacía General de la Unión.

En la tabla siguiente, buscamos demostrar, con los casos divulgados, los efectos financieros que resultaron de una coordinación sucesiva de acuerdos con las autoridades competentes acerca de la materia.

³⁴⁹ Aquí cabe indicar la lectura del dispuesto en el apartado 2.2.3, de este trabajo, acerca de las competencias para celebración de los acuerdos de lenidad. Además, noticias divulgadas por la CGU informaban que varias de las empresas que estaban firmando acuerdos con el MPF ya eran objetos de procesos administrativos de responsabilización conducidos por este órgano: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2015/03/cgu-abre-processo-administrativo-contra-dez-empresas-envolvidas-na-lava-jato> y <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2014/12/cgu-abre-processos-de-responsabilizacao-contra-oito-empresas-envolvidas-na-lava-jato>. Últimos accesos en 12/06/2024.

³⁵⁰ DE MATTOS PIMENTA (2020:138).

³⁵¹ En que pese la cantidad de acuerdos coordinados entre Brasil y EE.UU. en el ámbito de la operación “Lava-Jato”, podemos decir que los acuerdos coordinados entre autoridades brasileñas y norteamericanas, relacionados a cohecho transfronterizo, se inicia con el caso Embraer, en 2016, oportunidad en que la empresa firma acuerdos con el DOJ y la SEC en Estados Unidos, así como con el MPF y la Comisión de Valores Mobiliarios – CVM, en Brasil. *Vid.* en OCDE (2019:32) comentando acerca del primero caso en que Brasil habría sancionado una empresa, por medio de un acuerdo, por estar relacionada a un esquema de cohecho transnacional.

Tabla 7: Ejemplos de resoluciones coordinadas solamente entre DOJ y MPF.

Empresa	Acuerdo EE.UU. en paralelo con MPF		Acuerdo CGU-AGU	
	Fecha	Valores (US\$)	Fecha	Observación acerca de valores
Odebrecht	12/2016 ³⁵²	2.600.000,00 ³⁵³	07/2018	Informaciones disponibles indican que valor de acuerdo de MPF es superior al de CGU-AGU ³⁵⁴ .
Braskem	12/2016 ³⁵⁵	632.625.336,81 ³⁵⁶	05/2019	Aumento de cerca de R\$ 410.000.000,00 ³⁵⁷
Rolls Royce	01/2017 ³⁵⁸	195.496.880,00 ³⁵⁹	10/2021	Aumento R\$ 12.655.050,25 ³⁶⁰
Keppel	12/2017 ³⁶¹	422.216.980,00	12/2022	Aumento R\$ 343.571.455,25 ³⁶²

Fuente: Elaboración propia.

³⁵² Comunicado de prensa del DOJ sobre el caso: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁵³ *Plea Agreement United States of America x Odebrecht*: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/920101/dl?inline>. Último acceso en 27/06/2024.

³⁵⁴ El acuerdo de CGU y AGU registra un valor de R\$ 2.727.239.997,64, conforme documento disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/odebrecht.pdf>. Último acceso en 12/06/2024. El acuerdo del MPF no está disponible en su sitio en la internet, sin embargo está divulgado en los medios, disponible en: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/acordo-leniencia-odebrecht-mpf-3.pdf>. Último acceso en 12/06/2024. Considerando el valor global del acuerdo el monto de R\$ 3,8 mil millones, como indicado en el documento, podemos considerar como superior al de CGU.

³⁵⁵ Comunicado de prensa del DOJ sobre el caso: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁵⁶ *Plea Agreement United States of America x Braskem*: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/dl>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁵⁷ No hay mención en el acuerdo tampoco en nota de prensa por parte de la CGU. Sin embargo, la propia empresa divulgó nota de facto relevante para el mercado: <https://www.rad.cvm.gov.br/ENET/fmDownloadDocumento.aspx?Tela=ext&numProtocolo=692583&descTipo=IPE&CodigoInstituicao=1>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁵⁸ Comunicado de prensa del DOJ sobre el caso: <https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act>.

³⁵⁹ Información sobre la resolución con la empresa disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶⁰ Comunicado de prensa de la CGU: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/10/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-a-rolls-royce-plc>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶¹ Comunicado de prensa del DOJ sobre el caso: <https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsidiary-agree-pay-422-million-global-penalties>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶² Comunicado de prensa divulgada por la CGU: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2022/12/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-a-keppel-offshore-marine>. Último acceso en 12/06/2024.

Examinando de modo más detallado el momento en que las empresas buscaron la CGU para negociar un acuerdo de lenidad, se identifica que la mayoría ya tenía sus resoluciones celebradas con autoridades norteamericanas y el MPF.

Tabla 8: Fecha de suscripción de memorando de entendimiento.

Nombre empresa	Fecha de suscripción del Memorando de Entendimientos con la CGU y AGU ³⁶³
Odebrecht	11/01/2016 ³⁶⁴
Braskem	07/07/2017 ³⁶⁵
Rolls Royce	29/11/2017 ³⁶⁶
Keppel	05/04/2018 ³⁶⁷

Fuente: Elaboración propia

De ese modo, los acuerdos de lenidad firmados con la CGU y la AGU representaron nuevas resoluciones con aplicación de sanciones acerca de hechos ilícitos que ya habían sido penalizados en acuerdos anteriores. Podemos decir que representaron, en alguna medida, acuerdos del tipo *carbon copy*³⁶⁸.

Con ese escenario, es posible identificar que no lograr una cooperación amplia, con todas las autoridades competentes concomitantemente, puede generar un coste en términos del valor de sanción, ya que las normas y metodologías son propias de cada país.

Esa situación cambió en 2019, con el acuerdo firmado con las empresas Technip Brasil y Flexibras, del grupo Technip. Este caso representa el primero coordinado en

³⁶³ Es el documento firmado entre representantes de la empresa colaboradora y las autoridades de CGU y AGU en que es formalizada la aceptación de una propuesta para celebración de un acuerdo de lenidad y en que son definidos los parámetros de negociación (Decreto n.º 11.129/2022, art. 39, §1º).

³⁶⁴ LINS (2021:111).

³⁶⁵ Información en la cláusula 2.1.1 del acuerdo disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/braskem.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶⁶ Ver en la cláusula 2.1.1 disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Caso22Acordo_Leniencia_com_tarja.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶⁷ Información en la cláusula 2.1.1 del acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Acordo_KeppelOffshoreMarine.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

³⁶⁸ “*Carbon Copy*” que puede ser definido como los enjuiciamiento o las persecuciones sucesivas en múltiples jurisdicciones, acerca de los mismos hechos ilícitos o delitos, *vid.* BOUTROS y FUNK (2012:259). En estos casos, podemos decir que la coordinación entre las autoridades norteamericanas y brasileñas fue incompleta, una vez que órganos competentes no habían participado de la coordinación, lo que originó nuevos acuerdos con la CGU y AGU.

paralelo entre la CGU y la AGU con las autoridades norteamericanas³⁶⁹. Posteriormente a ese caso se identifican cinco casos más de coordinación entre ellos. En la tabla siguiente, destacamos estos casos con el valor de crédito concedido por las autoridades estadounidenses a partir de las resoluciones en EE.UU.

Tabla 9: Valores de créditos concedidos en los casos coordinados.

Nombre empresa	Fecha divulgación	Valores resoluciones con DOJ y/o SEC (US\$)	Valores concedidos como créditos por DOJ y/o SEC para acuerdos firmados por la empresa en Brasil (US\$)	% del valor del acuerdo de DOJ y/o SEC concedido como crédito
Technip Brasil e Flexibras	25/06/2019	296.000.000,00 (DOJ)	214.331.033,17 (DOJ) ³⁷⁰	72%
Samsung Heavy Industries	22/02/2021	75.000.000,00 (DOJ)	37.740.800 (DOJ) ³⁷¹	50%
Amec Foster Wheeler	25/06/2021	18.375.000,00 (DOJ) + 22.700.000,00	6.125.000,00 (DOJ) ³⁷² + 9.100.000,00 (SEC) ³⁷³ .	37%
Stericycle	20/04/2022	52.500.000,00 (DOJ) + 28.200.000,00 (SEC)	9.300.000,00 (DOJ) ³⁷⁴ + 4.200.000,00 (SEC) ³⁷⁵	16%
Gol Linhas Aéreas	15/09/2022	17.000.000,00 (DOJ) +	1.700.000,00 (DOJ) ³⁷⁶ + 1.700.000,00 (SEC) ³⁷⁷	8%

³⁶⁹ Comunicado de prensa de la CGU divulgando el acuerdo coordinado: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/06/cgu-agu-mpf-e-doj-firmam-primeiro-acordo-de-leniencia-global-no-ambito-da-lava-jato>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷⁰ *United States v. Technip* disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1177316/download>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷¹ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/samsung-heavy-industries-company-ltd-agrees-pay-75-million-global-penalties-resolve-foreign>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷² Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/amec-foster-wheeler-energy-limited-agrees-pay-over-18-million-resolve-charges-related-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷³ Comunicado de prensa de SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-112>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷⁴ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/stericycle-agrees-pay-over-84-million-coordinated-foreign-bribery-resolution>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷⁵ Comunicado de prensa de SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-65>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷⁶ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/gol-linhas-reas-inteligentes-sa-will-pay-over-41-million-resolution-foreign-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁷⁷ *SEC Order - Administrative Proceeding File No. 3-21094*: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2022/34-95800.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

Inteligentes S.A.		24.500.000,00 (SEC)		
UOP LLC	19/12/2022	79.000.000,00 (DOJ) + 81.000.000,00	39.600.000,00 (DOJ) ³⁷⁸ + 38.712.216,00	48%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos divulgados por las instituciones.

Se identifica que solo dos casos cuentan con un crédito superior al 50%, y uno, en el mismo orden de magnitud, con un 48%. Los demás casos, en comparación, tienen valores de créditos inferiores.

Al analizar estos valores, es necesario tener en cuenta que las metodologías de cálculo de las multas y las ganancias ilícitas pueden ser distintas, así como pueden ser diferente los hechos ilícitos consignados en los acuerdos en cada jurisdicción. Por ejemplo, en el acuerdo relacionado con la empresa Amec Foster Wheeler, las autoridades de EE.UU. también destinaron valores para créditos en resoluciones con autoridades del Reino Unido³⁸⁰.

Además, aunque estos números demuestren la proporción del valor del crédito a partir de las resoluciones con el DOJ y la SEC, ellos, aisladamente, no permiten concluir acerca del compromiso de estas instituciones para evitar la superposición de multas, debiendo ser analizado en conjunto con otros datos, como, por ejemplo, aquellos constantes de la tabla insertada en el ítem 4.1 de esta investigación.

Todavía, como se ha observado, en Brasil lo ideal es que la coordinación incluya a las tres instituciones competentes: Contraloría General de la Unión, Abogacía General de la Unión y Ministerio Público³⁸¹. Los datos demuestran que la ausencia de uno de estos actores en las negociaciones de acuerdos coordinados con autoridades extranjeras puede llevar a una resolución insuficiente o incompleta por parte de la empresa, que corre el riesgo de ser nuevamente sancionada. Como se comentó anteriormente, esa cooperación incompleta puede, incluso, generar costes en términos del valor de la sanción.

³⁷⁸ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>. Último acceso en 12/06/2024

³⁷⁹ Disponible en el documento: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2022/34-96529.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁸⁰ Información disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/amec-foster-wheeler-energy-limited-agrees-pay-over-18-million-resolve-charges-related-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁸¹ RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

Además del coste financiero relacionado directamente con multas y decomisos, están los costes reputacional — de imagen — de la empresa cuando sufre el desgaste de divulgar una nueva sanción³⁸², y con los despachos de abogados para la representación en las mesas de negociación, lo que puede ser mitigado cuando más instituciones están presentes concomitantemente.

El momento de las negociaciones parece ser la mejor oportunidad para identificar las convergencias legalmente posibles y así, a partir de ello, armonizar las resoluciones paralelas dentro de los parámetros de cada ordenamiento en cada país.

Un personaje que surge como protagonista en el éxito de una coordinación de resoluciones entre autoridades estadounidenses y brasileñas es la propia empresa colaboradora. Para que entendamos ese rol de la empresa, con anterioridad necesitamos tener en mente que los acuerdos celebrados por el MPF, la CGU y la AGU con las autoridades norteamericanas son resoluciones en paralelo³⁸³³⁸⁴.

La resolución en paralelo se puede definir como aquella en la que más de un país, dentro de los límites de su ordenamiento interno, tiene interés en esclarecer un mismo ilícito y cada uno conduce sus propias investigaciones, firmando acuerdos autónomos e individuales con la empresa colaboradora, aunque haya referencia a la coordinación global y los valores fijados en cada resolución se consideren en alguna medida³⁸⁵.

³⁸² *Vid.* ODED(2020a:241).

³⁸³ *Vid.* en RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020) informando no identificar investigación conjunta con autoridades de EE.UU.

³⁸⁴ *Vid.*, por ejemplo, la divulgación, en el sitio electrónico de DOJ, la resolución global de la empresa UOP - Honeywell con: DOJ, SEC, CGU-AGU y MPF, oportunidad que se menciona la coordinación paralela entra las autoridades: “ *UOP LLC, doing business as Honeywell UOP, a U.S.-based subsidiary of Honeywell International Inc., has agreed to pay more than \$160 million to resolve parallel bribery investigations by criminal and civil authorities in the United States and Brazil stemming from bribe payments offered to a high-ranking official at Brazil’s state-owned oil company. The U.S. Department of Justice’s resolution is coordinated with prosecutorial authorities in Brazil, as well as the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)* ” (<https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>), último acceso en 12/06/2024. De mismo modo, la noticia de coordinación entre autoridades brasileñas y norteamericanas es publicada por la CGU: “*Atuação coordenada da CGU, AGU e MPF com autoridades norte-americanas prevê o pagamento de R\$ 638.046.365,87 pela empresa*” (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2022/12/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-a-uop-llc>), último acceso en 12/06/2024, así como por el MPF que subraya que la empresa firmó un acuerdo propio con cada autoridad: “*O Ministério Público Federal (MPF), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (Doj) e a Securities and Exchange Commission (SEC) dos EUA assinaram, nesta segunda-feira (19), acordo de leniência com a empresa UOP LLC, no valor de R\$ 638.046.365,87. O acordo foi firmado de maneira síncrona entre a empresa e as autoridades brasileiras e americanas envolvidas, cada qual mediante instrumento institucional próprio*” (<https://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-cgu-agu-e-autoridades-americanas-assinam-acordo-de-leniencia-de-mais-de-r-638-milhoes-com-uop-llc>), último acceso en 12/06/2024.

³⁸⁵ RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

Así, considerando que estamos tratando de acuerdos de lenidad, que según la Ley Anticorrupción brasileña requieren que la empresa colaboradora manifieste su interés en cooperar para comenzar una negociación de acuerdo³⁸⁶, podemos decir que sin la voluntad empresarial no habría acuerdo.

Para que los acuerdos coordinados entre Brasil y Estados Unidos logran éxito, la voluntariedad de la empresa es esencial en las mesas de negociación. En el caso brasileño, como vimos, la cooperación es un requisito. La posición de la empresa, como concedora de los ilícitos, la coloca en el eje central de las discusiones y le confiere un rol relevante para mantener la colaboración con cada autoridad competente.

En los procedimientos de acuerdos de lenidad, es la empresa, a través de sus asesorías especializadas, la que muchas veces realiza el primer contacto con cada autoridad, manifestando su interés en colaborar en todas las esferas.

Es la persona jurídica la que, en regla, investiga los hechos, lo que la posiciona más cerca de los ilícitos, con mejores condiciones para esclarecer y colaborar con cada jurisdicción. Además, es la empresa la que cuenta con una asesoría jurídica especializada para representar los intereses corporativos ante las autoridades en cada país en que colabora, lo que le permite, desde esa posición privilegiada, integrar las actuaciones entre todas las partes³⁸⁷.

Para fomentar esa integración, la empresa necesita mantener a las partes en el mismo nivel de conocimiento durante ese proceso colaborativo, facilitando el intercambio de datos e informaciones *pari passu* entre las autoridades, para que puedan comprobar los impactos en los acuerdos de cada jurisdicción.

En ese proceso integrativo, también es la empresa la que conoce los eventuales límites para la cooperación, ya sea de orden interno, como las restricciones inherentes a sus investigaciones internas, o de orden externa, como la imposibilidad de compartir informaciones debido a óbices legales³⁸⁸. En ambas situaciones, sigue siendo la compañía la que posee la mejor posición jurídica y fáctica para esclarecer o proponer una solución.

Esta atribución esperada de una empresa que decida por colaborar es fomentada por los dispositivos normativos expedidos por las instituciones de Brasil y Estados

³⁸⁶ Ley n.º 12.846/2013, art.16 §1º, I.

³⁸⁷ RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

³⁸⁸ KAHN (2018:131).

Unidos, que benefician las empresas que sean diligentes y tempestivas en la colaboración, incluso cuando se trata de una negociación de acuerdo con múltiples jurisdicciones.

Por el lado brasileño, podemos mencionar la ya comentada Ordenanza Normativa Interministerial n.º 36, de 7 de diciembre de 2022, editada por la CGU y la AGU para reglamentar los criterios para reducción de la multa aplicada en los acuerdos de lenidad en hasta dos tercios³⁸⁹. La normativa, en el párrafo único del artículo 6º, registra que las reducciones de multa pueden verse afectadas si la empresa colaboradora realiza tratativas con otras autoridades, nacionales o extranjeras, en detrimento de la colaboración con la CGU, salvo cuando se trate de negociaciones coordinadas o exista una situación excepcional debidamente justificada. En nuestra opinión, esto representa un estímulo al trabajo coordinado con otras instituciones, incluso extranjeras. Si la empresa, por ejemplo, busca resolver el caso con autoridades norteamericanas en detrimento de una colaboración con la CGU y la AGU, la norma prevé la reducción de un eventual beneficio pecuniario que podría otorgarse en ausencia de justificación.

Además de este apartado específico sobre la coordinación con autoridades extranjeras, se pueden destacar los criterios de autodenuncia y de colaboración que disponen sobre medidas de oportunidad frente a la CGU y la AGU para el inicio de la negociación de acuerdo de lenidad, así como los parámetros de suficiencia de la colaboración y de celeridad en la realización de la misma. Una empresa que menoscabe la colaboración con la CGU y la AGU y no consiga integrar las frentes de coordinación con las autoridades extranjeras, podría no beneficiarse de la reducción de multa vinculada a estos parámetros, ya que podría no ser considerada en momento oportuno y celeridad en la negociación.

De modo similar, es posible identificar esos parámetros en el ordenamiento norteamericano. La Guía FPCA, en referencia al *Sentencing Guidelines*, define que la multa base se multiplica por una puntuación de culpabilidad, la cual puede ser reducida (i) si la empresa cuenta con un programa de cumplimiento preexistente y eficaz, (ii) si la empresa aceptó la responsabilidad por la conducta criminal y (iii) si la persona jurídica divulgó voluntariamente el delito y colaboró con la investigación³⁹⁰. La norma también incentiva el reporte voluntario de ilícitos y la colaboración empresarial, los cuales no

³⁸⁹ Ordenanza Normativa Interministerial n.º 36/2022 disponible en: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-interministerial-n-36-de-7-de-dezembro-de-2022-449321104>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁹⁰ Guía FCPA (2020:69).

serán alcanzados si la empresa cooperara con otras autoridades en detrimento de las resoluciones en EE.UU.

Además, se puede mencionar nuevamente la actualización del Manual de los Procuradores del DOJ³⁹¹, en el que se estableció que en las coordinaciones entre autoridades la definición del *quantum*, que será concedido como crédito a una empresa colaboradora en virtud de acuerdo negociado con autoridades de otro país, tendrá entre los criterios, por ejemplo, (i) el riesgo de demora injustificada para alcanzar una resolución final, así como (ii) la adecuada y oportuna revelación de información por parte de la empresa y su cooperación con DOJ, aparte de cooperación con otras autoridades competentes³⁹². Aquí, del mismo modo, se identifican los elementos de oportunidad y cooperación, criterios que deben nortear eventuales valores de créditos concedidos a las empresas colaboradoras³⁹³.

De hecho, las normativas y manuales editados por las instituciones brasileñas y estadounidenses exploran el incentivo de una colaboración empresarial célere, oportuna y lo más completa posible, desincentivando que las personas jurídicas busquen colaborar con otras autoridades. Así, si por un lado es necesario que la empresa sea capaz de hacer esos movimientos diligentes frente a diversas autoridades, por otro es necesario que las instituciones estén preparadas para recibir ese tipo de demandas.

Desde la perspectiva estatal, es posible imaginar que los desafíos orbitan, inicialmente, entorno al desconocimiento de las estructuras y competencias de cada país. ¿Cuáles son las instituciones competentes? ¿Quién son los interlocutores en cada órgano? Además, a diferencia de la persona jurídica, que contará con asesorías especializadas para defender los intereses de la empresa — que es uno — en cada país, en la perspectiva pública, cada autoridad tiene sus competencias y responsabilidades, respondiendo por los intereses públicos que debe defender y utilizando su ordenamiento jurídico doméstico³⁹⁴.

³⁹¹ 1-12.100 - *Coordination of Corporate Resolution Penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct*: disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1061186/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁹² BLANCO CORDERO (2020:19).

³⁹³ En el caso *United States of America v. Bean Suntory Inc.*, de 2020, el DOJ no concedió ningún crédito a la empresa debido a su acuerdo con la SEC, firmado en 2018, porque la empresa no procuró coordinar una resolución paralela con todas las instituciones. *Vid* en *Relevant Considerations*, apartado “k”, del documento disponible en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1331666/dl>. Último acceso en 12/06/2024.

³⁹⁴ *Vid*. RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020). *Vid*. también OCDE (2019:67) registrando el interés público como el principal motivo para que las autoridades consideren un acuerdo.

De este modo, cuanto las partes puedan conocer mejor los procedimientos y límites del otro interlocutor, mejor para la construcción de una resolución global que busque una sanción justa y proporcional para la empresa que decidió colaborar.

Otro punto que es importante subrayar, en esta relación de los acuerdos coordinados entre la CGU, la AGU y el DOJ, es el lado en que cada país se encuentra en la “moneda” del soborno transfronterizo. De los seis casos analizados, en todos ellos los ilícitos ocurrieron en Brasil³⁹⁵, con pago de soborno para agentes públicos brasileños. Esto es lo que se denomina el *demand-side*, que es el país donde se encuentran los agentes públicos que reciben los sobornos; por el contrario, en el otro lado se encuentra el *supply-side*, que es la posición de los países donde se encuentran las empresas y sus representantes responsables por el pago del soborno, donde se posiciona los Estados Unidos en los casos comentados anteriormente³⁹⁶.

Los intereses de protección de los bienes jurídicos pueden no ser exactamente iguales dependiendo de la posición jurídica en la que se encuentre cada país. El *supply-side* posee interés en mantener la integridad del mercado mundial, disuadiendo las actividades anticompetitivas que puedan perjudicar a sus empresas, su propia economía y, consecuentemente, a sus ciudadanos³⁹⁷. El *demand-side* también posee interés en participar en la defensa de la integridad y de la credibilidad concurrencial, aplicando sus propias leyes antisoborno y demostrando al mercado que empresas extranjeras y funcionarios públicos nacionales son hechos responsables por casos de corrupción³⁹⁸. Además, en el país donde ocurrió el soborno, podemos que añadir que también sería de interés defender su propia administración pública nacional, así como la reparación de los eventuales perjuicios causados por el hecho corrupto, como la reparación de daños.

El DOJ parece considerar ese contexto de la afectación del soborno en cada país para definir el monto de crédito a ser concedido a una persona jurídica. Para la concreción del valor, los fiscales sopesarían, por ejemplo; el lugar donde se cometió el delito, la ubicación de los daños y perjuicios, el país donde residen las víctimas, la sede de las

³⁹⁵ Como se puede inferir a partir de los comunicados de DOJ mencionados anteriormente.

³⁹⁶ HOLTMEIER (2015:496).

³⁹⁷ HOLTMEIER (2015:497).

³⁹⁸ HOLTMEIER (2015:497).

personas jurídicas involucradas, el país que inició la investigación, y el tiempo y los recursos invertidos por cada Estado³⁹⁹.

Comprender ese patrón es relevante para identificar eventuales impactos en esa cooperación entre Brasil y Estado Unidos. Considerando la probabilidad de que Brasil permanezca, principalmente, como el lado receptor del cohecho transfronterizo (*demand-side*), imaginemos el ejemplo a continuación para ilustrar la complejidad que puede involucrar una coordinación.

Consideremos un caso hipotético en que el funcionario brasileño corrupto no sea de la esfera federal, sino municipal y que no sea solamente uno, sino varios, en municipios diversos, en los cuales la empresa pagaba sobornos a estos agentes públicos para obtener ventaja indebida. Consideremos, todavía, que, hipotéticamente, se trate de una empresa sujeta a la jurisdicción de la FCPA en EE.UU.

En esa situación, además de la competencia de las autoridades norteamericanas para sancionar a la empresa, también tendrían competencia cada autoridad responsable de los municipios afectados por el hecho ilícito, de acuerdo con la legislación local. Como hemos visto en el capítulo 2, la Ley Anticorrupción es una ley de alcance nacional⁴⁰⁰, que establece el acuerdo de lenidad como un instrumento nacional que puede ser aplicado en las esferas federal, estadual y municipal⁴⁰¹.

El último punto que queremos destacar está relacionado con la ausencia de renuncia de persecución de un caso por parte de los países. En todas las situaciones ambas competencias persecutorias fueron ejercidas por las autoridades de Brasil y de Estados Unidos.

Como hemos visto, la legislación estadounidense contempla la posibilidad de que los fiscales del DOJ decidan no enjuiciar a una empresa en el marco de la FCPA (*declination*). Para tanto, considerarán factores como (i) la naturaleza y gravedad del delito, (ii) la generalización de la conducta ilícita dentro de la compañía, (iii) los antecedentes de conductas similares en la compañía, (iv) la existencia previa y la

³⁹⁹ KAHN (2018: 135). *Vid.* en el mismo artículo el caso mencionado de la empresa Odebrecht, donde los créditos para la empresa llegaron a 80% para utilización en acuerdos en Brasil, considerando factores como los mencionados anteriormente.

⁴⁰⁰ Manual CGU (2022:12).

⁴⁰¹ MARRARA (2021:208-209).

efectividad del programa de *compliance*, y (v) si hubo una divulgación voluntaria por parte de la empresa y el alcance de la cooperación⁴⁰².

Por otro lado, la legislación brasileña no establece una exención de penalidad. La LAC dispone que la empresa debe ser la primera en revelar los ilícitos y la Ordenanza Interministerial n.º 36/2022 define que la autodenuncia será un criterio para considerar la reducción de la multa administrativa. Sin embargo, la reducción máxima aplicable es de dos tercios del valor total de la multa, permaneciendo un tercio del monto que debe ser honrado por la empresa colaboradora.

Así, en un caso coordinado con EE.UU., aunque la empresa rellene los requisitos para recibir una declinación de enjuiciamiento por parte de las autoridades norteamericanas, seguiría, probablemente, estando sujeta a una multa administrativa por parte de las autoridades brasileñas. De todos modos, como vimos en ambas legislaciones, la empresa no estaría exenta de devolver las ganancias ilícitas y reparar eventuales daños.

En el próximo apartado consolidaremos estos hallazgos acerca de los acuerdos coordinados entre la CGU y la AGU con el DOJ, sistematizando los puntos de convergencia y resaltando las diferencias que pueden impactar en la armonización entre los instrumentos. Además, analizaremos el primer caso coordinado entre las autoridades de los países, buscando identificar estos elementos abordados en la investigación.

3.3 Hallazgos y el primer caso coordinado

La evaluación de ambos sistemas y de los acuerdos ya celebrados en coordinación entre la CGU y la AGU con DOJ permitió identificar similitudes, pero también diferencias en los procedimientos para la responsabilización de las empresas por medio de resoluciones negociadas. Destacaremos estos puntos revisando la dimensión de convergencia entre los ordenamientos de la FCPA y de la LAC hacia una coordinación de las resoluciones. Además, analizaremos esos aspectos en el primero caso de acuerdo coordinado entre las instituciones, que fue la resolución celebrada con empresas del grupo Technip.

⁴⁰² Guía FCPA (2022:76). *Vid.* en ODED (2020a:247-278) la explicación sobre el caso de la empresa Systems Limited, donde el DOJ decidió declinar de procesar la empresa por pagos de soborno, considerando, entre otros factores, que la empresa tiene su base en Reino Unido y está bajo investigación de la autoridad británica. *Vid.* la carta enviada por el DOJ para los representantes de la empresa en: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/1088621/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

3.3.1 Convergencia de los ordenamientos: posibles impactos

Hemos visto en este capítulo que los marcos jurídicos de la FCPA y de la LAC poseen diferencias que pueden afectar a la posible coordinación de los acuerdos. El aspecto de la jurisdicción presenta tres elementos, mencionados anteriormente, que merecen ser detallados para la comprensión de los límites de la coordinación: (i) el principio de territorialidad aplicado en la FCPA, (ii) la tipificación de delitos en la LAC más amplia que el pago de soborno y (iii) la competencia de autoridades brasileñas subnacionales para celebrar acuerdos de lenidad.

Acerca del primer punto, EE.UU. tiene una jurisdicción que alcanza no solamente a las personas jurídicas domésticas o cotizadas en la bolsa norteamericana, sino también a las empresas extranjeras que hayan cometido algún acto relacionado con el pago de soborno en territorio estadounidense. Esto, como hemos visto, contrasta con la legislación brasileña que, para el ilícito de cohecho transfronterizo, solo establece la responsabilidad de las empresas nacionales. Esto aumenta la posibilidad de que EE.UU. se posicione como *supply-side* y de Brasil como el país demandante en los casos coordinados entre ellos⁴⁰³⁴⁰⁴.

De esta manera, considerando esta competencia dada por la legislación estadounidense, es posible que existan acuerdos coordinados entre las autoridades en los que alcance de la resolución con EE.UU. incluya hechos relacionados con otros países que no consignen en el acuerdo con la CGU y la AGU, a consecuencia de una falta de competencia⁴⁰⁵. Esto daría lugar a resoluciones distintas que abarcarían situaciones fácticas diferentes, llevando a valores de acuerdos diversos y pudiendo limitar la capacidad de conceder crédito.

⁴⁰³ La excepción parece ter sido el caso Odebrecht, que no era empresa doméstica o emisora en la perspectiva de la FCPA.

⁴⁰⁴ *Vid.* FEELEY (2022:157) y BOUTROS & FUNK (2012:267) indicando el rol de EE.UU. en la investigación de casos de soborno transfronterizo.

⁴⁰⁵ La resolución de DOJ con las empresas del grupo Technip menciona esquemas de pago de sobornos en Brasil e Iraquí, disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/technipfinc-plc-and-us-based-subsidiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

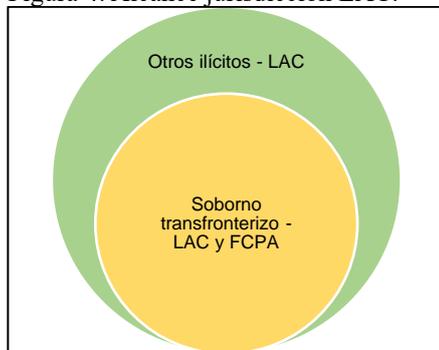
Figura 3: Alcance jurisdicción FCPA.



Fuente: Elaboración propia.

La situación es al revés bajo la óptica de la tipificación de los delitos en ambas normas, que es el segundo punto a ser abordado. La Ley Anticorrupción además de establecer el ilícito de pagos de soborno — y sus derivaciones — tipifica otras conductas, por ejemplo, relacionadas con el fraude en licitaciones y contratos públicos, algo que no se identifica en la FCPA. En este caso, es posible que exista un acuerdo coordinado entre las autoridades estadounidenses y brasileñas en el que el alcance del acuerdo con Brasil sea más amplio en virtud de la competencia legal conferida.

Figura 4: Alcance jurisdicción LAC.



Fuente: Elaboración propia.

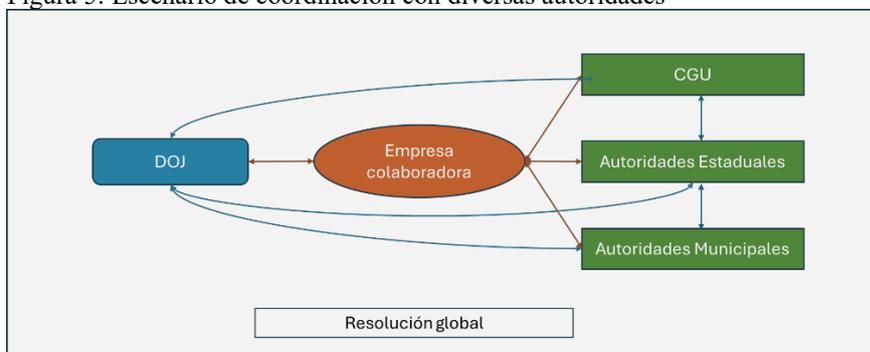
Los dos escenarios, de jurisdicción más amplia conferida por la FCPA, así como el espectro de ilícitos más extenso definido por la LAC, pueden provocar resoluciones en que sus alcances no sean exactamente coincidentes entre los países, lo que resultaría en sanciones y decomisos distintos en cada acuerdo. Ello, podría resultar en mayor complejidad para armonizar las resoluciones.

Otro elemento que podría plantear algún impacto en la actividad de coordinación entre autoridades extranjeras es el hecho de que la LAC tiene alcance nacional y confiere

a las autoridades de otros entes federativos de Brasil la competencia para celebrar acuerdos de lenidad sobre los hechos ilícitos sujetos a su responsabilización⁴⁰⁶.

Como ya habíamos comentado, sería el caso de un escenario hipotético en que una empresa sujeta a la jurisdicción de la FCPA está involucrada en actos de soborno relacionados a contratos públicos en las esferas federal, estatal y municipal en Brasil. En esta situación, teóricamente, la empresa podría enfrentar procesos administrativos en cada esfera y, consecuentemente, podría negociar un acuerdo de lenidad con cada una de las autoridades competentes. Además, podría ser procesada por el DOJ por cohecho transfronterizo. Sería un escenario de colaboración de la empresa con diversas autoridades y cooperación entre las autoridades.

Figura 5: Escenario de coordinación con diversas autoridades



Fuente: Elaboración propia.

La situación mencionada fue simplificada, ya que CGU solo representa al Poder Ejecutivo federal y en los Estados y Municipios también podemos considerar autoridades de otros poderes. Por el lado de EE.UU., también se podría imaginar un caso que involucrara la competencia de la SEC.

La intención es representar los desafíos que pueden surgir en una coordinación global y que podrían resultar en una imposibilidad de coordinación integral y exponer a la empresa a los riesgos inherentes de responsabilidades no resueltas en un acuerdo coordinado. Una situación como esta nos hace imaginar la complejidad involucrada para una negociación de acuerdos coordinados. Desde una perspectiva legal, ya que cada ente federativo puede reglamentar la ley, definiendo metodologías de multa distintas, hasta cuestiones operacionales, una vez que serían diversos interlocutores que los que deberían

⁴⁰⁶ MARRARA (2021:208).

armonizar sus instrumentos negociales con la empresa, entre los entes nacionales y con las autoridades extranjeras.

Considerando la competencia del Ministerio Público para la celebración de acuerdos⁴⁰⁷ y la disponibilidad de la Contraloría General de la Unión para negociar y celebrar acuerdos de lenidad relativos a hechos ilícitos practicados contra otros poderes del Estado y entidades federativas a partir de delegación, pueden indicar soluciones para mantener el interés público, pero también para privilegiar una sanción en un espacio de colaboración y proporcionalidad.

3.3.2 La primera coordinación - Caso Technip

Con la finalidad de identificar los elementos vistos anteriormente aplicados en un caso concreto, elegimos el primer caso negociado entre la CGU y la AGU con el DOJ, que también contó con la participación del MPF, que fue el caso de las empresas del grupo Technip.

Ese caso representó un punto de inflexión en las tratativas internas entre la AGU, la CGU y el MPF. Hasta aquel momento ya existían ejemplos de coordinación entre las instituciones⁴⁰⁸, pero nada tan impactante como un acuerdo integralmente coordinado, con su divulgación simultánea por las instituciones.

El anuncio del acuerdo coordinado fue divulgado, en conjunto, por el Ministro de la CGU, por el Abogado General de la Unión y por representantes del Ministerio Público Federal⁴⁰⁹. Los comunicados de prensa de las instituciones hicieron indicación expresa de la representatividad que se dio en aquel momento⁴¹⁰. Una oportunidad para demostrar que era posible superar los desafíos de coordinación⁴¹¹.

⁴⁰⁷ FRIDRICZEWSKI & RODRÍGUEZ-GARCÍA (2024:349-353).

⁴⁰⁸ La coordinación era parcial, con los acuerdos con CGU y AGU que eran sucesivos aquellos celebrados con MPF y DOJ. *Vid.* en DE MATTOS PIMENTA (2020:126-127) esclareciendo sobre la primera tentativa de acuerdo coordinado entre MPF, CGU y AGU.

⁴⁰⁹ Comunicado de prensa divulgada por CGU: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/06/cgu-agu-mpf-e-doj-firmam-primeiro-acordo-de-leniencia-global-no-ambito-da-lava-jato>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹⁰ Comunicado de prensa divulgada por el MPF: <https://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-do-mpf-pr-assegura-recuperacao-de-mais-r-819-milhoes-para-a-petrobras>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹¹ *Vid.* en DE MATTOS PIMENTA (2020:119-145) la narrativa sobre el histórico de los acuerdos de lenidad celebrados por CGU y AGU.

Era el primero con todas las instituciones competentes de Brasil coordinadamente con el DOJ. Las firmas de las resoluciones negociadas fueron divulgadas, juntamente, en 25 de junio de 2019 por las instituciones involucradas en la coordinación⁴¹².

El acuerdo firmado por la CGU registra esa coordinación global y fija un montante pecuniario de R\$ 819.794.768,79 (US\$ 214.331.033,17), considerado como parte integrante del valor de la resolución global de la empresa⁴¹³. Por el lado del DOJ, la empresa fue sancionada en US\$ 296.184.000,00, siendo que US\$ 214.331.033,17 fueron concedidos como crédito para que la empresa pudiera quitar su acuerdo con las autoridades brasileñas⁴¹⁴.

Tabla 10: Valores acuerdo con empresas de grupo Technip.

Acuerdo CGU-AGU ⁴¹⁵ y MPF			Acuerdo DOJ ⁴¹⁶	
Multa Ley Improbidad Administrativa	R\$ 189.183.408,18	US\$ 214.331.033,17	Valor de la multa compensado con acuerdo en Brasil	US\$ 214.331.033,17
Beneficio obtenido ajustado + daño presunto	R\$ 630.611.360,61			
			Valor restante de la multa pago en EE.UU.	US\$ 81.852.966,83

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos divulgados en los acuerdos

Para conceder el referido crédito el DOJ justificó la existencia de una resolución de la empresa con las autoridades brasileñas y que esa resolución trataba de las mismas conductas previstas en el acuerdo del DOJ acerca de Brasil. Es importante mencionar que bajo la jurisdicción de la FCPA, la empresa también fue sancionada por delitos cometidos en otros lugares, algo que podría restringir el monto a ser concedido como crédito en

⁴¹² Comunicado de prensa de DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹³ Cláusula 8.1 del acuerdo disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/TechnipBrasil.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹⁴ Comunicado de prensa MPF: <https://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/forca-tarefa-do-mpf-pr-assegura-recuperacao-de-mais-r-819-milhoes-para-a-petrobras>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹⁵ Ver Anexo V del acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Anexo_2833148_Anexo_V_tarjado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹⁶ *United States v. TechnipFMC plc: Docket No. 19-CR-00278-KAM (Relevant Considerations, item “g”)*: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1225061/dl?inline>. Último acceso en 12/06/2024.

virtud del acuerdo de la empresa con las autoridades con Brasil. Sin embargo, no fue lo que ocurrió, lo que destaca todavía más la compensación concedida en virtud de la coordinación con Brasil.

Además de la perspectiva pecuniaria, el acuerdo firmado con la CGU y la AGU estableció la necesidad de implementar mejoras en el programa de *compliance* de la empresa, motivo por lo cual fueron expedidas recomendaciones⁴¹⁷. En la resolución con el DOJ fue firmado el compromiso de la compañía en continuar mejorando su programa de cumplimiento y sus controles internos, asegurando el cumplimiento de los elementos mínimos establecidos en la resolución. No obstante, el DOJ no determinó el seguimiento del programa de *compliance* por un monitor independiente.

Pasados los plazos para cumplir con los compromisos pactados en las resoluciones, el cumplimiento integral de las obligaciones de las empresas frente a cada autoridad fue reconocido por el DOJ⁴¹⁸, así como por la CGU y la AGU⁴¹⁹.

De hecho, se trata de un caso en que hubo la compensación integral, sin incrementos de valores en virtud de una coordinación global acerca de los hechos relacionados con Brasil. Es un ejemplo en que una cooperación temprana por parte de la empresa y una coordinación inicial de las autoridades⁴²⁰ permiten alcanzar resultados justos en los que la superposición de sanciones es evitada, incluso cuando los casos son complejos.

4. Justicia colaborativa en múltiples jurisdicciones: el camino por el principio de proporcionalidad

El principio del *ne bis in idem* es un principio esencial del sistema penal en cual, de manera sencilla, puede ser descrito como la prohibición de sancionar una persona, por lo mismos delitos, más de una vez⁴²¹. Sin embargo, la imposibilidad de un Estado de aplicar tal principio está vinculada a la soberanía estatal y a su ordenamiento jurídico

⁴¹⁷ Ver anexo VI disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Caso27_TechnipAnexo_VI_Aperfeicoamento_Programa_Integridade.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴¹⁸ *Government's Unopposed Motion to Dismiss Information*, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal/file/1560911/dl?inline>. Último acceso en 15/06/2024.

⁴¹⁹ “Termo de cumprimento”, disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/arquivos/copy2_of_Termo_de_Cumprimento_das_Obrigacoes.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴²⁰ OCDE (2019:171).

⁴²¹ VAN ALSTINE (2012:1337).

interno, lo que tiene reflejo en la inaceptabilidad acerca de los efectos de las decisiones judiciales extranjeras, en especial sin que se soporten en un tratado⁴²². Como hemos comentado, no existe un convenio internacional anticorrupción, de espectro global, que trate directa y resolutivamente acerca de esta cuestión, limitándose a establecer cláusulas en las que los países involucrados deben consultarse con el fin de verificar la jurisdicción más apropiada ⁴²³.

En los casos de responsabilización de personas jurídicas por cohecho transfronterizo, tampoco hemos visto casos en los que Brasil o Estados Unidos abduquen de su competencia para ejercer la potestad sancionatoria (*sidestepping*⁴²⁴).

No obstante, lo que puede ser observado es la coordinación entre autoridades estadounidenses y brasileñas para, juntamente con las empresas colaboradoras, lograr acuerdos simultáneos que apliquen sanciones aceptables y razonables, consagrando el principio de la proporcionalidad⁴²⁵.

En las resoluciones coordinadas entre Brasil y Estados Unidos hay ejemplos de acuerdos en los que materialmente se evitó superponer sanciones, como fue el caso en el que estuvieron involucradas empresas del grupo Technip. Los valores pecuniarios establecidos en el acuerdo de Brasil fueron integralmente compensados con créditos obtenidos por la empresa en su resolución con EE.UU.

Considerando la competencia jurisdiccional del DOJ bajo la FCPA, su posición de *supply-side*, la propia capacidad creciente de Brasil para investigar casos de corrupción y el histórico de ausencia de sobreseimientos por las partes, el estándar de coordinación de resoluciones con la concesión de créditos es probable que sea mantenido.

De esa manera, partiendo de ese presupuesto, el principio de la proporcionalidad se vuelve en un eje central en los procedimientos para la armonización de los acuerdos coordinados.

⁴²² VERVAELE (2014:5). *Vid.* también VAN ALSTINE (2012:1337) comentando que un tratado internacional podría establecer la obligación de respetar el principio de *ne bis in idem* en el ámbito internacional.

⁴²³ LOW & PRELOGAR (2020:221). *Vid.* OCDE (2019:167) donde reconoce que la convención de la corrupción tampoco trata sobre el *ne bis in idem*.

⁴²⁴ ODED (2020a:256) esclareciendo acerca del *sidestepping*. Existe caso en que EE. UU. declinó la competencia de procesar, como comentado en ODED (2020a:247-249) en el caso de la empresa Gurlap Systems Limited.

⁴²⁵ RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

4.1 Límites al principio de proporcionalidad

Las convenciones internacionales que tratan de cohecho transfronterizo y de la responsabilidad de las personas jurídicas establecen que las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias. A lo largo de este trabajo se ha defendido que la proporcionalidad, establecida en estas convenciones, no puede estar únicamente vinculada a la capacidad del Estado de infligir sanciones rigurosas que garantizan las otras dos dimensiones de eficacia y disuasión. No se trata de limitar los estándares de las convenciones internacionales en la lucha contra la corrupción, pero sí fomentar la proporcionalidad y la previsibilidad en los acuerdos de lenidad firmados en coordinación con autoridades extranjeras⁴²⁶.

El delito de soborno está relacionado con los costes involucrados en la toma de decisión de cometer o no el acto corrupto, evaluando en alguna medida las sanciones a las que la empresa estaría sujeta en caso de imputación del ilícito penal. Por ello, es importante que la medida sancionatoria involucre la dimensión de la eficacia, garantizando que el beneficio obtenido con el ilícito no sea superior a la cantidad de la sanción esperada, y la dimensión de la proporcionalidad, según la cual la sanción esperada será mayor cuanto más grave sea la infracción.⁴²⁷

Sin embargo, el principio de proporcionalidad también debe garantizar protecciones a las personas jurídicas, sirviendo como limitador acerca de medidas estatales que impongan restricciones al derecho de la empresa⁴²⁸. Esa verificación sobre la observancia de dicho principio puede ocurrir, en el momento de la producción legislativa, verificando si la promulgación o el mantenimiento de una ley no infringe el principio, o durante la aplicación de la ley en el caso concreto, a través de decisiones administrativas o judiciales.⁴²⁹

Con relación a la proporcionalidad en la LAC, hemos visto que la propia norma y su decreto reglamentario establecen parámetros de agravantes y de atenuantes para

⁴²⁶ BULOVSKY (2019:577).

⁴²⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ-LÓPEZ (2016) un abordaje sobre los principios de eficacia y proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, donde registra que la dimensión de la eficacia, en el derecho sancionador, tiene la finalidad de desincentivar, actuando como medida de prevención a los cometimientos de ilícitos. Ya en la perspectiva de la proporcionalidad, la sanción está relacionada con la gravedad del hecho ilícito, o sea, cuanto más grave el delito, mayor debe ser la sanción.

⁴²⁸ MACHADO DE SOUZA (2020:417).

⁴²⁹ *Ibid.* (2020:415).

aplicación de la multa, así como límites vinculados a la ventaja ilícita obtenida, lo que expresa medidas de proporcionalidad⁴³⁰.

Acerca de las violaciones de la FCPA, estas son sancionadas en observancia al *Sentencing Guidelines*, en la que se establece la reducción en caso de existencia de un programa de cumplimiento, la aceptación de la conducta criminal, si divulgó voluntariamente el delito y si colaboró con la investigación⁴³¹.

Acerca de la aplicación de las sanciones, tratándose de acuerdos coordinados entre el DOJ con la CGU y la AGU, fue posible identificar en los casos analizados la práctica recurrente de concesión de un crédito por parte de las autoridades norteamericanas. Sin embargo, considerando qué multas son imputadas por los dos países, ¿el crédito es suficiente para garantizar la proporcionalidad de la sanción?

Para responder la pregunta, es importante identificar en los acuerdos celebrados coordinadamente, el valor compensado entre las resoluciones de la empresa frente al DOJ y/o SEC y los acuerdos con la CGU y la AGU. A partir de ello, los datos fueron organizados en la tabla en siguiente:

Tabla 11: Porcentual de crédito compensando en los acuerdos con CGU y AGU.

Nombre empresa		Valores acuerdos CGU y AGU ⁴³² (US\$) (A)	Valores concedidos como créditos por DOJ y/o SEC para acuerdos firmados por la empresa en Brasil (US\$) (B)	(%) del valor compensado en el acuerdo CGU-AGU a partir de los valores de resoluciones con autoridades EE.UU. (B/A)*100
Technip	Brasil	214.331.033,17 ⁴³³	214.331.033,17 (DOJ) ⁴³⁴	100%
Flexibras				

⁴³⁰ *Vid.* en la nota al pie de página n.º 2163 en MACHADO DE SOUZA (2020:417).

⁴³¹ Guía FCPA (2020:69).

⁴³² Los valores son aproximados. Cambiamos el valor del acuerdo a US\$ para tener una base comparativa uniforme. Se utilizó los valores informados en US\$ cuando disponibles en los acuerdos de la CGU y la AGU. Cuando no estuvieron disponibles, utilizamos el cambio informado por el Banco Central de Brasil en la fecha de firma del acuerdo para estimar el valor del acuerdo en US\$.

⁴³³ Anexo V del acuerdo, disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Anexo_2833148_Anexo_V_tarjado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴³⁴ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsidiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

Samsung Heavy Industries	150.542.753,41 ⁴³⁵	37.740.800,00 (DOJ) ⁴³⁶	25%
Amec Foster Wheeler	17.492.149,14 ⁴³⁷	6.125.000,00 (DOJ) ⁴³⁸ + 9.100.000,00 (SEC) ⁴³⁹ .	87%
Stericycle	23.646.000,00 ⁴⁴⁰	9.300.000,00 (DOJ) ⁴⁴¹ + 4.200.000,00 (SEC) ⁴⁴²	57%
Gol Linhas Aéreas	2.732.000,00 ⁴⁴³	1.700.000,00 (DOJ) ⁴⁴⁴ + 1.700.000,00 (SEC) ⁴⁴⁵	100%
UOP LLC	120.828.384,25 ⁴⁴⁶	39.600.000,00 (DOJ) ⁴⁴⁷ + 38.712.216,00 (SEC) ⁴⁴⁸	65%
Total	529.572.319,97	362.509.049,17	68%

Fuente: Elaboración propia.

A partir de los datos recogidos en la tabla, podemos verificar que, en un sencillo promedio de los porcentajes, las empresas alcanzan cerca del 70% del valor de los

⁴³⁵ Cláusula 8.1 del acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/AcordodeLeniencia_com_tarja_samsung.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴³⁶ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/samsung-heavy-industries-company-ltd-agrees-pay-75-million-global-penalties-resolve-foreign>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴³⁷ Cláusula 8.1 del acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Caso_39_Acordo_Leniencia_tarjado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

⁴³⁸ Comunicado de prensa del DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/amec-foster-wheeler-energy-limited-agrees-pay-over-18-million-resolve-charges-related-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴³⁹ Comunicado de prensa de SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-112>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴⁰ El acuerdo no presenta el valor en dólares norteamericanos. Dese modo se utilizó la tasa de cambio disponible en la página del Banco Central de Brasil para el día 20/04/2022, fecha de firma del acuerdo. Tasa de cambio: 1 Dólar dos Estados Unidos/USD (220) = 4,6391 Real/BRL (790) – consultado en: <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴¹ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/stericycle-agrees-pay-over-84-million-coordinated-foreign-bribery-resolution>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴² Comunicado de prensa SEC: <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-65>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴³ El acuerdo no presenta el valor en dólares estadounidenses. De ese modo se utilizó la tasa de cambio disponible en la página del Banco Central de Brasil para el día 15/09/2022, fecha de firma del acuerdo. Tasa de cambio: 1 Dólar dos Estados Unidos/USD (220) = 5,2205 Real/BRL (790) – consultado en: <https://www.bcb.gov.br/conversao>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴⁴ Comunicado de prensa DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/gol-linhas-reas-inteligentes-sa-will-pay-over-41-million-resolution-foreign-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴⁵ SEC Order - Administrative Proceeding File No. 3-21094: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2022/34-95800.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴⁶ Cláusula 8.1 del acuerdo disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo_de_leniencia_termo.pdf. Último acceso en: 25/06/2024.

⁴⁴⁷ Comunicado de prensa de DOJ: <https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁴⁸ SEC Order Administrative Proceeding File No. 3-21255: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2022/34-96529.pdf>. Último acceso en 12/06/2024.

acuerdos con la CGU y la AGU a partir de créditos derivados de las resoluciones con las autoridades norteamericanas. Sobresalen los dos casos en los que el crédito concedido fue suficiente para pagar todo el valor del acuerdo de la empresa con la CGU y la AGU, no representando ninguna superposición de sanciones (Technip y Gol). En el otro extremo está el caso de la empresa Samsung, que obtuvo cerca del 25%. En ese caso, y pese a que puedan existir varias razones para otorgar ese crédito comparativamente menor, llama la atención que fue el único acuerdo no divulgado simultáneamente⁴⁴⁹, lo que puede haber limitado una armonización más amplia. Excluyendo ese dato, el promedio alcanzaría más de 80%.

En los seis acuerdos analizados, el crédito concedido por las autoridades norteamericanas fue suficiente para garantizar integralmente la compensación de un tercio de ellos. Los demás mantuvieron una compensación por encima de 50%, habiendo uno de los casos en los que se situó por debajo de la mitad. Esos datos juntamente con la información de que el valor total compensado alcanza el 70% permiten inferir que la mayor parte del solapamiento de sanciones es evitada, aunque no integralmente en todos los casos.

Es importante subrayar que como no se buscó identificar si los hechos objetos de las resoluciones en cada país son precisamente los mismos, y como tampoco fue posible identificar las razones para la cantidad de valor concedida como crédito, de momento, estamos imposibilitados de alcanzar mayores conclusiones acerca de pérdida de esa dinámica.

La práctica de coordinación con crédito de valores parece ser el modelo elegido por las autoridades norteamericanas, por lo menos en las resoluciones que involucran a Brasil. Considerando el histórico de esa relación, no se vislumbra, de inmediato, un sobreseimiento de las autoridades norteamericanas en casos en los que haya jurisdicción de las autoridades de los dos países. Sin embargo, existen casos de compensación integral de los valores en los acuerdos de la CGU y la AGU, a partir de los valores de las resoluciones con EE.UU., lo que representaría de hecho una declinación para recibir los valores de las multas, un tipo de *sidestepping*.

⁴⁴⁹ *Vid.* en la nota de prensa de DOJ que la resolución fue divulgada en 22/11/2019, más de un año antes del acuerdo con CGU y AGU, en que el Departamento de Justicia de EE.UU. comunica el crédito para que la empresa pueda utilizar en acuerdos con las autoridades brasileñas en un período de un año. Información disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/samsung-heavy-industries-company-ltd-agrees-pay-75-million-global-penalties-resolve-foreign>. Último acceso en 12/06/2024.

Este estándar adoptado hasta el momento quizás representaría un primer desafío al principio de proporcionalidad, ya que, en el modelo actual, siempre existiría la actuación de las dos jurisdicciones, lo que implicaría la necesidad de armonizar los valores de las multas. Algo que ni siempre es sencillo o hasta mismamente posible, una vez que cada país está vinculado a su ordenamiento jurídico interno⁴⁵⁰.

Considerando ese modelo, por lo tanto, pueden ser identificados otros límites en la aplicación del principio de la proporcionalidad de una manera integral. Si por el lado de EE.UU., en especial del DOJ, hay un modelo de concesión de crédito después del cálculo de la multa final (política “anti pilling on”), por el lado brasileño no se identifica esa práctica, por lo menos no de manera objetiva y directa. Una falta de reciprocidad puede dar lugar a en multas no proporcionales y cálculos de lucros indebidos o *disgorgement* que sean superiores al montante realmente incorporado por la empresa. Por supuesto estamos simplificando el tema, una vez que pueden existir diferencias en las metodologías para el propio cálculo de los lucros ilegítimos y hasta inclusive límites legales. Sin embargo, hay un riesgo para la empresa en los procesos con múltiples jurisdicciones, aunque se dé además en una negociación coordinada.

Por ello, conocer la sistemática y metodología de cálculo aplicada por las instituciones, por cada una de las partes, es importante para la construcción de una resolución global que incorpore el principio de proporcionalidad.

Las distinciones normativas acerca de los valores mínimos también pueden generar situaciones que menoscaben la convergencia entre las resoluciones entre Brasil y EE.UU. En este contexto, la primera situación identificada es la previsión de una multa mínima en la Ley Anticorrupción. La segunda es la obligatoriedad de cobrar los valores relacionados a los daños incontrovertidos, definidos en el Decreto n.º 11.129/2012.

La Ley Anticorrupción y el decreto reglamentario establecen que la reducción máxima que puede ser aplicada sobre la multa administrativa es de dos tercios. De esta forma, aunque cumpliera todos los requisitos de atenuantes y reciba el máximo descuento, la empresa deberá pagar el valor de un tercio de la multa. Esa exigencia legal puede implicar un desacompañamiento con las sanciones impuestas bajo la FCPA. Como hemos

⁴⁵⁰ OCDE (2019:38).

visto, el DOJ posee el instrumento de la *declination*, el cual la exime de pagar multas, caso de que cumpla con los requisitos necesarios⁴⁵¹.

Este instrumento, previstos en otros ordenamientos jurídicos, como el español⁴⁵², establece que, entre otros requisitos, si la empresa reportó voluntariamente el ilícito, si ya poseía un robusto programa de *compliance* y si colaboró con las autoridades, pueden ser beneficiadas con una declinación de un proceso.

En el caso brasileño, pese a que haya una profunda colaboración de la persona jurídica con un reporte voluntario de los hechos ilícitos y con la demostración de un programa de cumplimiento eficaz y previo, siempre será posible aplicar una multa, aunque mitigada⁴⁵³.

Ese escenario, aunque no parezca representar directamente una sanción global desmedida, ya que, en principio, no habría multa por parte de DOJ, puede resultar en una ausencia de atractivos para la colaboración empresarial. Una autodenuncia frente al DOJ, por ejemplo, podría conllevar a un proceso sancionador en Brasil, con aplicación de una multa⁴⁵⁴. En ese caso, la práctica que adoptada de crédito de valores por parte de las autoridades de EE.UU. parece que será insuficiente para incentivar una colaboración de la persona jurídica con la finalidad de lograr una resolución global⁴⁵⁵.

Otra rubrica en los acuerdos de lenidad en Brasil es la de daño incontrovertible. Definida en el decreto reglamentario como los valores de los daños admitidos por la persona jurídica o aquellos derivados de una decisión definitiva en el ámbito de un proceso administrativo o judicial, la misma debe ser integralmente reparada para la celebración de un acuerdo⁴⁵⁶. El citado dispositivo normativo define, todavía, que en los casos en que a partir de un determinado ilícito resulte, simultáneamente, un daño a la administración y una ganancia indebida a la persona jurídica, existiendo identidad entre ambos, estos valores deben ser computados una única vez y serán clasificados como

⁴⁵¹ Guía FCPA (2023:76-77).

⁴⁵² Art. 31 *bis* de Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal Español).

⁴⁵³ MACHADO DE SOUZA (2020:579-580). e

⁴⁵⁴ Que a depender del caso puede llegar hasta 20% de los ingresos brutos, descontados los tributos.

⁴⁵⁵ *Vid.* en LOW & PRELOGAR (2020:219-220) comentando que la práctica del *crediting* parece no alcanzar todas las cuestiones relacionadas al tema, lo que demanda de los países relevantes en ese escenario un mejor alineamiento para fomentar incentivos más robustos hacia la colaboración empresarial.

⁴⁵⁶ Arts. 36, VI y §2º del Decreto Reglamentario n.º 11.129/2022.

resarcimiento de daños⁴⁵⁷. El daño puede coincidir parcialmente con una ventaja indebida, así como puede no existir en un hecho de corrupción, sin embargo, cuando exista la coincidencia entre el daño y el beneficio indebido, no debe existir el *bis in idem*, debiendo privilegiarse la restitución del daño para fines de reparación de la víctima del ilícito⁴⁵⁸.

De modo resumido, en Brasil, en la legislación vigente, existirían, contra una persona jurídica involucrada en un caso de soborno, (i) la multa administrativa⁴⁵⁹, (ii) la pérdida de la ventaja indebida y (iii) el resarcimiento de los daños incontrovertibles. En EE.UU., por el lado del DOJ y la SEC, podrían ser aplicadas multas penales y civiles, además del *disgorgement*⁴⁶⁰.

Tabla 12: Rubricas posibles en las resoluciones según LAC y FCPA.

LAC	FCPA
Multa Administrativa o Civil	Multa Penal
	Multa Civil
Ventaja indebida	<i>Disgorgement</i> o decomiso
Daños incontrovertibles	

Fuente: Elaboración propia.

Así, en el acuerdo de lenidad, las autoridades brasileñas, sujetas al principio de legalidad, poseen límites mínimos que deben estar obligatoriamente fijados en los instrumentos firmados con las empresas colaboradoras: multa mínima de la LAC y los daños incontrovertibles. Conocer el enfoque acerca de estos límites es un reto para las partes involucradas en la coordinación de la resolución; sin embargo, permite prever por parte de las empresas acerca de los beneficios esperados, así como facilita el alcance de un consenso entre las autoridades para una resolución global⁴⁶¹.

En el próximo apartado, a partir de estos hallazgos y del análisis de las propuestas aportadas por la doctrina, buscaremos, en la medida de lo posible, identificar pequeños pasos que podrían ser planteados en respuesta a los desafíos complejos identificados, de

⁴⁵⁷ Art. 37, §3º, I y II del Decreto Reglamentario n.º 11.129/2022. *Vid.* en WATANABE SILVA (2023:74-75) comentando, a partir de informaciones de la CGU, que hay casos en que el daño puede estar incluido en el valor de la ventaja indebida. *Vid.* también FORMOLO (2023:16-17).

⁴⁵⁸ ALMEIDA MENDONÇA (2016:85).

⁴⁵⁹ Considerando factos sujetos a la nueva Ley de Improbidad que rechaza la aplicación de sanciones ya penalizadas por la Ley Anticorrupción.

⁴⁶⁰ Guía FCPA (2020:69-71). Para fines de este estudio desconsideramos cualquier diferencia de naturaleza jurídica existente entre el *disgorgement* o el decomiso de las ventajas o ganancias indebidas.

⁴⁶¹ SØREIDE. & MAKINWA (2020:4).

modo a que, incrementalmente, propongamos mejoras en el proceso de responsabilizar a las empresas por medio de acuerdos coordinados.

4.2 Un posible camino para mejorar la coordinación

En el tema del soborno transfronterizo, especialmente abordado en las legislaciones domésticas, una respuesta objetiva y directa para mejorar la armonización de sanciones sería la reglamentación internacional del tema sobre *ne bis in idem* y la proporcionalidad de las sanciones.

En ese contexto, repasaremos algunas soluciones propuestas por la doctrina especializada acerca del tema para tener una visión sobre lo que es considerado en el debate para resolver o mitigar el problema y a partir de un análisis crítico proponer un camino alternativo

4.2.1 Instancia supra nacional

Una de las grandes dificultades encontradas para lograr una resolución coordinada radica en la defensa de la soberanía de cada país, a través del ejercicio potestativo de sancionar a las empresas. En este sentido, como hemos visto, cada país que considere tener competencia podrá ejercerla dentro de los límites de su legislación⁴⁶².

En este escenario, surge la propuesta de BUSSEN (2015) para instaurar una instancia supranacional con la autoridad necesaria para aplicar la ley de manera global respecto a los ilícitos de soborno transfronterizo⁴⁶³. Esta autoridad, de manera centralizada, consolidaría las acciones sujetas a varias jurisdicciones, evitando que las empresas multinacionales sean sancionadas más de una vez⁴⁶⁴. Para ello, esta autoridad, entre otros puntos a ser observados, debería intervenir lo mínimo posible en asuntos domésticos, como, por ejemplo, no debería procesar y juzgar ilícitos relacionados con la corrupción interna, solo cuando implicara el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros⁴⁶⁵.

A pesar de todos los argumentos defendidos por esta teoría, nos parece algo complejo alcanzar una unidad de criterio y actuación entre todos los países, los cuales deben renunciar a su soberanía en favor de una autoridad supranacional para que ejerza

⁴⁶² *Vid.* VAL ALSTINE (2012:1332). Doctrina de la doble soberanía permitiría a cada país, en el ámbito de su soberanía, juzgar un acto que sería un delito contra cada uno de los estados.

⁴⁶³ BUSSEN (2015:510).

⁴⁶⁴ BUSSEN (2015:510).

⁴⁶⁵ BUSSEN (2015:511).

la potestad en el ámbito del Derecho Penal/sancionador⁴⁶⁶. Además de identificar este obstáculo, no se vislumbra que este modelo lograría los efectos deseados. Se entiende que podría haber una confusión de sanciones. El soborno transnacional es un delito en que los países pueden ocupar posiciones distintas, lo que se llama "lado de la oferta" (*supply-side*) y "lado de la demanda" (*demand-side*). Así, parece que la situación seguiría permitiendo el solapamiento de sanciones, considerando que las responsabilidades de la empresa extranjera, que paga el soborno, y del agente, que recibe el valor indebido, se tocan en algún momento. En ese punto del ilícito es donde podemos encontrar la disonancia de valores imputados como multas y decomisos, requiriendo una compleja armonización entre autoridades para la aplicación de una sanción proporcionada. Además, aunque hubiera una limitación de multa sobre la empresa, incluso desde una perspectiva de derecho doméstico, lo cual puede ser cuestionable, seguiría siendo necesario discutir valores de daños y/o ganancias ilícitas, más afectos a una gobernanza doméstica que supranacional. De esta manera, no se identifica como una solución de fácil implementación y tampoco que alcance el éxito esperado de evitar la aplicación de sanciones duplicadas.

4.2.2 Estándar común

Otra propuesta presentada por la doctrina es la definición de un estándar único, para ser aplicado por los países, defendido por BEASLY (2015)⁴⁶⁷. Este modelo definiría, entre otros puntos, el régimen de sanciones a aplicar, incluyendo tipos de sanciones y cómo calcularlas⁴⁶⁸. El modelo propuesto no entiende como necesario apartar la posibilidad de múltiples jurisdicciones, lo que sería mitigado o limitado con la propia estandarización de las sanciones⁴⁶⁹. La autora defiende que un instrumento efectivo de combate al soborno transnacional podría ser alcanzado por una comunidad de países económicamente relevantes⁴⁷⁰.

Este modelo de un estándar común se asemejaría, en nuestra opinión, a una revisión o modificación de convenciones internacionales que tratan el tema, como de la OCDE y de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Sería similar a una alteración normativa para incluir mecanismos deseados para evitar una doble sanción. Sin embargo,

⁴⁶⁶ *Vid.* BEASLEY (2015:220) comentando que pocas naciones estarían dispuestas a aceptar suprimir su soberanía.

⁴⁶⁷ BEASLEY (2015:221).

⁴⁶⁸ BEASLEY (2015:224).

⁴⁶⁹ BEASLEY (2015:221).

⁴⁷⁰ BEASLEY (2015:227).

es notoria la complejidad involucrada en una modificación de normativas de esta envergadura que abarcan decenas de países, con ordenamientos jurídicos distintos, lo que lleva a las organizaciones internacionales a definir conceptos más abiertos para acomodar intereses diversos⁴⁷¹. Por lo tanto, aunque no se trate de una modificación de la Convención, un estándar de mecanismo reconocido por una comunidad de países no parece ser una solución de fácil implementación, ni algo que pudiera ser ejecutado en un plazo razonable.

Aun en esta línea de un modelo estándar, BULOVSKY (2019) establece como solución la implementación de un mecanismo formal. Este instrumento debería reconocer que: (i) la actuación debería ser iniciada por el país con los lazos jurisdiccionales más fuertes en relación con el ilícito; (ii) la doble penalización está prohibida y (iii) los países deberían estar comprometidos con una sanción proporcional, incluyendo la limitación del decomiso al monto calculable de las ganancias ilícitas⁴⁷². En este modelo, BULOVSKY ya propone definir el límite de prohibición para una doble sanción, debiendo sólo el país más “cercano” al ilícito ejercer la competencia sancionadora. Ello puede ser un limitante, por lo menos en un corto plazo, considerando el ejercicio de soberanía como ya se comentó anteriormente.

Otra diferencia en los modelos de BEASLEY y BULOVSKY está en la forma de implementación. En la propuesta de modelo presentada anteriormente se preveía un mecanismo global a ser aplicado, sino a todos, a varios países. En esta última, se establece el mecanismo de acuerdos bilaterales para ser firmados entre los países, lo que en la visión de BULOVSKY sería el camino más realista y permitiría minimizar conflictos entre países, logrando una actuación internacional más amplia⁴⁷³.

La propuesta de una implementación estándar por medio de acuerdos bilaterales nos parece también ser más simple que un modelo más "global", por el simple hecho de exigir menos signatarios que estén de acuerdo con los términos del instrumento. Por otro lado, solo crea derechos entre las partes, exigiendo que para cada relación entre países se produzca un instrumento. Ello podría requerir un esfuerzo considerable para las autoridades tanto en la construcción de los acuerdos, como en su aplicación en casos

⁴⁷¹ BULOVSKY (2019:571-574).

⁴⁷² BULOVSKY (2019:566).

⁴⁷³ BULOVSKY (2019:574). *Vid.* en HOLTMEIER (2015:2018) mencionando acerca de acuerdos bilaterales firmados entre países sobre el derecho “antitrust” en que se define la actuación de cada autoridad, los enfoques de aplicación de la ley y, idealmente, reducen los enjuiciamientos duplicados.

concretos, al imaginarse la necesidad de elaborar diversos instrumentos. De todo modo, una solución que mejore la transparencia de los parámetros aplicados por cada país aporta previsibilidad para una empresa que decida cooperar con las autoridades⁴⁷⁴.

4.2.3 Una propuesta de camino

Analizando los modelos propuestos para evitar la aplicación de sanciones desproporcionadas en casos de múltiples jurisdicciones, podemos identificar algunos puntos complejos para la implementación de una solución, al menos de modo definitivo y en un plazo razonable, ya que involucra cuestiones como mitigación de la soberanía y concordancia de varios países. Sin embargo, colocando como premisa las resoluciones coordinadas entre autoridades en un ambiente de justicia colaborativa, podemos pensar en una solución que combine partes ya aportadas por los dos últimos modelos. Es decir, una solución que busque construir y fortalecer las relaciones bilaterales, pero que preserve la actuación soberana de los países.

No se identifica, al menos en este momento, la implementación directa de mecanismos formales y obligatorios que sirvan como modelo global para aplicación por los países. No se trata de que este modelo no deba ser estudiado o incluso buscado. Es que, en nuestra visión, alcanzar directamente un modelo estándar para una cuestión que implica una diversidad de situaciones, muchas de las cuales aún no han sido enfrentadas, nos parece una pretensión desafiante, con riesgos de implementar una norma o modelo ineficaz.

Alrededor de la mitad de los países signatarios de la Convención de la OCDE, hasta 2019, aún no habían procesado ningún caso de soborno transnacional. En una visión más amplia, no limitada a los signatarios de la mencionada Convención, en diciembre de 2019 existían cerca de 37 países investigando casos de corrupción transfronteriza, la mayoría concentrados en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Suiza, Francia, Australia e Italia⁴⁷⁵.

Estos datos muestran un escenario en el que se nota que pocos países, de hecho, han enfrentado el desafío de investigar y procesar a una empresa involucrada en un caso de soborno transnacional; quizás el número sea aún menor si consideramos los supuestos

⁴⁷⁴ BULOVSKY (2019:575).

⁴⁷⁵ Vid. FEELEY (2022) comentando los datos obtenidos de *TRACE Anti-Bribery Compliance Solutions* que demuestra el crecimiento de otros países en la apuración de delitos de soborno transfronterizo.

resueltos mediante acuerdos negociados. Por tanto, pese el crecimiento de los países que presentan resultados de investigaciones de este tipo de ilícito, todavía no son la mayoría.

En este sentido, nuevamente, parece que ir directamente hacia una norma de aplicación general genera el riesgo de crear un marco normativo que encuentre dificultades para ser aplicado ante los casos concretos que puedan surgir, ya que es posible que especificidades y necesidades relevantes para todas las situaciones no hayan sido consideradas, incluso porque muchos países todavía no han experimentado los desafíos de procesar un caso de soborno transnacional.

Por otro lado, para evitar una inaplicación, podría imaginarse una norma o un estándar que se construyera de manera amplia, para acomodar y adaptar cada particularidad de cada uno de los países. Sin embargo, este camino tampoco parece ser resolutivo, ya que para armonizar los diferentes regímenes jurídicos sería necesaria una norma basada en principios, otorgando a los países una discrecionalidad para aplicar sus leyes domésticas en adhesión de los límites definidos globalmente⁴⁷⁶. Esto, sin una objetividad para definir los límites necesarios para evitar la superposición de sanciones, permitiría la continuidad de procedimientos distintos en cada país que podrían resultar en multas desproporcionadas.

La definición de un instrumento o un modelo estándar, que sea aplicable por los países signatarios de los convenios internacionales, encuentra dificultades en la propia doctrina sobre cuál sería la mejor solución a aplicar⁴⁷⁷.

De este modo, la tesis que defiende el camino construido entre las partes parece ser la más factible. No obstante, parece que no sería el caso de fomentar, desde el principio, la celebración de una serie de acuerdos bilaterales entre países⁴⁷⁸. Lo más adecuado sería que, antes de celebrar un acuerdo bilateral, hubiera un mínimo interés común entre ambos países que estuviera relacionado con la responsabilización de personas jurídicas por soborno transfronterizo. Este interés debería surgir con las propias interacciones de los casos concretos resueltos entre los países involucrados, los cuales naturalmente provocarían una necesidad de estrechamiento de las relaciones entre ellos. Firmar acuerdos sin que haya esa convergencia inicial puede abocar en los mismos riesgos

⁴⁷⁶ *Vid.* en BEASLEY (2015:200) explicando acerca del enfoque de la equivalencia funcional (“functional equivalence”).

⁴⁷⁷ BULOVSKY (2019:566)

⁴⁷⁸ *Vid.* en BULOVSKY (2019:574) cuando defiende una solución descentralizada, mediante una serie de acuerdos entre países.

vistos anteriormente en caso de existir instrumentos jurídicos bilaterales que no establezcan las soluciones necesarias para los casos concretos⁴⁷⁹.

Ante lo expuesto, un camino adecuado para una sólida relación de cooperación internacional comenzaría con casos concretos enfrentados por ambas jurisdicciones, donde las coordinaciones de las resoluciones permitirían identificar puntos que necesitarán de una mejor definición, considerando tanto el ordenamiento jurídico internacional como el interno de cada país. Baste imaginar que las resoluciones negociadas de casos de soborno transnacional involucran una complejidad para su armonización, debido a los intereses distintos de las partes involucradas, ya que las empresas, aunque sean colaboradoras, buscan en una negociación otros atractivos diferentes del Estado, mientras que los intereses públicos defendidos en cada país también pueden tener sus matices⁴⁸⁰.

En este escenario de complejidad, por lo tanto, el camino para lograr resoluciones negociadas y proporcionales con empresas colaboradoras debería superarse con pequeños pasos que permitieran implementar ajustes necesarios⁴⁸¹. Comenzando con casos concretos que construyeran una masa crítica a partir de las experiencias, se podría pasar a una próxima etapa de elaboración de un instrumento entre las partes, definiendo criterios ya establecidos, lo que podría evolucionar hacia una integración más global con la participación de otros países que formen parte de este proceso de construcción.

La finalidad de establecer un mecanismo formal orbita en la necesidad de constituir un marco normativo que aporte claridad y previsibilidad acerca de posibles conflictos entre cada país en la coordinación de resoluciones, con el fin de mitigar la superposición de sanciones⁴⁸². Sin embargo, la transparencia y la previsibilidad no necesitan lograrse solo con la edición de una norma o modelo formal. Cada etapa de un eventual proceso de construcción de un procedimiento debe considerar la transparencia necesaria para garantizar previsibilidad a las empresas multinacionales que decidan cooperar. Aunque sin una norma global o incluso un acuerdo bilateral entre los países, es

⁴⁷⁹ *Vid.* en WEISS (2009: 503-504) comentando sobre las convenciones internacionales que facilitarían poca especificación acerca de la cooperación en tema de soborno transnacional, como, por ejemplo, acerca de la cobranza del *disgorgement* por apenas un país.

⁴⁸⁰ *Vid.* en RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020) explicando que los países pueden tener objetivos distintos, incluso en términos procesales.

⁴⁸¹ *Vid.* en KAHN (2018: 37) opinando que no existe una solución única, pero sí pasos que pueden ser dados para minimizar el solapamiento de sanciones.

⁴⁸² BEASLEY (2015:226).

necesario que, en la medida de lo posible, se dé divulgación de parámetros, límites y fundamentos aplicados en las resoluciones coordinadas.

La coordinación entre Brasil y Estados Unidos, en el ámbito de los acuerdos de lenidad, a partir de todo lo expuesto anteriormente, podemos señalar que estaría posicionada en la etapa de existencia de casos coordinados, aunque sin que exista un instrumento formal, como un acuerdo bilateral, que regule la actuación de las autoridades de ambos países.

Evolucionar en este proceso, pasa por el desarrollo interno de normativas y procedimientos, que permitan estructurar la base que soportará la actuación coordinada.

Hemos visto que desde el lado estadounidense existe la edición de la Política de Coordinación de Sanciones Corporativas ("Policy on Coordination of Corporate Resolution Penalties") por parte del DOJ, en la que se comunica sobre el resultado equitativo que debe alcanzarse en las resoluciones con personas jurídicas coordinadas con otras autoridades, en términos de multas, penas y/o decomisos.

En el contexto de la aplicación de esta orientación, es posible identificar, incluso en las resoluciones coordinadas con las autoridades brasileñas, que el DOJ otorga créditos a las empresas colaboradoras debido al acuerdo que estas empresas negocian con otras autoridades extranjeras. Sin embargo, esta política⁴⁸³, las noticias divulgadas y los registros en las resoluciones presentadas no detallan las razones para dicha concesión. El fomento de prácticas empresariales que involucran integridad, cooperación con la investigación y reporte voluntario depende de un procedimiento transparente y previsible⁴⁸⁴.

Del lado de las autoridades brasileñas, comentando acerca de los procedimientos de la CGU y la AGU, aún no se han identificado dispositivos en este sentido. Los acuerdos coordinados con las autoridades de EE.UU. y las respectivas noticias de prensa dejan claro que los instrumentos jurídicos fueron celebrados en el contexto de una coordinación global y tienen como objetivo evitar una cobranza de valores duplicada. Sin embargo, a diferencia de los EE.UU., no es posible identificar cuanto esta postura positiva de la

⁴⁸³ RENIERE (2019:172). Por otro lado, *vid.* en KAHN (2018: 135). mencionando acerca de la resolución con la empresa Odebrecht, en que los créditos para la empresa llegaron a 80% para utilización en acuerdos en Brasil, considerando factores como los mencionados anteriormente.

⁴⁸⁴ ODED (2020a:254-255). *Vid.* en OCDE (2019:157-158) tratando sobre publicidad de las resoluciones negociadas entre empresas colaboradoras y autoridades.

persona jurídica en colaborar con más de una jurisdicción fue considerada para fines de cálculo de multas o pérdida de valores en el contexto del cálculo global.

Además, no se identifica en las normativas, manuales u orientaciones sobre los acuerdos de lenidad información sobre cómo podría ser considerada la resolución global en el ámbito de los acuerdos con la CGU y la AGU.

Así, la falta de una información más detallada sobre cómo la colaboración empresarial realizada de manera coordinada con autoridades de EE.UU. y de Brasil puede desincentivar este movimiento de cooperación corporativa⁴⁸⁵. Es importante aquí destacar que un acuerdo de lenidad depende de la voluntariedad. En este sentido, en el ámbito empresarial, cuando sea aplicable, tomar la decisión sobre un reporte voluntario puede implicar, en alguna medida, un análisis de coste-beneficio⁴⁸⁶. Esta evaluación la empresa solo podrá realizar adecuadamente con acceso a información relevante, como los beneficios que puede obtener debido a la colaboración en más de una jurisdicción⁴⁸⁷. Sin una información clara, se corre el riesgo de desincentivar a las empresas a que se autodenuncien⁴⁸⁸.

La evolución de este proceso de coordinación de resoluciones entre países pasa también por la mejora de la reglamentación interna. La Ordenanza Normativa Interministerial n.º 36/2022, emitida por la CGU y la AGU para reglar los criterios de reducción de la multa aplicada en los acuerdos de lenidad, podría formar parte de esta estructuración. La citada norma establece criterios como iniciativa de autodenuncia, grado de colaboración y condiciones relevantes para orientar la reducción de la multa. Sin embargo, la norma deja margen para la cuantía de las reducciones a aplicar, así como subjetividad en algunos criterios⁴⁸⁹.

Una modificación de la Ordenanza o una regulación podrían establecer parámetros, por ejemplo, que consideraran si la persona jurídica coopera o no con autoridades extranjeras. Si los actos ilícitos reconocidos por la empresa también son punibles por otro país y esa empresa también coopera voluntariamente con autoridades

⁴⁸⁵ WEISS (2009:505) explicando acerca de la existencia de coordinación entre autoridades, aunque sin acuerdos formales, pero nos es claro que es suficiente para garantizar la aplicación de sanciones proporcionales.

⁴⁸⁶ LOW & PRELOGAR (2020:219).

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ FORMOLO (2023: 46-47).

extranjeras, desde la perspectiva de un sistema global anticorrupción, la cooperación de la empresa es más amplia que si se negara a cooperar con otras autoridades.

En la misma línea estaría la discusión sobre los montos relativos al decomiso de bienes (*dirgorgement*). El Decreto n.º 11.129/2022, en el ítem VII del art. 37, define que para celebrar un acuerdo de lenidad la persona jurídica deberá decomisar los valores correspondientes al enriquecimiento ilícito obtenido directa o indirectamente de la infracción, en los términos y en los valores definidos en la negociación.

Este trabajo no tiene la pretensión de identificar soluciones definitivas, sino quizás provocar el debate sobre el tema, apuntando caminos que pueden ser profundizados. En este contexto, un análisis jurídico del citado Decreto podría identificar la viabilidad, o no, de considerar eventuales sumas decomisadas o pagos por la empresa en otra jurisdicción. Algunos puntos podrían ser abordados en el análisis: ¿Cómo considerar la situación de Brasil, como el país en el “lado de la demanda”, ya que la víctima de los efectos del acto corrupto, en un primer análisis, sería el Estado brasileño⁴⁹⁰? ¿Considerando que se trata de un ilícito con efectos transnacionales, sería posible pensar en un concepto más amplio de Estado que no solamente el *demand-side*? Dado que pueden existir otros daños aún no identificados y que el acuerdo de lenidad no confiere una quita acerca de la obligación de reparación integral de los daños, ¿cómo considerar la situación de la propia empresa? Y en el caso de soborno sin daños al Estado, ¿existe una visión diferente?

En el ámbito del Derecho Internacional, existen dos convenciones relacionadas con el lavado de capitales que pueden apoyar este debate: la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCDOT) y el Convenio del Consejo de Europa sobre lavado de capitales, celebrado en Varsovia en 2005. En ambos instrumentos, cuando se trata de bienes confiscados, buscan priorizar la devolución del producto del delito al Estado que haya solicitado para que indemnice a las víctimas o devuelva el producto a sus legítimos propietarios⁴⁹¹. Por otro lado, ambos instrumentos también establecen que los Estados Parte pueden considerar la celebración de acuerdos para compartir el producto del delito entre los países, considerando un criterio general o apreciando las características del caso específico⁴⁹². Ambas normativas

⁴⁹⁰ *Vid.* ALMEIDA MENDONÇA (2016:68) comentando que el Estado es el acreedor del perdimiento de las ganancias ilícitas y del daño, pero que pueden existir otros lesionados. El Decreto n.º 11.129/2022 establece que el valor decomisado tiene como destinatario al entidad perjudicada o la Unión.

⁴⁹¹ Art. 12, 2 CNUDOT y Art. 25, 2 de la Convención de Varsovia de 2005.

⁴⁹² Art. 14, 3, b CNUDOT y Art. 25, 3 de la Convención de Varsovia de 2005.

establecen la posibilidad de adopción de estas medidas, siempre que sean observados el Derecho interno y los procedimientos administrativos propios de cada país. Como planteado anteriormente, las convenciones se limitan a presentar directrices amplias, sin definir una solución más objetiva sobre cómo debe realizarse el eventual reparto.

Así, en lo que se refiere a la actuación de la CGU y de la AGU en relación con los acuerdos de lenidad coordinados con los Estados Unidos, se identifican oportunidades para mejorar la difusión de información sobre los elementos relevantes que resultaron del éxito de la coordinación. Por ejemplo, cómo fue considerada la colaboración de la empresa con autoridades extranjeras a efectos de la aplicación de sanción y decomiso de activos.

A pesar de la evolución que se ha producido hasta ahora, con la emisión de un nuevo decreto y una ordenanza normativa, que han aportado más previsibilidad⁴⁹³ al procedimiento de concesión de beneficios, todavía se puede identificar la posibilidad de un mayor desarrollo en el aspecto normativo. Esto podría incluir no sólo la emisión o modificación de decretos u ordenanzas, sino también la publicación de manuales y/o directrices sobre los entendimientos adoptados en la materia, así como aclaramiento cuando de la divulgación de los acuerdos.

Con esta evolución de su estructura interna, consolidando prácticas y entendimientos podrían ser pensadas medidas para formalizar la coordinación con autoridades extranjeras, mediante acuerdos bilaterales o memorandos de entendimiento, materializando procedimientos debidamente analizados y evaluados.

A la vista de lo anterior, vemos que encontrar una metodología que permita repartir el importe del enriquecimiento ilícito obtenido por la empresa entre los países, respetando las normas internas y consagrando al mismo tiempo el principio de proporcionalidad, es un desafío a superar por países como Brasil y EE.UU., que ya cuentan con casos de resolución coordinada. Haber alcanzado casos de éxito no garantiza que los próximos también sean capaces de coordinarse y se ajusten al modelo adoptado hasta ahora.⁴⁹⁴

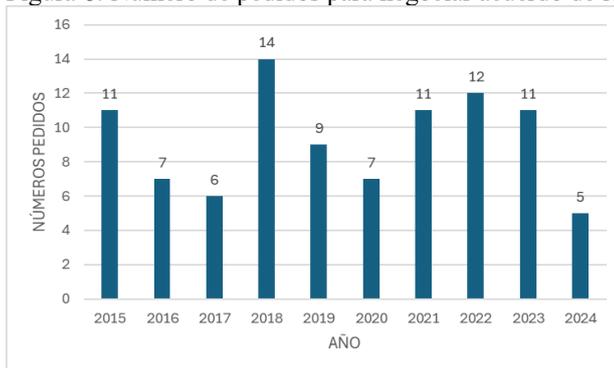
⁴⁹³ Ver document *FCPA/Anti-Corruption Developments 2022: Year in Review* (2023:34), disponible en: <https://www.steptoel.com/en/news-publications/fcpa-anti-corruption-developments-2022-year-in-review.html>. Último acceso en 12/06/2024.

⁴⁹⁴ *Vid.* BU (2022:287).

4.3 Pese a todo, resultados son animadores

Este año de 2024 la Ley Anticorrupción brasileña cumplirá 10 años de vigencia⁴⁹⁵. El primer acuerdo de lenidad firmado por la CGU y la AGU tuvo lugar en 2017. Actualmente, las instituciones han alcanzado la marca de 28 acuerdos firmados, con 22 más en negociación. Todos los años, desde 2015, las empresas han buscado a la CGU para negociar un acuerdo de lenidad, lo que demuestra solidez de la política a lo largo del tiempo⁴⁹⁶.

Figura 6: Número de pedidos para negociar acuerdo de lenidad con CGU



Fuente: Elaboración propia.

Estos números incluyen los acuerdos realizados por la CGU y la AGU en coordinación con las autoridades estadounidenses, la cual tuvo su punto central en 2019 cuando se anunció el primer acuerdo de la CGU y la AGU, con la participación del MPF, coordinado con el DOJ. Anteriormente, pese a que ya había existido alguna forma de coordinación, limitada a los acuerdos *carbon copy* de la CGU y la AGU, no habían existido casos de una divulgación simultánea.

Este proceso, que comenzó en 2019, alcanzó su punto máximo en 2022, cuando tres casos tuvieron sus resoluciones firmadas por el DOJ en coordinación con la CGU y la AGU⁴⁹⁷, consolidando esta acción conjunta, que parece ser una constante desde ese momento. Este proceso de coordinación viene evolucionando desde al menos 2016, inicialmente con el MPF, y es el resultado de esfuerzos entre las autoridades de ambos países, con el objetivo de sancionar al mismo tiempo a las empresas involucradas en casos

⁴⁹⁵ La Ley n.º 12.846 fue editada en 1º de agosto de 2023, estableciendo en el art. 31 que la norma entraría en vigor 180 después de la publicación.

⁴⁹⁶ Datos consultados en la página de la CGU en 27/06/2024.

⁴⁹⁷ ABASCAL, DOMINGUEZ, SAWYER & NOVAES. (2023:407).

de corrupción, permitiendo una mejor armonización de los montos de las multas y decomisos de activos, así como de los compromisos de integridad⁴⁹⁸.

En los seis acuerdos coordinados entre la CGU y la AGU con el DOJ es posible identificar en los comunicados de prensa del Departamento de Justicia de EE.UU. referencias a los créditos concedidos a las empresas como resultado de la coordinación lograda por la persona jurídica:

Tabla 13: Divulgación DOJ mencionando crédito en virtud de acuerdo coordinados con CGU y AGU.

Nombre empresa	Fecha divulgación	Observaciones acerca del crédito informadas por el DOJ
Technip Brasil e Flexibras	25/06/2019	<i>The United States will credit the amount the company pays to the Brazilian authorities under their respective agreements, with TechnipFMC paying Brazil approximately \$214 million in penalties⁴⁹⁹</i>
Samsung Heavy Industries	22/02/2021	<i>...the remaining 50 percent (\$37,740,800) of which will either be paid to Brazilian authorities pursuant to agreements between Samsung Heavy Industries and the Controladoria-Geral da União (CGU), Advogado-Geral da União (AGU) and Ministério Público Federal (MPF)...⁵⁰⁰</i>
Amec Foster Wheeler	25/06/2021	<i>...will credit up to 25% (\$4,593,750) of the criminal penalty owed to the United States to payments the Company makes pursuant to the resolution with the United Kingdom's Serious Fraud Office, and up to 33% (\$6,125,000) of the criminal penalty owed to the United States to payments the Company makes pursuant to the resolution with Brazilian authorities.⁵⁰¹</i>
Stericycle	20/02/2022	<i>...credit up to one-third of the criminal penalty against fines the company pays to authorities in Brazil in related proceedings, including an amount of approximately \$9.3 million to resolve investigations by the Controladoria-Geral da União (CGU) and the Advocacia-Geral de União (Attorney General's Office) in Brazil.⁵⁰²</i>
Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A.	15/09/2022	<i>...to credit up to \$1.7 million of that criminal penalty against an approximately \$3.4 million fine the company has agreed to pay to authorities in Brazil in connection with related proceedings to resolve an investigation by the Controladoria-Geral da União (CGU) and the Advocacia-Geral de União (Attorney General's Office).⁵⁰³</i>

⁴⁹⁸ KAHN (2018) y *vid.* RIBEIRO DE OLIVEIRA (2020).

⁴⁹⁹ En <https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁰⁰ En <https://www.justice.gov/opa/pr/samsung-heavy-industries-company-ltd-agrees-pay-75-million-global-penalties-resolve-foreign>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁰¹ En <https://www.justice.gov/opa/pr/amec-foster-wheeler-energy-limited-agrees-pay-over-18-million-resolve-charges-related-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁰² En <https://www.justice.gov/opa/pr/stericycle-agrees-pay-over-84-million-coordinated-foreign-bribery-resolution>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁰³ En <https://www.justice.gov/opa/pr/gol-linhas-reas-inteligentes-sa-will-pay-over-41-million-resolution-foreign-bribery>. Último acceso en 12/06/2024.

UOP LLC	19/12/2022	<i>...to credit up to approximately \$39.6 million of that criminal penalty against amounts the company has agreed to pay to authorities in Brazil in connection with related proceedings to resolve an investigation by the Controladoria-Geral da União (CGU), the Ministério Público Federal (MPF), and the Advocacia-Geral de União (Attorney General's Office)⁵⁰⁴.</i>
---------	------------	--

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados en la página del DOJ.

Los acuerdos mencionados, celebrados a lo largo de los últimos años, denotan una estabilidad en la capacidad de las instituciones — brasileñas y norteamericanas — para lograr la coordinación de resoluciones con el objetivo de armonizar sanciones.

A pesar del aumento de casos coordinados entre las autoridades de EE.UU. y otros países en los últimos años, Brasil forma parte del grupo de países que han alcanzado la capacidad de investigar y responsabilizar a las empresas implicadas en casos de corrupción, incluso a través de mecanismos de justicia colaborativa, lo que resuelta en fortalecer el principio de proporcionalidad en la aplicación del Derecho sancionador.

Ambas jurisdicciones analizadas poseen normativas y orientaciones que consagran el principio de la proporcionalidad en sus acuerdos.

En el caso de EE.UU., la Política de Coordinación de Resoluciones Corporativas (política anti pilling on”) ha consagrado la práctica de otorgar créditos, ya adoptada en resoluciones coordinadas entre el DOJ y las autoridades extranjeras.

Por el lado brasileño, diversas normativas establecen la necesidad de observar el principio de proporcionalidad. Tal medida puede ser identificada incluso en un caso interno de corrupción, en el que la CGU y la AGU reconocieron valores ya pagados por la empresa en un acuerdo con autoridades de un Estado en Brasil y, al tratarse de los mismos hechos ilícitos, no cobraron valores adicionales⁵⁰⁵. Sin embargo, pese a las

⁵⁰⁴ En <https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil>. Último acceso en 12/06/2024.

⁵⁰⁵ *Vid.* el anexo III del acuerdo firmado entre CGU y AGU con la empresa Neoway en que registra las compensaciones de valores en virtud de acuerdo previo firmado por la empresa con otras autoridades. Documento disponible en: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-firmados/Anexo_3042635_Anexo_III_assinado.pdf. Último acceso en 12/06/2024.

normativas u orientaciones⁵⁰⁶ y los textos de los propios instrumentos negociales⁵⁰⁷, no se identificó, por lo menos de modo claro, la concesión de beneficios similares en casos coordinados con autoridades extranjeras.

Aunque no se identificaron casos coordinados en 2023 con la participación de la CGU y de la AGU, la inclusión de Brasil como uno de los países más citados en las recientes investigaciones en curso relacionadas con la FCPA indica la posibilidad de que surjan nuevas coordinaciones en un futuro próximo⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ La respuesta proporcionada en la sección de Preguntas Frecuentes de la CGU sobre la posibilidad de negociar al mismo tiempo con otras instituciones, incluidas las autoridades extranjeras, parece indicar que es posible hacerlo. Sin embargo, hay una observación importante que destaca la posibilidad de que no haya consenso para una negociación coordinada. En tal caso, el acuerdo celebrado con la CGU y la AGU considerará los montos acordados con otras autoridades, con el objetivo de evitar una doble sanción a la persona jurídica colaboradora. Sin embargo, la respuesta no es completamente clara. Información disponible en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/perguntas-frequentes>.

⁵⁰⁷ Considerando el acuerdo celebrado con la empresa UOP LLC hay mención a la coordinación con DOJ y SEC (cláusulas 2.1.3 y 8.2). Sin embargo, en el texto del acuerdo o en sus anexos publicados no identificamos otros elementos que permitan identificar como esa coordinación es considerada en términos de proporcionalidad de los valores pecuniarios tratados en el acuerdo. El texto del acuerdo y sus anexos están disponibles en: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>.

⁵⁰⁸ Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse. 2023 FCPA Year in Review. Disponible en: <https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2022-fcpa-year-in-review.pdf>. (p

5. Conclusiones

PRIMERA. Las convenciones internacionales que tratan sobre el soborno transfronterizo, además de establecer la necesidad de que los países signatarios definan la responsabilidad de las personas jurídicas en sus ordenamientos jurídicos internos, reconocen los mecanismos de justicia negociada para fijar sanciones a las empresas a cambio de su colaboración.

Ese sustrato normativo aunque no esté previsto exegéticamente en los textos iniciales de los convenios, puede ser identificado a partir de un análisis del propio desarrollo de cada instrumento durante el proceso de seguimiento de implementación de las convenciones en cada país miembro.

SEGUNDA. Las convenciones internacionales que tratan del combate al soborno transfronterizo en el ámbito global, pese a que presenten una especial preocupación con la superposición de sanciones en más de una jurisdicción, no ofrecen una estructura clara y objetiva para evitarla o mitigarla a niveles proporcionados de sanción.

TERCERA. El marco normativo, en el cual están incorporadas las actividades de resoluciones y acuerdos de lenidad en Estados Unidos y Brasil para responsabilizar a las empresas, acoge la posibilidad de coordinación entre las autoridades extranjeras competentes con la finalidad de promover una sanción más proporcionada para ser aplicada contra las empresas que colaboran con las jurisdicciones.

CUARTA. La práctica de coordinación entre las autoridades brasileñas y norteamericanas es una realidad materializada en acuerdos y resoluciones firmados con las empresas que colaboraron con ambos países, los cuales han sido divulgados por las instituciones involucradas en la resolución global.

El modelo identificado en los acuerdos de lenidad y resoluciones coordinados, entre la CGU y la AGU con las autoridades estadounidenses, es aquel en el que el DOJ y/o la SEC conceden créditos de los valores debidos por las empresas en sus procedimientos, para que ellas puedan utilizarlos para pagar las sanciones pecuniarias definidas en los acuerdos de lenidad. No se identificó otro modelo de coordinación, como la renuncia (*declination*) para actuar en el caso.

QUINTA. El modelo identificado que establece el crédito de valores se demostró como suficiente en algunos casos para evitar integralmente la sobreposición de las aplicadas por las autoridades brasileñas y norteamericanas. En otras situaciones esa

capacidad fue apenas parcial. Sin embargo, no hay elementos suficientes disponibles para concluir acerca de los motivos para no se alcanzar un resultado más integrativo.

SEXTA. En la base normativa y los casos concretos divulgados por las instituciones, se identifica una oportunidad de mejora en la divulgación de los criterios adoptados para la integración de las sanciones aplicadas en ambas las jurisdicciones, de modo que se permita una mejor predictibilidad por parte de las empresas que decidan colaborar con las investigaciones.

Si por un lado ya existe manual y comunicados de prensa por parte de las autoridades norteamericanas que indican límites para adopción de prácticas para integración de las sanciones, por el lado brasileño todavía no se identifica, por lo menos de manera pública, el mismo nivel de procedimiento.

SÉPTIMA. Existen diferencias entre la LAC y la FCPA que pueden limitar la coordinación entre las instituciones:

- (i) el acuerdo de lenidad de la LAC exige valores mínimos que deben ser exigidos de la persona jurídica: el valor de multa mínima para ser aplicada y el valor de daño incontrovertible, que debe constar del acuerdo si existente;
- (ii) la LAC tipifica otros ilícitos como corrupción y no solamente al soborno transfronterizo, lo que puede resultar que un acuerdo de lenidad con Brasil contenga una situación fáctica distinta que una resolución con EE.UU., reflejando en los valores que serán consignados en cada instrumento;
- (iii) la FCPA posee una jurisdicción más amplia que la LAC, lo que puede generar resoluciones que involucren a otros países que no solamente sea Brasil, lo que también se podría reflejar en valores distintos;
- (iv) el acuerdo de lenidad puede ser negociado y firmado por diversas autoridades brasileñas, es decir, pueden existir acuerdos de lenidad en los ámbitos municipal y estatal, lo que puede aumentar la complejidad para negociar una resolución global.

OCTAVA. Las normativas identificadas evidencian la necesidad de que las personas jurídicas colaboren en momento oportuno con las autoridades, estando previstas sanciones para el caso de que esa colaboración no ocurra de modo celer. Además, la colaboración amplia y con todas las autoridades competentes se ha demostrado más viable para fortalecer la armonización de los instrumentos sancionadores coordinados. Eso

resulta en una responsabilidad para la empresa adoptar medidas diligentes para mantener una colaboración con las autoridades competentes en Estados Unidos y Brasil.

NOVENA. La colaboración corporativa demanda incentivos por parte del Estado, que en general están relacionados con la mitigación de penas. Este fomento a la cooperación debe establecer definiciones y límites claros que permitan disponer de un procedimiento con razonable certidumbre y predictibilidad. En este sentido, el camino que presenta más transparencia acerca de las metodologías que deben ser aplicadas en un caso de coordinación entre las autoridades extranjeras es positivo para atraer la colaboración empresarial, en especial aquellas de autodenuncia.

Sin embargo, no se identifica como mejor solución, por lo menos de momento, aquella que adopte un mecanismo que sea impositivo y global, tal y como ha sido propuesto por parte de la doctrina especializada. Una herramienta que fuera aplicable a todos los países y, al mismo tiempo, estableciera los procedimientos necesarios para definir la metodología parece no ser alcanzable en un plazo razonable.

Así, un camino de relaciones bilaterales, a partir de una evolución de estructuras domésticas, con la consolidación de prácticas y entendimientos aplicados entre países, parece ser una solución más viable. De ser posible, permitiría, paulatinamente, alcanzar medidas de formalización de la coordinación entre autoridades extranjeras, como acuerdos bilaterales o memorandos de entendimiento.

6. Bibliografía

ABASCAL, M. A., DOMÍNGUEZ, D.J., SAWYER, K. A. & NOVAES, L.F. (2023). *The Journal of Federal Agency Action*, vol. 1, n. 5, pp. 403–413. Full Court Press. ISSN 2834-8796 (print)/ISSN 2834-8818 (online).

ALEXANDER, C. & COHEN, M. (2015). “The evolution of corporate criminal settlements: An empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements”. *The American criminal law review*, vol. 52, pp. 537-593.

ALMEIDA MENDONÇA, A. L. (2016) “Los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos corruptos”. *Revista da AGU*, vol. 15, n. 04, pp. 65-88.

ARES GONZÁLEZ, B. (2020). “El contenido del compliance penal en España según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. & RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (eds.). *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, pp. 33-57. Valencia: Tirant lo Blanch.

ATHAYDE, A. (2019). *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Ed. Fórum.

BACIGALUPO, S. & LIZCANO, A. J. (2013). “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción”. Madrid: Programa EUROsociAL, Serie: Análisis, Área. Institucionalidad democrática.

BEASLEY, M. (2015). “Dysfunctional equivalence: why the OECD Antibribery Convention provides insufficient guidance in the era of multinational corporations”. *George Washington International Law Review*, vol 47, pp. 191-231.

BLANCO CORDERO, I. (2020). “Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in idem*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22-16, pp. 1-47. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc/22-16.pdf>.

BOUTROS, A.S. & FUNK, T. M. (2012) "'Carbon Copy" Prosecutions: A Growing Anticorruption Phenomenon in a Shrinking World". *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2012, article 12. Disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2012/iss1/12>.

BU, Q. (2022). "Multijurisdictional Prosecution of Multinational Corporations: Double Jeopardy vis-à-vis Sovereign Rights in the Globalized Anti-bribery Regime." *International Annals of Criminology*, vol. 60, pp. 269–295. <https://doi.org/10.1017/cri.2022.18>

BULOVSKY, A. (2019). "Promoting Predictability in Business: Solutions for Overlapping Liability in International Anti-Corruption Enforcement". *Michigan Journal of International Law*, vol. 40, pp. 549-578. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol40/iss3/8>.

BUSSEN, T.J. (2015). "Midnight in the garden of *ne bis in idem*. The new urgency for an international enforcement mechanism". *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, vol. 23, pp. 485-517.

CHRISTENSEN, H. B., MAFFETT, M. G. & RAUTER, T. (2021). "Policeman for the World: The Impact of Extraterritorial FCPA Enforcement on Foreign Investment and Internal Controls". Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.33492720>

COLOMBET, A.M. (2020). "Transnational Negotiated Justice: the Cornerstone of an Organized Extraterritoriality? " *Dans RED*, vol. 1, issue 1, pp. 117 - 123. Éditions Groupe d'études géopolitiques. Disponible en <https://www.cairn-int.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>.

CULLEN, J.C. (2007a). "Article 3. Sanctions". En: PIETH, M. et al: *The OECD convention on bribery: a commentary: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997*. 1st published. Cambridge; Cambridge University Press, pp. 207-266.

CULLEN, J.C. (2007b). "Article 5. Enforcement". En: PIETH, M. et al: *The OECD convention on bribery: a commentary: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business*

Transactions of 21 November 1997. 1st published. Cambridge; Cambridge University Press, pp. 289-331.

DAVIS, F.T. (2016). “International double jeopardy: U.S. prosecutions and the developing law in Europe”. *American University International Law Review*, vol. 31:1, pp. 57-101.

DE MATTOS PIMENTA, R. (2020). *A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção*. [libro electrónico]. São Paulo: Ed. Blucher.

DI PIETRO, M.S.Z. (2021). “Comentários ao art. 19”. En: DI PIETRO, M.S.Z. y MARRARA, T. (Coord.): *Lei Anticorrupção comentada*. 3ª ed. [libro electrónico]. Belo Horizonte: Fórum, pp. 251-259.

FEELEY, M.J. (2022). “Beyond “Equity”: The Continued Search for Guiding Principles of Transnational Anti-Corruption Investigations”. *University of Bologna Law Review*, vol. 7, issue 2. Disponible en: <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/v7-n2-2022>.

FERREIRA FILHO, M. G. (1991). “A Corrupção como fenômeno social e político”. *Revista Direito Administrativo*. 185, 1–18. <https://doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.

FRIDRICZEWSKI, V. & RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2023). *En busca de Estrategias 260 Anticorrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.

FRIDRICZEWSKI, V. & RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2024). “Repressão à corrupção no Brasil: Dificuldades e desafios na utilização de novas ferramentas”. Valencia: Tirant lo Blanch.

FORMOLO, R. (2023). “Naturaleza jurídica del decomiso en el ordenamiento jurídico brasileño 12.846/2013 – Crítica al régimen actual”. Universidad de Salamanca (Trabajo de Máster).

GAMBETTA, D. (2002). “Corruption: An Analytical Map”. En: Kotkin, S. y Sajó, A. *Political Corruption in transition. A Skeptic’s Handbook*. Budapest, Hungary: Central European University Press, pp. 33-57.

GISBERT, R.B. (2012). “Corrupción política y derecho”. En: DE LA TORRE, I.B.G. & BECHARA, A.E.L.S. *Estudios sobre la corrupción, Una reflexión Hispano Brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, Salamanca.

GLYNN, P., KOBRIN, J. K. & NAÍM, M. (1997). “The Globalization of Corruption”. En: ELLIOTT, K.A. *Corruption and the global economy*. Washington, DC: Institute for International Economics. ISBN 0-88132-233-4, pp. 7-27.

HARARI, M. & BERTHOD, A.V.J. (2007). “Article 9,10 and 11. International Co-operation”. En: PIETH, M. et al. *The OECD convention on bribery: a commentary : a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997*. 1st published. Cambridge ; pp. 406-444. Cambridge University Press.

HEIDENHEIMER, A.J.& JOHNSTON, M. (2002). *Political Corruption. Concepts & Contexts*. (3ª ed.). [libro electrónico]. New Brunswick: Transaction Publishers.

HEIDENHEIMER, A.J. & MOROFF, H. (2002): “Controlling Business Payoffs to Foreign Officials: The 1998 OECD Anti-Bribery Convention”. En: HEIDENHEIMER, A.J. & JOHNSTON, M.: *Political Corruption. Concepts & Contexts*. (3ª ed.). [libro electrónico]. New Brunswick: Transaction Publishers.

HEINEN, J. (2015). *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013*. [libro electrónico]. Belo Horizonte: Fórum.

HOLTMEIER, J. (2015). “Cross-Border Corruption Enforcement: A Case for Measured Coordination Among Multiple Enforcement Authorities”. *Fordham Law Review*, vol. 84, pp. 493-523. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol84/iss2/7>.

KAHN, D. (2018). “Responding to the Upward Trend of Multijurisdictional Cases: Problems and Solutions”. *Journal of Federal Law and Practice. Department of Justice*. vol. 66, n. 5, pp.125-138.

KATZAROVA, E. & ANSART, J. (2021). “The Americanization of international anti-corruption. The influence of the FCPA on the OAS and OECD conventions”. En:

BISMUTH, R., DUNIN-WASOWICZ, J. & NICHOLS, P.M. *The Transnationalization of Anti-Corruption Law*. First published 2021. London: Routledge, Taylor & Francis Group, pp. 31-63. ISBN 9780367853013.

KLITGAARD, R. E. (1994). *A corrupção sob controle*; traducción: Octavio Alves Velho, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

KOCHI, S. (2002). “Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la teoría de las relaciones internacionales”. *América Latina Hoy*. vol. 31, pp. 95-113.

KOEHLER, M. (2015). “Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement”. *University of California, Davis*, vol. 49, pp. 497-565.

LINS, R.R. (2021). *Consensualidade e o Enfrentamento à Corrupção. Análise empírica dos acordos de leniência na prevenção e repressão de atos corruptivos à luz da Lei nº 12.846/2013*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

LOW, L.A., CONTE, C.R., BENITEZ, B., WYSONG, W., BURNEY, A. & KLOCKE, J. (2020). *Top Ten Changes to the DOJ/SEC FCPA Resource Guide*. Disponible en: <https://www.steptoelaw.com/en/news-publications/top-ten-changes-to-the-dojsec-fcpa-resource-guide.html>.

LOW, L.A. & PROLOGAR, B. (2020). “Incentives for self-reporting and cooperation”. En: SØREIDE, T. y MAKINWA, A.: *Negotiated settlements in bribery cases: a principled approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. ISBN 978-1-78897-040-2.

MACHADO DE SOUZA, R. (2020). *La colaboración de personas jurídicas en casos de Corrupción: El Sistema Brasileño de La Ley 12.846/2013*. Salamanca, (Tesis Doctoral).

MACHADO DE SOUZA, R. & RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (2022) *Justicia negociada y personas jurídicas: la modernización de los sistemas penales en clave norteamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MAKINWA, A. (2020). “Public/Private co-operation in anti-bribery enforcement: non-trial resolution as a solution?”. En: SØREIDE, T. y MAKINWA, A.: *Negotiated settlements in bribery cases : a principled approach*. Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing. ISBN 978-1-78897-040-2.

MANKIW, N. G., RABASCO, E., & TOHARIA, L. (2004). *Principios de economía*. 3a. ed. Madrid: McGraw-Hill.

MARRARA, T. (2021). “Comentários ao art. 16”. En: DI PIETRO, M.S.Z. & MARRARA, T. (Coord.): *Lei Anticorrupção comentada*. 3ª ed. [libro electrónico]. Belo Horizonte: Fórum, pp. 193-235.

MÖHRENSCHLAGER, M. (1999). “Developments on the International Level”. En: *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. ESER, A, HEINE, G. & HUBER, B. (eds.). Freiburg im Breisgau : Ed. Iuscrim, pp. 89-103.

MOTTA, F. & ANYFANTIS, S. N. (2021). “Comentários ao art. 28”. En: DI PIETRO, M.S.Z. y MARRARA, T.: *Lei Anticorrupção comentada*. 3ª ed. [libro electrónico]. Belo Horizonte: Fórum, pp. 317-322.

NICHOLLS, C. (2017) *Corruption and misuse of public office*. 3rd. ed. New York: Oxford.

NYE, J.S. (1967) “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”. En: HEIDENHEIMER, A. J. & JOHNSTON, M. (ed.) (2009): *Political corruption: concepts & contexts*. 3rd ed. [libro electrónico]. New Brunswick: Transaction Publishers.

ODED, S. (2020a). “The DOJ’s Anti-Piling On Policy: time to reflect?”. En: SØREIDE, T. & MAKINWA, A. (eds.). En: *Negotiated settlements in bribery cases : a principled approach*. Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, pp.228-258.

ODED, S. (2020b). “Multi-Jurisdictional Anti-Corruption Enforcement: Time for a Global Approach”. *Journal of Law and Policy*, vol. 28, issue 2. Disponible en: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol28/iss2/3>.

PÉREZ CEPEDA, A.I. & BENITO SÁNCHEZ, D. (2013). “La política criminal internacional contra la corrupción”. En: DE LA TORRE, I. B. G. & BECHARA, A. E.L.S. En: *Estudios sobre la corrupción, Una reflexión Hispano Brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, Salamanca.

PIETH, M. et al. (2007) *The OECD convention on bribery: a commentary: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997*. 1st published. Cambridge : University Press.

PIETH, M. (2007a). “Article 2. The Responsibility of Legal Persons”. En: PIETH, M. et al. *The OECD convention on bribery: a commentary: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997*. 1st published. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 173-206.

PIETH, M. (2007b). “Article 4. Jurisdiction”. En: PIETH, M. et al. *The OECD convention on bribery: a commentary: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997*. 1st published. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 267-288.

QUIRÓS, D. Z. (2023). “Estudio sobre el impacto de la ley nro. 27.401 de responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisprudencia”. *Instituto de Estudios en Derecho Penal Económico y Delitos de Cuello Blanco, Universidad de Palermo, Argentina*. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/nummus/investigaciones/pdf/Aplicacion-ley-27401-Informe-final.pdf>.

RAMINA, L. (2009). “A Convenção Interamericana contra a corrupção: uma breve análise”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil, v.6, Brasil.

RIBEIRO DE OLIVEIRA, M. (2020). Negociação e acordos de leniência com múltiplas autoridades: perspectivas brasileira e americana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65, pp. 291 – 319.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (1997) *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. & MACHADO DE SOUZA, R. (2021). “La Justicia Negociada en el sistema penal de Estados Unidos: mitos y realidades”. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 55, Iustel.

RODRIGUEZ-LOPEZ, F. (2016). “Conflictos entre proporcionalidad y eficacia en el Derecho sancionador”. En MÉNDEZ REATEGUI, Rubén (ed.). *Derecho, enfoques y métodos: una retrospectiva*. Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, pp. 149-167. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/309764580_Conflictos_entre_proporcionalidad_y_eficacia_en_el_Derecho_sancionador.

ROMANOFF, R. (2020). “Da restituição de lucros indevidos em caso de corrupção: fundamentos legais para adoção de disgorgement como ferramenta para recuperação de ativos”. En: *Publicações da Escola da AGU*, vol 12, n.º 3, pp. 60-78.

ROSE-ACKERMANN, S. & PALIFKA, B.J. (2020). “Corrupção e Governo: causas, consequências e reforma”; traducción Eduardo Lessa. [libro electrónico]. Rio de Janeiro: FGV Editora.

RYNGAERT, C. & HAIJER, F. (2019). “Article 42: Jurisdiction”. En: ROSE, C., KUBICIEL, M., LANDWEHR, O. & KUBICIEL, M. En: *The United Nations convention against corruption : a commentary*. 1st ed. New York: Oxford University Press. ISBN 978-0-19-880395-9.

SIMÃO, V.M. & VIANNA, M.P. (2017). *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas* [libro electrónico]. São Paulo: Trevisan Editora.

SØREIDE, T. & MAKINWA, A. (2020).”Introduction”. En: SØREIDE, T. y MAKINWA, A: *Negotiated settlements in bribery cases : a principled approach*. Cheltenham, UK ; Edward Elgar Publishing. ISBN 978-1-78897-040-2.

VAN ALSTINE, M. P. (2012). “Treaty Double Jeopardy: The OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA”. *Ohio State Law Journal*, 73, pp. 1321-1352.

VERVAELE, J.A.E. (2014). “*Ne bis in ídem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona: InDret.

VOGL, F. (2016) *Waging war on corruption : inside the movement fighting the abuse of power*. 1st. pbk. ed. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.

WATANABE SILVA, B. (2023). Acordo de leniência anticorrupção e a destinação de valores recuperados: um mecanismo de reparação de direitos dos lesados por atos de corrupção?. Universidade de Brasília, Faculdade de Derecho (Trabajo de Máster).

WEISS, D. C. (2009). “The Foreign Corrupt Practices Act, Sec Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, pp. 471-514. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss2/4>.

WEISS, D. (2020) "Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act against Foreign Issuers: Helping or Hindering the Global Anti-Bribery and Anti-Corruption Movement?". *Journal of International Business and Law*, vol. 20: iss. 1, article 3. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/jibl/vol20/iss1/3>.

ZIMMERMANN, F. (2019). “Article 49: Joint Investigations”. En: ROSE, C., KUBICIEL, M., LANDWEHR, O. & KUBICIEL, M.: *The United Nations convention against corruption : a commentary*. 1st ed. New York: Oxford University Press. ISBN 978-0-19-880395-9.

WEBGRAFÍA

BRASIL. Controladoria Geral da União (2022). Manual de Responsabilización de Entes Privados. [Manual CGU] disponible en: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/68182/5/Manual_de_Responsabiliza_%c3%a7%c3%a3o_de_Entes_Privados_abril_2022_Corrigido.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2021). “Informativo de Jurisprudência de 2021 organizado por ramos do Direito”. 9ª Edição, disponible em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosedireito/informativo_ramos_2021.pdf.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO N.º 69/2023 – TCU - Plenário, disponible en: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/processo/1658820193>.

ESTADOS UNIDOS. “U.S. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT” (2020). [Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los EE.UU.]. 2ª Edición. Traducción en Español (2023). División Penal del Departamento de Justicia de los EE.UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.UU. [Guía FCPA] disponible en: [https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1576996/dl? inline](https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/file/1576996/dl?inline).

FCPA/ANTI-CORRUPTION DEVELOPMENTS 2022: YEAR IN REVIEW (2023:34), disponible en: <https://www.steptoec.com/en/news-publications/fcpa-anti-corruption-developments-2022-year-in-review.html>.

NACIONES UNIDAS. (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OCDE (2000). “Policy Brief -The fight against bribery and corruption”. Septiembre/2000. Disponible en: <https://www.oecd.org/governance/ethics/1918235.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS.OECD (2014). “OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials”. Paris: OECD Publishing. Disponible en: [https:// doi. org /10.1787/ 9789264226616-en](https://doi.org/10.1787/9789264226616-en).

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS.OECD (2016). “The Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report”. Disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Liability-Legal-Persons -Foreign-Bribery-Stocktaking.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OECD (2019). “Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery

Convention”. www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS OECD (2022). *Working Group on Bribery in International Business Transactions: 2022 Annual Report*. Paris: OECD Publishing. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/working-group-on-bribery-2022-annual-report.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. OECD (2023). “Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions , OECD/LEGAL/0378”. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>.

STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse. 2023 FCPA Year in Review. Disponible en: <https://fcpa.stanford.edu/fcpac-reports/2022-fcpa-year-in-review.pdf>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2009). “The Anti-Corruption Plain Language Guide”. Disponible en: <https://www.transparency.org/>.

WORLD BANK GROUP & CONACI - CONSEJO NACIONAL DE CONTROLE INTERNO (2022). Diagnóstico Nacional do Controle Interno. Uma avaliação do nível de estruturação das Unidades Centrais de Controle Interno do Poder Executivo dos Municípios Brasileiros baseada no COSO I e IA-CM. Disponible en: <https://conaci.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Digital-Diagnostico-Nacional-do-Controle-Interno.pdf>.

Anexo 1

Casos de DOJ identificados y considerados en las figuras 1 y 2 y en la tabla 5. Los casos fueron identificados en el sitio <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. En el campo “Enforcement Actions” >> “Corporate Enforcement Actions”, seleccionando por los años indicados. Últimos accesos en 01/07/2024.

Año	Caso	Acceso
2013	Archer Daniels Midland Company & Alfred C. Toepfer International	https://www.justice.gov/opa/pr/adm-subsiary-pleads-guilty-conspiracy-violate-foreign-corrupt-practices-act
2013	Bilfinger SE	https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/case/united-states-v-bilfinger-se-court-docket-number-413-cr-745
2013	Diebold Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/diebold-incorporated-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-252
2013	Parker Drilling Company	https://www.justice.gov/opa/pr/parker-drilling-company-resolves-fcpa-investigation-and-agrees-pay-1176-million-penalty
2013	Ralph Lauren Corporation	https://www.justice.gov/opa/pr/ralph-lauren-corporation-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay
2013	Total S.A.	https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/06/12/2013-05-29-total-press-release-final.pdf
2013	Weatherford International Limited & Weatherford Services	https://www.justice.gov/opa/pr/three-subsiaries-weatherford-international-limited-agree-plead-guilty-fcpa-and-export
2014	Alcoa World Alumina	https://www.justice.gov/opa/pr/alcoa-world-alumina-agrees-plead-guilty-foreign-bribery-and-pay-223-million-fines-and
2014	Alstom S.A.	https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery
2014	Avon Products Inc. & Avon Products Co. Ltd.	https://www.justice.gov/opa/pr/avon-china-pleads-guilty-violating-fcpa-concealing-more-8-million-gifts-chinese-officials
2014	Bio-Rad Laboratories, Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/bio-rad-laboratories-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1435

2014	Dallas Airmotive Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/dallas-airmotive-inc-admits-foreign-corrupt-practices-act-violations-and-agrees-pay-14
2014	ZAO Hewlett-Packard A.O. & Hewlett-Packard Polska, Sp. Z o.o. & Hewlett-Packard Mexico, S. de R.L. de C.V.	https://www.justice.gov/opa/pr/hewlett-packard-russia-agrees-plead-guilty-foreign-bribery
2014	Marubeni Corporation	https://www.justice.gov/opa/pr/marubeni-corporation-agrees-plead-guilty-foreign-bribery-charges-and-pay-88-million-fine
2015	IAP Worldwide Services Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/iap-worldwide-services-inc-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation
2015	Louis Berger International Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/louis-berger-international-resolves-foreign-bribery-charges
2016	BK Medical ApS	https://www.justice.gov/opa/pr/analogic-subsiadiary-agrees-pay-more-14-million-resolve-foreign-bribery-charges
2016	Braskem S.A. *	https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve
2016	Embraer S.A.	https://www.justice.gov/opa/pr/embraer-agrees-pay-more-107-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-charges
2016	General Cable Corporation	https://www.justice.gov/opa/pr/general-cable-corporation-agrees-pay-20-million-penalty-foreign-bribery-schemes-asia-and
2016	JPMorgan Limited APAC	https://www.justice.gov/opa/pr/jpmorgan-s-investment-bank-hong-kong-agrees-pay-72-million-penalty-corrupt-hiring-scheme
2016	LATAM Airlines Group S.A.	https://www.justice.gov/opa/pr/latam-airlines-group-resolves-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and-agrees-pay-1275
2016	Och-Ziff Capital Management Group LLC & OZ Africa Management GP LLC	https://www.justice.gov/opa/pr/och-ziff-capital-management-admits-role-africa-bribery-conspiracies-and-agrees-pay-213
2016	Odebrecht S.A. *	https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve
2016	Olympus Corp. of the Americas	https://www.justice.gov/opa/pr/medical-equipment-company-will-pay-646-million-making-illegal-payments-doctors-and-hospitals

2016	Parametric Technology	https://www.justice.gov/opa/pr/ptc-inc-subsiidiaries-agree-pay-more-14-million-resolve-foreign-bribery-charges
2016	Rolls-Royce plc *	https://www.justice.gov/opa/pr/rolls-royce-plc-agrees-pay-170-million-criminal-penalty-resolve-foreign-corrupt-practices-act
2016	Teva Pharmaceutical Industries Ltd. & Teva LLC	https://www.justice.gov/opa/pr/teva-pharmaceutical-industries-ltd-agrees-pay-more-283-million-resolve-foreign-corrupt
2016	VimpelCom Limited *	https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million
2017	JERDS Luxembourg Holding S.á.r.l. & Zimmer Biomet Holdings Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/zimmer-biomet-holdings-inc-agrees-pay-174-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act
2017	Keppel Offshore & Marine Ltd. & Keppel Offshore & Marine USA Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/keppel-offshore-marine-ltd-and-us-based-subsiidiary-agree-pay-422-million-global-penalties
2017	Las Vegas Sands Corp.	https://www.justice.gov/opa/pr/las-vegas-sands-corporation-agrees-pay-nearly-7-million-penalty-resolve-fcpa-charges-related
2017	SBM Offshore N.V. & SBM Offshore USA Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsiidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case
2017	Sociedad Química y Minera de Chile	https://www.justice.gov/opa/pr/chilean-chemicals-and-mining-company-agrees-pay-more-15-million-resolve-foreign-corrupt
2017	Telia Company AB *	https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsiidiary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965
2018	Credit Suisse Limited	https://www.justice.gov/opa/pr/credit-suisse-s-investment-bank-hong-kong-agrees-pay-47-million-criminal-penalty-corrupt
2018	Legg Mason Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/legg-mason-inc-agrees-pay-64-million-criminal-penalties-and-disgorgement-resolve-fcpa-charges
2018	Panasonic Avionics Corporation	https://www.justice.gov/opa/pr/panasonic-avionics-corporation-agrees-pay-137-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act
2018	Petróleo Brasileiro S.A. *	https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations

2018	Société Générale S.A. & SGA Société Générale Acceptance N.V. *	https://www.justice.gov/opa/pr/soci-t-g-n-rale-sa-agrees-pay-860-million-criminal-penalties-bribing-gaddafi-era-libyan
2018	Transport Logistics International Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/transport-logistics-international-inc-agrees-pay-2-million-penalty-resolve-foreign-bribery
2019	Telefonaktiebolaget LM Ericsson & Ericsson Egypt Ltd	https://www.justice.gov/opa/pr/ericsson-agrees-pay-over-1-billion-resolve-fcpa-case
2019	Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA	https://www.justice.gov/opa/pr/fresenius-medical-care-agrees-pay-231-million-criminal-penalties-and-disgorgement-resolve
2019	Mobile TeleSystems PJSC & Kolorit Dizayn Ink LLC	https://www.justice.gov/opa/pr/mobile-telesystems-pjsc-and-its-uzbek-subsiary-enter-resolutions-850-million-department
2019	Microsoft Magyarország Számítástechnikai Szolgáltató és Kereskedelmi Kft.	https://www.justice.gov/opa/pr/hungary-subsiary-microsoft-corporation-agrees-pay-87-million-criminal-penalties-resolve
2019	Samsung Heavy Industries Company Limited *	https://www.justice.gov/opa/pr/samsung-heavy-industries-company-ltd-agrees-pay-75-million-global-penalties-resolve-foreign
2019	TechnipFMC plc & Technip USA, Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/technipfmc-plc-and-us-based-subsiary-agree-pay-over-296-million-global-penalties-resolve
2019	Walmart Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/walmart-inc-and-brazil-based-subsiary-agree-pay-137-million-resolve-foreign-corrupt
2020	Airbus SE *	https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case
2020	Novartis Hellas S.A.C.I./ Alcon Pte Ltd	https://www.justice.gov/opa/pr/novartis-hellas-saci-and-alcon-pte-ltd-agree-pay-over-233-million-combined-resolve-criminal
2020	Beam Suntory Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/beam-suntory-inc-agrees-pay-over-19-million-resolve-criminal-foreign-bribery-case
2020	Deutsche Bank Aktiengesellschaft	https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-agrees-pay-over-130-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-and-fraud
2020	Goldman Sachs Group Inc. & Goldman Sachs Sdn. Bhd. *	https://www.justice.gov/opa/pr/goldman-sachs-charged-foreign-bribery-case-and-agrees-pay-over-29-billion

2020	Herbalife Nutrition Ltd.	https://www.justice.gov/opa/pr/herbalife-nutrition-ltd-agrees-pay-over-122-million-resolve-fcpa-case
2020	J&F Investimentos SA *	https://www.justice.gov/opa/pr/jf-investimentos-sa-pleads-guilty-and-agrees-pay-over-256-million-resolve-criminal-foreign
2020	Sargeant Marine Inc	https://www.justice.gov/opa/pr/sargeant-marine-inc-pleads-guilty-and-agrees-pay-166-million-resolve-charges-related-foreign
2020	Vitol Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/vitol-inc-agrees-pay-over-135-million-resolve-foreign-bribery-case
2021	Credit Suisse Group AG & 'Credit Suisse Securities *	https://www.justice.gov/opa/pr/credit-suisse-resolves-fraudulent-mozambique-loan-case-547-million-coordinated-global
2021	Amec Foster Wheeler Energy Limited *	https://www.justice.gov/opa/pr/amec-foster-wheeler-energy-limited-agrees-pay-over-18-million-resolve-charges-related-bribery
2022	Glencore International AG & Glencore Ltd. *	https://www.justice.gov/opa/pr/glencore-entered-guilty-pleas-foreign-bribery-and-market-manipulation-schemes
2022	ABB Ltd & ABB Management Services Ltd. & ABB South Africa (Pty) Ltd. *	https://www.justice.gov/opa/pr/abb-agrees-pay-over-315-million-resolve-coordinated-global-foreign-bribery-case
2022	GOL Linhas Aéreas Inteligentes SA *	https://www.justice.gov/opa/pr/gol-linhas-reas-inteligentes-sa-will-pay-over-41-million-resolution-foreign-bribery
2022	Stericycle Inc. *	https://www.justice.gov/opa/pr/stericycle-agrees-pay-over-84-million-coordinated-foreign-bribery-resolution
2022	UOP/Honeywell *	https://www.justice.gov/opa/pr/honeywell-uop-pay-over-160-million-resolve-foreign-bribery-investigations-us-and-brazil
2023	Albemarle Corporation	https://www.justice.gov/opa/pr/albemarle-pay-over-218m-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation
2023	Freepoint Commodities LLC *	https://www.justice.gov/opa/pr/commodities-trading-company-agrees-pay-over-98m-resolve-foreign-bribery-case
2023	Latin Node Inc.	https://www.justice.gov/opa/pr/latin-node-inc-pleads-guilty-foreign-corrupt-practices-act-violation-and-agrees-pay-2-million
2023	Tysers Insurance Brokers Limited and H.W. Wood Limited	https://www.justice.gov/opa/pr/british-reinsurance-brokers-resolve-bribery-investigations

* Casos en que fue identificado que DOJ realizó créditos de valores para pagamentos en acuerdos o procesos de la empresa con autoridades extranjeras.