

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEI S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

Penal

Julio 2019



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 44

Sumario

Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* 199

Sistemas penales comparados: Criminal compliance 214

Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa

Paula Andrea Ramírez Barbosa

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

Ficha técnica

Autor: Paula Andrea Ramírez Barbosa

Title: The American criminal system and the negotiated institutes of justice: special emphasis on corporate criminality

Adscripción institucional: Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, Premio Extraordinario de Doctorado, Master en Estudios políticos y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal de la misma Universidad. Profesora de las Universidades Externado y Católica de Colombia. Becaria en estudios Anti-Corrupción de la Academia Internacional para el Cumplimiento de la Ley del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Sumario: 1. La justicia penal norteamericana y las investigaciones de los crímenes corporativos: características generales. 2. Reflexiones sobre la justicia premial en Estados Unidos. 3. Tipos de preacuerdos en la justicia penal de los Estados Unidos. 4. Otras salidas jurídicas que prevé el sistema judicial penal norteamericano. 5. Los principios de investigación y judicialización penal federal en los Estados Unidos. 6. Reflexión final. 7. Bibliografía.

Summary: 1. North American criminal justice and investigations of corporate crimes: general characteristics. 2. Reflections on the premial justice in the United States. 3. Types of pre-agreements in the criminal justice system of the United States. 4. Other legal remedies provided by the American criminal justice system. 5. The principles of federal criminal investigation and prosecution in the United States. 6. Final reflection. 7. Bibliography.

Resumen: La justicia penal norteamericana se estructura procesalmente en el sistema penal acusatorio en el que tiene especial relevancia los institutos de la justicia premial o negociada. Este sistema se caracteriza por la amplia discrecionalidad de los fiscales del Departamento de Justicia para resolver los casos penales, quienes se encuentran sujetos a límites legales, principios y criterios objetivos orientadores de su función. En el crimen corporativo figuras como los preacuerdos, acuerdos de judicialización, acuerdos de judicialización diferida y de no judicialización, son instrumentos de práctica recurrente en el abordaje penal de estos delitos con la terminación anticipada del proceso. Además de lo anterior, se precisa el análisis de los efectos económicos y sociales del delito, la afectación de los derechos de los víctimas, reparación integral, delación y la colaboración eficaz con la justicia, entre otros.

Palabras clave: Justicia penal, preacuerdos, acuerdos de no judicialización, acuerdos de judicialización diferida, judicialización, principios, discrecionalidad, criminalidad corporativa, fiscales, Departamento de Justicia.

Abstract: United States criminal Justice it is structured procedurally in the accusatory criminal system in which the institutes of the premial or negotiated justice have special relevance. This system is characterized by the broad discretion of the prosecutors of the Department of Justice to solve criminal cases, who are subject to legal limits, principles and objective criteria that guide their function. In the corporate crime figures such as pre-agreements, judicialization agreements, deferred judicialization and non-judicialization agreements, are instruments of recurrent practice in the criminal approach of these crimes with the early termination of the process. In addition to the above, the analysis of the economic and social effects of crime, the involvement of victims' rights, integral reparation, delation and effective collaboration with justice, among others, is needed.

Key words: Criminal justice, pre-agreements, non-judicialization agreements, deferred judicialization agreements, judicialization, principles, discretion, corporate criminality, prosecutors, Department of Justice.

Rec: 10/04/2019 **Fav:** 16/05/2019

1. La justicia penal norteamericana y las investigaciones de los crímenes corporativos: características generales

La criminalidad corporativa suele ser compleja, dinámica y transnacional, involucra entre otros aspectos, la diversidad de nacionalidades de los autores y partícipes del delito, la utilización de medios informáticos y canales de comunicación internacional, la participación de intermediarios, el pago, promesa u ofrecimiento de dadas o beneficios económicos, la afectación al orden económico y social del Estado, entre otros. Se trata de crímenes cometidos en desarrollo del objeto social de la empresa, donde reviste especial importancia la aplicación y alcance del principio de extraterritorialidad, tal y como sucede con el soborno transnacional, el lavado de activos, fraudes contables y financieros, por mencionar algunos¹.

Emerge entonces, como reflexión inicial, cual es el rol de la justicia norteamericana respecto a los delitos cometidos en el extranjero por sujetos de diferentes nacionales que resultan objeto de investigación y persecución en los Estados Unidos². Cuales son los presupuestos normativos que facultan la excepción al principio de la territorialidad de la ley penal y los criterios que lo desarrollan.

La cuestión central es determinar el alcance del principio de extraterritorialidad en los delitos corporativos y cuales son sus principales enfoques para determinar la aplicación del principio clásico de la territorialidad de la ley penal. En este sentido, surge como criterio orientador principal constatar si la empresa implicada, cotiza en una de las tres principales bolsas e valores de Estados Unidos. La primera de ellas, es la New York Stock Exchange, la segunda, es la América Stock Exchange y la tercera es Nasdaq, se trata de las tres bolsas

de valores donde se negocian las acciones de las empresa a gran escala, las cuales no tienen que ver con el Gobierno de los Estados Unidos y están altamente reguladas. Por tanto, esta es la primera base de jurisdicción, determinar si la empresa está cotizada en el sistema de bolsa de valores³.

El segundo criterio para determinar la base de jurisdicción, es analizar y constatar si la empresa tiene como responsabilidad y obligación corporativa, mantener un registro de contaduría interna respecto a sus gastos y movimientos, los cuales deben reportarse a la Security Exchange Comisión⁴. Existe una relación simbiótica entre el primer factor y el segundo, puesto que normalmente en estos delitos los pagos de sobornos o fraudes no quedan reportados, por tanto, se suelen falsificar los reportes de contaduría. Constituyéndose así un falso reporte a la Security Exchange Comisión, es decir, a la comisión de intercambio de intereses y acciones financieras., como órgano regulador del mercado de acciones que tiene una función de protección al consumidor y al orden económico del país⁵.

En la actualidad, los movimientos financieros, bursátiles y del mercado de valores, demuestran que diariamente se intercambian millones de acciones por minuto con márgenes milimétricos que pueden suponer millones de dólares en ganancias o pérdidas. Es decir, que el impacto de los movimientos financieros es a gran escala y también, lo que se busca es la vigencia de un sistema regulado a través de la SEC⁶. En el cual, en un periodo de tiempo determinado cada empresa profiera un informe preciso y detallado a los inversionistas, sobre los hechos materiales existentes en la empresa, los cuales a su vez, pueden afectar los movimientos económicos de alto impacto⁷.

En consecuencia, si está saliendo dinero de la empresa para sobornos o fraudes, está información no se

1 Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: 'Compliance', Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht", en *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI*, ed. Temis, Bogotá. pp. 3 y ss.

2 BIXBY, M. (2010), "The Lion Awakens. The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010", 12 San Diego Int'l L.J. 89. pp. 92 y ss.

3 TRAUTMANT, L., y ALTENBAUMER-PRICETT, K. (2011), "The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors", Va. L & Bus. Rev. 145, pp. 150 y ss. También, Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act (2012).

4 FELD, K. (2013), "Controlling the Prosecution of Bribery: Applying Corporate Law Principles to define a Foreign Official", in the Foreign Corrupt Practices Act", 88, Wash. L. Rev. 245. Pp. 245 y ss.

5 Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: 'Compliance', Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht", *op. cit.*, p. 9.

6 Los emisores estadounidenses y extranjeros, así como los ciudadanos estadounidenses, nacionales, residentes y entidades con sede en los Estados Unidos, están sujetos a la jurisdicción de la FCPA si usan los correos o cualquier medio o instrumento del comercio interestatal, en apoyo de "una ofensa de soborno extranjera proscrita. 15 USC §§ 78dd-1 (a), 78dd-2 (a). Por tanto, el sobornos debe tener un nexo con el territorio de los Estados Unidos.

7 Según la FCPA, la Securities Exchange Commission y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos tienen jurisdicción, si las entidades extranjeras, además de los emisores y las personas también están sujetas a la jurisdicción extraterritorial, si recurren al soborno, a través del uso de los correos o cualquier medio o instrumento del comercio interestatal, "o si" cometen cualquier otro acto en apoyo de un "pago corrupto", mientras se encuentre en el territorio de los Estados Unidos. " *Id.* § 78dd-3 (a). Vid. https://www.americanbar.org/publications/international_law_news/2013/winter/should_fcpa_territorial_jurisdiction_reach_extraterritorial_proportions.html

contiene en los registros de información tradicional. Así, se oculta información relevante para la SEC y los ciudadanos. Lo cual abre la posibilidad de jurisdicción por la comisión de los crímenes corporativos⁸.

Podría considerarse además, un tercer factor como base de jurisdicción del principio de extraterritorialidad, el cual, esta vinculado con los nexos de la empresa con los Estados Unidos o el uso del sistema financiero en ese país. Por tanto, si una empresa satisface alguno de los factores anteriormente indicados, tendrá suficientes nexos con los Estados Unidos para que se le confiera la competencia por extraterritorialidad. Lo cual no es un tema a decidir a priori, puesto que es un asunto que se litiga en el proceso penal o en el regulatorio, que suele activar la defensa.

En lo regulatorio la gran mayoría de estos casos proceden en dos vías, de una parte, la acción penal que es dirigida por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y en particular, por los fiscales federales dentro de la división penal y la otra, la del ámbito regulatorio, donde participan activamente los abogados de la SEC⁹.

Las acciones penales concretas que se prevén para sancionar el crimen del soborno transnacional en los Estados Unidos, comprenden el pago de multas por la persona jurídica, la imposición de restricciones e habilidades, las sanciones corporativas como la pena de muerte de la empresa, lo cual, se hace efectivo a través de la pérdida de licencia de la empresa¹⁰. Particularmente, desde la expedición del memorando Yates existe una tendencia para proceder simultáneamente contra las personas naturales como directivos, ejecutivos, miembros activos de la corporación que han perpetuado el soborno transicional y también contra la corporación¹¹.

El Departamento de Justicia en su actividad de persecución del delito, puede encontrar violaciones de la FCPA y la comisión de conductas corporativas ilícitas paralelas que incluyen violaciones al Derecho Penal Federal, como lo son los delitos de fraude electrónico, fraude bancario, lavado de activos, evasión de impuestos e inclusive, el crimen de conspiración para come-

ter estos delitos y crímenes de obstrucción a la justicia para encubrir esta clase de conductas delictivas. Los cuales, además pueden incluir falsedades en informes y declaraciones, obstrucción a procesos regulatorios o penales.

En el ámbito regulatorio que funciona de forma paralela al proceso penal, respecto al crimen corporativo las sanciones son civiles y administrativas en su naturaleza. Esencialmente, se trata de sanciones económicas como multas, suspensiones, y mandatos judiciales, como solicitarle civilmente y administrativamente a una Corte Federal que ordene a la empresa un hacer o no actuar respectivamente¹².

En este contexto, resulta relevante reflexionar acerca del interés de los Estados Unidos, para proteger su sistema económico y social a través de medidas de diversa naturaleza como la regulatoria y penal. Sobre el particular, existen tres razones principales: la primera, es la concepción americana del mercado libre, que esencialmente plantea un modelo económico en el que la calidad de los productos y servicios, junto a la competencia real de los precios, son las fuerzas naturales que prevalecen y no otros factores artificiales que crean una inequidad en el sistema¹³. Ello significa, que no resulta justificable que la empresa que recurre a los sobornos o al delito sea la ganadora, en este sentido, no puede premiarse a quien viola la ley.

La segunda reflexión, está relacionada con el hecho que el crimen corporativo y particularmente, el soborno a nivel internacional, y especialmente en mercados emergentes e inclusive democracias frágiles, implica un mayor debilitamiento de la democracia en estos países. Pues desarrolla un ámbito que fomenta la corrupción y que incide en el Estado de Derecho. Lo cual, se refleja en la idea equivocada que para participar activamente en el mercado económico y de competencia se debe que pagar ilícitamente o recurrir al soborno o al fraude. Lo cual, va en contravía de los valores americanos más profundos como la democracia y la equidad¹⁴.

8 Los emisores basados en los Estados Unidos, así como los ciudadanos estadounidenses, nacionales, residentes y entidades con sede en los EE. UU. Están sujetos a jurisdicción por pagos corruptos o actos en cumplimiento de dichos pagos, cometidos en cualquier parte del mundo. Lo cual, se relaciona con el principio de personalidad activa del autor o partícipes del delito. Vid. https://www.americanbar.org/publications/international_law_news/2013/winter/should_fcpa_territorial_jurisdiction_reach_extraterritorial_proportions.html

9 <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

10 BONSTEAD, CH (2014), "Removing the FCPA Facilitation Payments Exceptions: Enforcement tolos for a cleaner business as usual", 36 Hous. J. Int'l L. 503. También Crim. Div., U.S. Dep't of Justice & Enforcement Div., U.S. Sec. & Exch. Comm., FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (2012), available at <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide>

11 <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>

12 Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "Responsabilidad Penal Corporativa y *Compliance*. Un nuevo marco regulatorio de ética, Gobernanza y control de los riesgos en las empresas". En revista Paradigma, Brasil, 2018. pp. 3 y ss.

13 Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: 'Compliance', Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht", *op. cit.*, pp. 4 y ss.

14 http://virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/Lippitt_Book_0.pdf

En tercer lugar, ha emergido en las últimas dos décadas desde 2001, con los atentados terroristas en Estados Unidos, la idea relacionada con el soborno y la afectación de la seguridad ciudadana. Lo anterior, específicamente en las industrias de alto riesgo, donde podrían llegarse a desarrollar sobornos con un oficial de aduanas, hasta sucesos más graves como el ingreso de un arma de destrucción masiva, o desde las falsificaciones de visas, hasta la posibilidad de incluir falsedades que beneficien a grupos terroristas, entre otros ejemplos¹⁵.

2. Reflexiones sobre la justicia premial en Estados Unidos

En los Estados Unidos la mayoría de casos del Derecho Penal terminan con salidas alternativas, las cuales, se relacionan con la terminación penal anticipada y son conocidas como un campo emergente, denominado justicia premial o negociada. En las dos últimas décadas, esta forma de justicia ha tenido un desarrollo robusto, dadas las limitaciones de investigar, judicializar y traer penas sancionatorias a todos los casos. Así por ejemplo, en el sistema penal federal de los Estados Unidos, sólo aproximadamente el 5 por ciento de los casos imputados pueden ir a juicio, esto se explica por varios factores incluyendo la contundencia de la evidencia en ciertos casos, pero también, en la capacidad real del sistema penal para procesarlos¹⁶.

La justicia premial históricamente ha sido una herramienta eficiente en generar justicia material, tanto para castigar el crimen tradicional como recientemente en la persecución de la delincuencia compleja, organizada y transnacional.

En ese orden de ideas, plantaremos a continuación las características principales de la justicia negociada en el sistema de justicia de los Estados Unidos:

1. En la justicia premial el Estado a través de su ente investigativo y de persecución penal, desarrolla como factores principales los siguientes:

- a. La conservación de recursos: si un acusado preacuerda esto significa economía procesal en el caso y más recursos para investigar y castigar otros casos.
 - b. Certeza: por las complejidades de un juicio cualquier cosa puede pasar, particularmente en un sistema que contiene jurados, el preacuerdo garantiza una solución efectiva frente al delito¹⁷.
 - c. Cooperación: la justicia negociada beneficia a los cooperadores y a través de esa cooperación se llega a las verdaderas fuentes de la conducta delictiva. Esto es particularmente importante, cuando se investiga el delito sistemático u organizado, ya se trate de una red de narcotráfico o de una organización empresarial que esté delinquiendo.
2. La justicia premial también plantea beneficios concretos para el acusado, pues éste adquiere:
- a. Reducción de exposición sancionatoria: esta es la motivación primordial de la mayoría de los acusados, es decir, que la posible sentencia que un juez federal pueda imponer sobre el acusado, ya sea persona natural o jurídica se disminuya¹⁸.
 - b. Certeza: como cualquier cosa puede pasar en un juicio, celebrar un preacuerdo le garantiza una decisión pronta y concreta¹⁹.
 - c. Beneficios jurídicos para los delatores y seguridad para los testigos: resulta clave en el proceso de negociación de un preacuerdo, la verificación de las ganancias mutuas tanto para el Estado como para el acusado²⁰. En este análisis existen varias preguntas principales que guían el proceso de negociación: 1. Puede todo acusado tener una oferta de un preacuerdo, la respuesta desarrollada a través de la jurisprudencia de Estados Unidos en los últimos 40 años ha sido que no. Puesto que un acusado no tiene un derecho general de adquirir un preacuerdo, pese a ello, la decisión no está completamente expuesta a la discrecionalidad de un fiscal federal, ya que existen normas internas

15 VARDI NATHAN (2012) "the FCPA Fiasco: Pressure Tactics in Corruption Cases Back-firing, Forbes, <http://www.forbes.com/sites/nathanvardi/2012/01/17/the-fcpa-fiasco>.

16 <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/types-cases/criminal-cases>.

17 En el sistema judicial penal de los Estados Unidos, se afirma que un caso nunca se va a ver tan potente como el día en que se imputan cargos "indictment" frente al gran jurado, que es el cuerpo acusador integrado normalmente por una docena y media de ciudadanos.

18 En los Estados Unidos, los beneficios se confieren a través de la negociación de acuerdos de declaración de culpabilidad por los cuales el acusado está obligado a declararse culpable y proporcionar una cooperación plena y continua. A cambio, el Fiscal se compromete a hacer una recomendación de sentencia específica para el tribunal la adopte, lo cual significa un beneficio concreto respecto a la sanción tradicional.

19 Ver Principios de la Fiscalía Federal, Manual del Fiscal de EE. UU. § 9-27.420, disponible en http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrm.htm#9-27.420.

20 Ver Gary R. Spratling, negociando las aguas de los procesamientos del cártel internacional: Políticas de la División Antimonopolio relativas a los acuerdos de declaración de culpabilidad en casos internacionales. Discurso ante la Sección de Justicia Criminal de ABA Décimo Tercer Instituto Nacional Anual sobre Crímenes de Cuello Blanco (4 de marzo de 1999), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2275.htm>.

del Departamento de Justicia que guían esta discrecionalidad²¹.

Por ejemplo un Fiscal Federal debe evaluar y medir conjuntamente factores como la seriedad de la ofensa, la garantía de cumplimiento frente a los intereses de las víctimas, la probabilidad de éxito si se procede a juicio, el poder disuasivo de una sentencia ejemplarizante y los intereses colaterales. Dentro de este último, se valora cual sería el efecto para los empleados de una empresa, si dicha corporación tuviese que sostener pérdidas económicas importantes o cesar sus operaciones.

d. Finalmente, el manejo de los recursos investigativos y de judicialización efectiva, que se reducen tratándose de una negociación a través de un preacuerdo²².

La segunda pregunta principal que emerge del análisis de la aplicación de la justicia negociada, es si el acusado puede ayudar a la justicia, en ese contexto, se requiere evaluar el potencial de cooperación de cada acusado. Para llegar a una respuesta concreta, el fiscal federal normalmente explora esta posibilidad antes de ofrecer un preacuerdo, lo cual, se realiza a través de entrevistas profundas con declaraciones que requieren total veracidad, *so pena* de perder los beneficios. Normalmente, estas declaraciones son inmunes, en cuanto lo que allí se diga no podrá ser utilizados contra el procesado. Las cuales además, incluyen extensiva corroboración de la información aportada y objeto de la negociación. Finalmente los términos que se utilicen en el preacuerdo son memorializados, escritos y firmados

por el acusado, tener claridad sobre el origen y efectos de la negociación²³.

En el sistema judicial de los Estados Unidos, existen varios factores éticos y reglamentarios para los fiscales que estén desarrollando un preacuerdo, entre ellos un trato honesto con los acusados, es decir que la discusión franca, transparente, la cual, siempre prevalece sobre amenazas o intimidaciones. Además de ello, el no hacer promesas informales a fuera del registro o colaterales, o predicciones que no estén preacordadas por escrito²⁴.

Además de lo anterior, identificar o resolver la mayoría de los factores posibles que puedan afectar la sanción condenatoria que surgen del preacuerdo, por ejemplo el papel del acusado en el delito, fue o no un líder. Otro ejemplo, si usó o no medios sofisticados para desarrollar el crimen y el compromiso de la fiscalía de no buscar factores que incrementen la sentencia²⁵.

Se requiere además, mantener la identidad secreta de los testigos y cooperadores. También, debe aplicarse la ley de contratos, que rige sobre preacuerdos, es decir los principios de los contratos como un negocio jurídico²⁶. Estos son: a) la declaración de voluntad libre, consciente y autónoma; b) el objeto lícito que recaiga sobre asuntos permitidos por el ordenamiento jurídico; c) la causa respecto a la función inmediata y objetiva de la negociación. e) la forma que implica la solemnidad en atención a las partes que participan y las exigencias previstas en las normas que regulan el caso.

21 El beneficio principal que reciben el fiscal y el acusado a través de acuerdos de culpabilidad se deriva del compromiso del demandado de continuar la cooperación con la investigación. Después de que la primera compañía o individuo se declare culpable, hay un impulso ganado en una investigación. Otros miembros de la organización pueden iniciar negociaciones de culpabilidad con el personal de la División penal del Departamento de justicia.

22 Las empresas que cooperan, pueden tener beneficios importantes de acuerdo al valor de su cooperación, que incluye: (1) reducir el alcance de la conducta acusada o el comercio afectado utilizado para calcular el rango de multas de las directrices de la compañía; (2) limitar el alcance de la conducta cargada contra la compañía o el monto del comercio atribuido a la compañía; (3) obtener un descuento de cooperación sustancial; (4) obtener un trato más favorable para los ejecutivos culpables; y (5) posiblemente sea elegible para Amnistía Plus o una consideración de amnistía afirmativa. Para los individuos, los beneficios de la cooperación temprana son bastante simples la oportunidad de evitar una larga sentencia de prisión. En <http://www.usdoj.gov/atrcases.html>.

23 Los acuerdos de declaración de culpabilidad contienen una enunciación de los derechos y garantías procesales otorgados a los procesados. Estos derechos incluyen: el derecho a ser acusado formalmente; el derecho a declararse inocente; el derecho a un juicio por jurado (donde el acusado puede interrogar a los testigos); el derecho contra la autoincriminación; y el derecho a apelar una condena y sentencia. En la audiencia de declaración de culpabilidad, el tribunal establecerá que el acusado comprende estos derechos y los ha renunciado a sabiendas, voluntariamente y con el consejo del abogado antes de aceptar el acuerdo de declaración de culpabilidad.

24 Normalmente un acuerdo de culpabilidad se efectúa antes de la acusación y el procesado renunciará a la acusación de un gran jurado y se declarará culpable de una información que la División presentará ante el tribunal antes de que éste lo acepte. A diferencia de los acuerdos civiles, que pueden resolverse sin una admisión de irregularidades, la División no celebrará un acuerdo de culpabilidad para resolver un caso penal si el acusado se niega a admitir la participación en la conducta acusada.

25 El término "negociación de culpabilidad", puede conllevar una connotación negativa, al considerarse que quien comete un delito y acepta su responsabilidad recibe un tratamiento penal privilegiado. No obstante, en el sistema norteamericano se considera que estos institutos benefician al Estado, los procesados que cooperan, al sistema judicial, a las víctimas que resultan reparadas y a la sociedad, también posibilitan la cooperación temprana y la aceptación de la responsabilidades reales.

26 Vid. Guilty Pleas (2003) 91 Geo. LJ 362, n. 1239.

3. Tipos de preacuerdos en la justicia penal de los Estados Unidos

En el ámbito de la justicia premial o negociada, existen diferentes clases de preacuerdos. Entre ellos están:

1. Acuerdo de negociación o acuerdo de cooperación: este es conocido como la mejor opción si el acusado se allana a todos los cargos, el acuerdo es el resultado de una parte, de extensivas entrevistas y de otra, de la corroboración de la información, lo cual, trae como resultado una rebaja equivalente a la cooperación²⁷.

2. Acuerdo sin cooperación: en el cual, lo que se obtiene por parte de la fiscalía es el allanamiento a los cargos y para el procesado, la certeza de una sentencia pronta.

3. Acuerdo para una condena específica de pena concreta: el cual esta consagrado en el Código Penal Federal, bajo esta clase de acuerdo el juez tiene que aceptar o rechazar el preacuerdo, no puede desviarse de la sentencia que se ha acordado. No es aconsejable usar esta clase de acuerdos con cooperadores, porque disminuye su credibilidad como testigo en el juicio, donde va a testificar contra otros y donde se podrá poner en duda su credibilidad²⁸.

4. Preacuerdos que estén conectados: bajo esta modalidad el preacuerdo de cada acusado es contingente sobre todos los acusados y su aceptación similar por parte de la Fiscalía. Sobre esta modalidad existe escrutinio judicial cercano para determinar si son coercitivos²⁹.

5. Preacuerdos globales: en los cuales el acusado resuelve múltiples casos que han surgido en distintos distritos judiciales federales³⁰.

En cada preacuerdo pueden existir cláusulas particulares, como el rechazo al derecho de apelación por parte del acusado, una negociación sobre la inmunidad por ciertos delitos delatados. Lo cual, normalmente se encuentra limitado a las ofensas no violentas, seguridad de los testigos, extinción de dominio y restitución a las víctimas entre otros³¹.

Normalmente, un preacuerdo tiene y requiere una declaración en la que el acusado reconoce los hechos esenciales de su conducta delictiva. Un factor que influye en lo anterior, está determinado por la política

interna del Departamento de Justicia, en la cual, se precisa que el acusado debe allanarse al cargo de la ofensa más seria que se pueda comprobar de acuerdo a la observancia de la ley y con la evidencia disponible. En este contexto, no se puede allanar a cargos inferiores, esta política fue diseñada para responsabilizar completamente a los acusados basados en la evidencia que esté disponible de los hechos más graves³².

En resumen, el Departamento de Justicia en sus "Principios de Judicialización Federal"³³, requiere que en la determinación para desarrollar un preacuerdo con el acusado, el fiscal federal deba valorar todas las consideraciones relevantes, incluyendo: 1. La disponibilidad del acusado a cooperar en la investigación y judicialización de otros. 2. Los antecedentes penales del acusado. 3. La naturaleza y seriedad de la ofensa imputada. 4. El remordimiento del acusado y su disponibilidad en asumir responsabilidad por su conducta. 5. El deseo de desarrollar un fin o salida ágil y con certeza del caso. 6. La probabilidad de obtener una condena si se procede al juicio. 7. El impacto sobre los testigos. 8. La condena probable si el acusado es condenado. 9. El interés público respecto que el caso proceda o no a juicio, en lugar de que se termine a través de un preacuerdo. 10. Los gastos que el juicio y la apelación suponen. 11. La necesidad de evitar mora en la disposición de otros casos pendientes de mayor trascendencia. 12. Los intereses de las víctimas incluyendo su derecho a la reparación³³.

4. Otras salidas jurídicas que prevé el sistema judicial penal norteamericano

El sistema de justicia federal de los Estados Unidos, prevé otras salidas jurídicas en el marco del proceso penal distintas a los preacuerdos, a continuación nos referiremos algunas de las más relevantes:

Primero: la declinación de cargos, a través de la discrecionalidad otorgada a los fiscales federales.

Segundo: una resolución del caso penal que se encuentra en un preacuerdo y que típicamente incluye cooperación, como ya se ha discutido.

Tercero: los acuerdos de no judicialización y de judicialización diferida. Finalmente, cuando el acusado y el

27 Vid. https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No92/No92_05VE_Strang1.pdf.

28 Véase por ejemplo en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/plea-and-cooperation-agreement-0>

29 Vid. https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html.

30 En los Estados Unidos existen 50 Estado y 94 distritos judiciales federales.

31 Las políticas del Departamento de Justicia a través de acuerdos con declaración de culpabilidad, implica para los fiscales federales perseguir el delito más grave y fácilmente demostrable. Ver Principios de la Fiscalía Federal, Manual del Fiscal de EE. UU. § 9-27.420, disponible en http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcr.htm#9-27.420.

32 Vid. https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html.

33 Ver Principios de la Fiscalía Federal, Manual del Fiscal de EE. UU. § 9-27.420, disponible en http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcr.htm#9-27.420.

Departamento de Justicia no pueden llegar a una salida negociada, el caso típicamente debe proceder a juicio³⁴.

El Departamento de Justicia Estadounidense, puede acordar por ejemplo para resolver casos penales bajo la violación de la Ley Contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero conocida por sus siglas como FCPA, proceder contra empresas o individuos a través de una declinación. La cual, en su esencia es el ejercicio pleno de las facultades de investigación o judicialización que el Fiscal General de los Estados Unidos le confiere a cada fiscal federal, entre ellas, la discreción de no proceder penalmente, contra una empresa o un individuo³⁵.

Lo anterior, bajo el marco de una discrecionalidad reglada, tal y como lo anuncian los Principios de Investigación y Judicialización de las empresas, ya que existen múltiples factores para analizar respecto al caso en concreto, para determinar si se debe proceder judicialmente o se debe declinar. Por tanto, el balance entre la decisión de imputar o declinar, se funda en la existencia de medios probatorios existentes que puedan ser recibidos como evidencia en un eventual juicio, por tanto éste, es uno de los factores más potentes al momento de tomar la decisión por parte del Fiscal³⁶.

La decisión del Departamento de Justicia de imputar o declinar cargos del delito, es hecha conforme a los Principios de Judicialización Federal, en el caso de individuos y de Judicialización Federal de las empresas en el caso de personas jurídicas³⁷.

Históricamente, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha declinado casos penales en los cuales, algunas de las siguientes circunstancias estaban presentes: 1. La corporación de forma voluntaria y

completa, reveló su falta de conducta. 2. Los directivos voluntariamente acordaron ser entrevistados por el Departamento de Justicia, proveyeron información veraz y completa acerca de su conducta. 3. Una empresa matriz desarrolló la debida diligencia extensiva antes de su adquisición de filiales, cuya conducta era delictiva y después de dicha adquisición tomó esfuerzos importantes para mitigar dicha conducta. 4. Una empresa proveyó información acerca de sus políticas de cumplimiento, los controles efectivos a sus procesos fueron satisfactorias para el Departamento de Justicia. 5. Sólo un empleado estaba involucrado en los sobornos que hizo a nombre de la empresa. 6. Los sobornos involucrados fueron mínimos comparados a las ganancias de la empresa. 7. Una empresa acordó someterse a una sanción civil por el regulador del Security Exchange Commission (SEC), a la misma vez, se demostró que una declinación penal era apropiada³⁸.

En la última década en el contexto corporativo, también ha surgido el desarrollo de dos salidas del proceso penal de considerable importancia, estas son, los acuerdos de no judicialización y los acuerdos judicialización diferida. En el primer caso, después de una investigación una empresa presenta suficientes hechos a través de una investigación interna para convencer al Departamento de justicia para que después de cierto tiempo no judicialice el caso. No obstante, ya que existen indicios fuertes del delito, normalmente se sanciona a la empresa a través de multas y un programa de cumplimiento interno, hecho a la medida de la industria en que reposa la organización y monitoreado por agencias de justicia o monitores nombrados por el Departamento de Justi-

34 Para una discusión detallada de los beneficios disponibles para los primeros cooperantes, *vea a* Scott D. Hammond, *Cómo medir el valor de la cooperación de segundo en la negociación de motivos corporativos*. Discurso de la 54 Reunión anual de primavera de la Sección ABA de la Ley Antimonopolio (29 de marzo de 2006), *disponible en* <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215514.pdf>.

35 Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: 'Compliance', Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht", *op. cit.*, pp. 4 y ss.

36 Las políticas del Departamento de Justicia relacionadas con las decisiones de imposición y las recomendaciones de sentencia aseguran que los acuerdos de declaración de culpabilidad celebrados por los fiscales federales no negocien la justicia y den como resultado disposiciones transparentes, proporcionales y justas. Las políticas del Departamento de Justicia requieren que los fiscales federales acusen y persigan los delitos o infracciones más graves y fácilmente demostrables respaldados por los hechos del caso. *Ver el* memorándum del fiscal general John Ashcroft a todos los fiscales federales, memorándum sobre la política de acusación en § (I) (A), *disponible en*, http://www.usdoj.gov/opa/pr/2003/September/03_ag_516.htm.

37 De acuerdo a estas pautas el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, ha declinado la judicialización de individuos y de empresas en numerosos casos, usando su discrecionalidad y basado en los hechos particulares, así como en las circunstancias concretas de esos casos.

38 El acuerdo del fiscal es vinculante para los Estados Unidos, el acusado puede comprometerse a rendir testimonio sobre delitos de los que tiene conocimiento. La declaración de culpabilidad tiene que hacerse frente a un juez, quien interroga al acusado en el pleno de la corte para asegurarse de que el acusado comprenda su derecho de declararse inocente y exigir un juicio; que el acusado se está declarando culpable voluntariamente; de que el acusado comprende los términos del acuerdo de declaración de culpabilidad y las consecuencias de su declaración de culpabilidad; que el acusado no se ha visto sujeto a coerción o promesas indebidas por parte del fiscal; y que la declaración de culpabilidad está basada en los hechos. Si el juez no queda convencido con las respuestas del acusado a sus preguntas, rechaza su declaración de culpabilidad. En https://www.oas.org/juridico/mla/sp/usa/sp_usa-int-desc-guide.pdf.

cia³⁹. Sobresale, que los acuerdos de no judicialización no están consagrados por las cortes federales, porque no han entrado al ámbito judicial. Ellos son aprobados y monitoreados internamente por los fiscales federales del caso. Esto sucede normalmente, en un término entre dos o tres años. Si la empresa cumple con el acuerdo durante su plazo el Departamento de Justicia típicamente no le imputará cargos penales. Esta es la misma situación que aplica para los individuos⁴⁰.

En el segundo caso se trata de la judicialización diferida, en el cual, la empresa y el Departamento de justicia acuerdan que la empresa alcanzará metas y estándares para redimir su conducta delictiva durante cierto periodo de tiempo. Normalmente dos años o más y después de ese tiempo el Departamento de Justicia, revaluara si le imputa o no cargos a la corporación. Esta última modalidad se usa cuando la conducta corporativa es mas pronunciada y sistemática⁴¹. Para alcanzar los beneficios de un acuerdo de judicialización diferida, muchas veces el Departamento de Justicia exige sanciones monetarias, multas, restitución a víctimas y penalidades económicas, como por ejemplo en materia de daños medio ambientales, una contribución importante a esfuerzos para descontaminar, adicionalmente requerimientos como un programa de cumplimiento regulatorio y de delación interna y el nombramiento de un oficial de cumplimiento a alto nivel, son características de estos acuerdos⁴².

El Departamento de Justicia de forma ocasional había acordado entrar en acuerdos de judicialización diferida con empresas, los cuales, no eran radicados con una corte federal, pero esta ya no es la política interna del Departamento de Justicia. Ahora, se radica un documento de imputación con la corte, pero simultáneamente se solicita que la judicialización sea diferida, para garantizar el propósito de permitir que la empresa demuestre su buena conducta.

Estos acuerdos, generalmente requieren que el acusado, entre otras sanciones, asuma la renuncia a la

prescripción de los términos, coopere con el Estado en otras investigaciones si fuera necesario, desarrolle un programa de cumplimiento efectivo y pague una multa, entre otros⁴³. Si la persona jurídica de forma exitosa cumple los términos del acuerdo, dentro del término de dos o tres años, el Departamento de Justicia le solicitará a la Corte que retire los cargos y por ende, el acuerdo de judicialización diferida no será tratado en el futuro como una condena para la corporación⁴⁴.

5. Los principios de investigación y judicialización penal federal en los Estados Unidos

Los Principios desarrollan la política criminal del Departamento de Justicia, aplicable a la investigación y judicialización de los casos penales individuales o donde la empresa sea un sujeto de judicialización. Aunque los Principios no están regulados en la ley, pueden tener el mismo valor coercitivo que ésta, al tratarse de las directrices sobre el uso de la discrecionalidad aplicada a las decisiones judiciales del Departamento de Justicia. En los cuales, surgen interrogantes como: se deben de imputar cargos? Cuales cargos se deben de imputar?, se debe de ofrecer un preacuerdo?, cual es la condena que se debe buscar?, estas preguntas están contenidas en estos principios.

Los principios proveen a los fiscales federales una guía de políticas y practicas encaminadas a proveer el ejercicio razonado de la autoridad judicializadora y también, contribuyen a la justa y equilibrada administración del Derecho Penal Federal Americano.

La determinación de judicializar o no, se representa a través de un juicio de valor, en el cual, se determinan los intereses fundamentales de la sociedad y la aplicación del Derecho Penal Federal, bajo ciertas circunstancias específicas y con ello un reconocimiento de las "serias violaciones" de la ley federal, que tienen que ser judicializadas y recibir su tratamiento judicial con la imposición de consecuencias penales para el acusado,

39 Vid. [https://communications.freshfields.com/files/uploads/documents/usbd/dr_briefings/New_guidance_intended_to_clarify_when_DOJ_will_decline_to_prosecute_companies_in_FCPA_cases_\[3777\]_\(1\).pdf](https://communications.freshfields.com/files/uploads/documents/usbd/dr_briefings/New_guidance_intended_to_clarify_when_DOJ_will_decline_to_prosecute_companies_in_FCPA_cases_[3777]_(1).pdf).

40 Ver Principios de la Fiscalía Federal, Manual del Fiscal de EE. UU. § 9-27.420, disponible en http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrim.htm#9-27.420.

41 Vid. <https://trac.syr.edu/tracreports/crim/406/>.

42 Típicamente un delator surge entre cinco categorías principales, entre otras: 1. La persona que ve o percibe algo ilícito en el contexto corporativo y decide delatar por razones éticas o morales. 2. La persona que teme que su conducta en cumplimiento de ordenes de gerentes o ejecutivos empresariales pueda ser base de exposición penal y decide delatar. 3. La persona que está siendo investigada por conducta ilícita y decide delatar. 4. La persona que ya ha sido imputada y como parte de su negociación en su preacuerdo delata. 5. Personas que no se encuentran en las condiciones anteriores, pero por razones emocionales y subjetivas, reaccionan a la delación como un efecto ante un tratamiento injusto que recibieron por la empresa.

43 https://www.nysba.org/Sections/Commercial_Federal_Litigation/ComFed_Display_Tabs/Reports/CRIMINALPROSECUTORIAL-DISCRETIONINTHEINSIDERTRADINGCASES_pdf.html

44 A diferencia de los acuerdos de no judicialización, los acuerdos de judicialización diferida, ya están incluidos en las previsiones de enjuiciamiento corporativo, ya que el acuerdo se celebra después de que se presente un proceso en el tribunal respectivo.

las víctimas y sus familias, aunque no se llegue finalmente a una condena⁴⁵.

Los principios han sido diseñados a través de décadas, desde la fundación del Departamento de Justicia, los cuales se han ido perfeccionando para ayudar a las labores de los fiscales federales para estructurar y desarrollar sus procesos de decisión con el uso de la discreción plena. En su mayoría los principios han sido diseñados en términos generales para proveer guía y directriz en lugar de exigir resultados, su intención es asegurar la legalidad sin reglamentación exhaustiva, como también, prevenir disparidades y desigualdades en el tratamiento de los casos. Ello no supone un sacrificio a la flexibilidad necesaria⁴⁶.

Estos principios son promulgados periódicamente por la cúpula del Departamento de Justicia, es decir, el Fiscal General o el Vicefiscal General de los Estados Unidos, y pueden modificar el Manual de Fiscales Federales, para cambiar la política criminal de investigación y judicialización en ese país⁴⁷.

A continuación se expondrán algunos de los principios más relevantes:

1. **La iniciación o la declinación de la judicialización basada en el requisito indispensable de causa probable.** Este principio tiene un amplio legado en el Derecho penal y constitucional americano, pero en su esencia el análisis está enfocado, en que dada la totalidad de las circunstancias, si es más probable que un delito haya sido cometido, que no se haya materializado⁴⁸. Esto implica, que si un fiscal federal concluye que hay causa probable para creer que una persona ha cometido una ofensa penal federal, debe considerar los siguientes factores: a. Si se requiere más in-

vestigación b. Se debe de comenzar la judicialización. c. Se debe declinar la judicialización y buscar otra salida o resultado sin sanciones penales como referir el caso a una agencia regulatoria. d. Declinar el caso sin remisión a otra autoridad, lo que equivale a precluir el caso por inexistencia del hecho⁴⁹.

2. **Los motivos fundados para comenzar o declinar la judicialización.** Un fiscal federal debe de empezar una judicialización, si creen que la conducta de la persona natural o jurídica, constituye una ofensa federal. Además, que se trate de evidencia “admisible”, probablemente será suficiente para sostener una condena. Las excepciones a esta regla son: a. Que la judicialización no sirva a ningún interés federal. b. Que la persona ya esté sujeta a judicialización efectiva en otra jurisdicción. c. Que exista una alternativa no penal a la judicialización⁵⁰.
3. **La iniciación y declinación de cargos con el requisito que exista un interés importante federal.** En la determinación de declinar una judicialización porque no existe un interés federal sustancial, el fiscal respectivo debe analizar todas las circunstancias relevantes incluyendo: a. Las prioridades de las agencias de cumplimiento de ley federal. b. La naturaleza y seriedad de la ofensa. c. el efecto disuasorio de la judicialización. d. La culpabilidad de la persona en conexión con la ofensa. e. El historial delictivo y los antecedentes penales de la persona. f. La disponibilidad de la persona para cooperar en la investigación y judicialización de otros (normalmente esto requiere cooperación ascendente). g. La satisfacción del

45 <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>

46 El procesamiento de delitos corporativos es una alta prioridad para el Departamento de Justicia. Al investigar las denuncias de irregularidades y presentar cargos por delitos de esa naturaleza, el Departamento promueve la defensa de intereses públicos que incluyen, entre otras cosas: (1) proteger la integridad de los mercados económicos y de capital mediante el cumplimiento del Estado de derecho; (2) proteger a los consumidores, inversionistas y entidades comerciales contra competidores que obtienen una ventaja injusta al violar la ley; (3) prevenir violaciones a las leyes ambientales; y (4) desalentar prácticas comerciales que permitan o promuevan conductas ilegales a expensas del interés público. Vid. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

47 Cuando un Fiscal se niegue a iniciar o recomendar el inicio de un proceso federal, debe asegurarse que su decisión éste soportada objetivamente, las razones que la contienen deben informarse a la agencia de investigación involucrada y a cualquier otra agencia interesada, lo cual, queda soportado en los archivos de la oficina respectiva. Cuando la acusación se rechaza en casos graves, el fiscal tendrá en cuenta que otras autoridades tomarán medidas, y se garantice que el asunto recibe la atención debida.

48 En el sistema de justicia penal federal, el fiscal tiene amplia libertad para determinar cuándo, quién, cómo e incluso si se debe procesar por violaciones aparentes de la ley penal federal. Ver, por ejemplo, *United States v. LaBonte*, 520 US 751, 762 (1997); *Oyler v. Boles*, 368 US 448 (1962); *Estados Unidos v. Fokker Services BV*, 818 F.3d 733, 741 (DC Cir. 2016); *Newman v. Estados Unidos*, 382 F.2d 479 (DC Cir. 1967); *Powell v. Ratzenbach*, 359 F.2d 234 (DC Cir. 1965).

49 Los fiscales federales tienen gran libertad para tomar decisiones respecto a la aplicación de un sistema nacional de justicia penal, siempre deben valorar el interés de la administración de justicia justa y efectiva. En este sentido, los fiscales federales se guían por una declaración general de principios a considerar como prácticas deseables para ser seguidas, en el desempeño de sus responsabilidades procesales.

50 Vid. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>

interés de las víctimas si las hubiere. h. Los efectos de la sentencia si la persona es condenada. Resulta altamente relevante en estos factores, la consideración de la naturaleza y seriedad de la ofensa, para el Departamento de Justicia, siempre ha parecido ser muy importante que los recursos limitados federales, no deban ser desperdiciados en judicializar casos intrascendentes o casos en los que las violaciones sean simplemente técnicas⁵¹.

Esto también obedece a el sistema gubernamental americano de federalismo, en el cual, la mayoría de justicia penal es desarrollada a través de las autoridades estatales de los 50 Estados. En consecuencia, en la determinación de si existe un interés federal sustantivo que requiere judicialización, el fiscal federal tiene que considerar la naturaleza y la seriedad de la ofensa⁵².

En este sentido, un número de factores pueden ser relevantes al uso discrecional del poder del fiscal, uno de ellos, entre muchos, es el efecto de la ofensa en la comunidad o sobre la víctima. El impacto de la ofensa sobre la comunidad puede ser medido de varias maneras: a. a través del daño económico causado a la comunidad, bien se trate de peligro físico o daño material generado a las víctimas, y en términos de la erosión o debilidad del sentido de seguridad comunal⁵³.

En consecuencia, para evaluar la seriedad de la ofensa el fiscal puede valorar aspectos como: si la violación fue técnica o formal, las consecuencias materiales y la actitud pública acerca de las circunstancias del caso. El público por ejemplo, pudiera ser indiferente u opuesto a la judicialización del caso, aunque la falta de interés público merece la atención cuidadosa del fiscal, éste no

puede exclusivamente dejar la decisión de judicializar o tomar otra acción que no esté apoyada por otros factores⁵⁴.

De igual forma, la disuasión de la conducta delictiva es una de las metas principales de la ley penal, como un criterio de los principios aquí discutidos, este propósito debe ser tenido en cuenta, cuando una judicialización es justificada para una ofensa que aparentemente resulta menor o de no gran importancia. Lo anterior, independientemente si resultaren cometidas regularmente o si tendrían un impacto importante sobre la comunidad⁵⁵.

A su vez, los antecedentes penales de la persona es un factor determinante en estos principios, si se cuenta con una condena previa o se cree que ha delinuido anteriormente, de acuerdo a los principios este elemento debe ser considerado para determinar si se requiere la judicialización federal. Frente a lo cual, debe prestarse atención especial respecto de la naturaleza de la conducta penal previa, cuando ocurrió y si tiene vinculación con la ofensa actual. En este orden de ideas, la ausencia de actividad delictiva previa debe ser considerada positivamente⁵⁶.

Igualmente, la disponibilidad de una persona para cooperar en la investigación y judicialización de otros sujetos responsables del delito, es una consideración apropiada en la determinación de una judicialización federal para ser emprendida. Generalmente y de acuerdo con estos principios, una disposición para cooperar no debe de ser en si mismo un alivio a la exposición penal de la persona. No obstante, pueden existir algunos casos, en los que el valor de la cooperación, claramente tiene más relevancia que el interés judicial en judicializarlo⁵⁷.

51 Según la Regla 11 (b) (3) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal, un tribunal no puede emitir un juicio sobre una declaración de culpabilidad sin "determinar que existe una base objetiva para la declaración de culpabilidad". Por esta razón, es esencial que los cargos seleccionados como objeto de un acuerdo de culpabilidad sean tales que puedan ser procesados independientemente para garantizar una demostración objetiva sólida del delito. La política del Departamento de Justicia es solo estipular hechos que reflejen con precisión la conducta del acusado.

52 El impacto de un delito en la comunidad en la que se comete puede medirse de varias maneras: en términos del daño económico causado a los intereses de la comunidad; por el peligro físico para los ciudadanos o daños a la propiedad pública; y su impacto en la seguridad de los habitantes. La naturaleza y las circunstancias de la ofensa, la identidad del ofensor o la víctima, o la publicidad concomitante, pueden ser tales como para crear un fuerte sentimiento público a favor del enjuiciamiento.

53 Vid. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>.

54 La naturaleza y la gravedad de la ofensa o ofensas acusadas, considera factores por ejemplo, la seguridad nacional, derechos constitucionales, el proceso gubernamental, seguridad personal, bienestar público o propiedad. También la naturaleza y el grado de daño causado o amenazado a esos intereses y cualquier circunstancia concomitante que agrave o atenúe la gravedad de la ofensa en el caso particular.

55 <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>.

56 Uno de los principales argumentos en contra de la práctica de la negociación de culpabilidad es que resulta una indulgencia que reduce el impacto disuasivo de la ley y conduce a la reincidencia por parte de algunos delincuentes. Los fiscales federales deben tener en cuenta esto, especialmente cuando se trata de reincidentes o autores frecuentes del delito. El fiscal debe valorar la ausencia de antecedentes penales de un acusado en el pasado y su cooperación anterior para lograr una adecuada negociación.

57 Se debe considerar seriamente la disposición del acusado de brindar una cooperación oportuna y útil como parte de su acuerdo de culpabilidad, dependiendo de la naturaleza y el valor de la cooperación ofrecida, se concede el beneficio. Si la cooperación del denunciado no es lo suficientemente sustancial como para justificar un descuento punitivo el Fiscal debe seguir un procedimiento especial.

En consecuencia, debe resaltarse el interés de las víctimas, dentro de los Principios aludidos. Lo que supone, que los Principios impulsan la consideración enfocada hacia el impacto económico, físico y psicológico de la ofensa y la judicialización de la conducta hacia las víctimas. En esta conexión, es apropiado que el fiscal tome en cuenta asuntos como la seriedad del daño causado y el deseo de las víctimas para que se emprenda la judicialización. El fiscal por tanto, puede solicitar los criterios de las víctimas acerca del imputar cargos⁵⁸.

Se trata entonces de valorar algunos factores relevantes dentro de los Principios, además existen elementos destacados para determinar si un interés federal importante sería aprovechado en la judicialización de algún caso particular⁵⁹. También, existen consideraciones que no merecen peso y no merecen influir la decisión, estos incluyen por ejemplo: el tiempo y recursos requeridos en la investigación federal de un caso, así, los principios orientan a valorar los esfuerzos investigativos que justifiquen emprender una judicialización federal que no este perfectamente apoyada en otras bases⁶⁰.

En el Derecho penal corporativo, la exposición penal individual ha sido quizás una de las áreas más novedosas en los últimos años en Estados Unidos. En este punto, fiscales federales son requeridos para aplicar de la misma manera, los factores de imputación penal para una corporación y para los individuos. El fiscal debe en consecuencia, medir todos los factores normalmente considerados en el ejercicio de la judicialización que le ha sido asignada, por ejemplo, el peso de la evidencia, la probabilidad de éxito en juicio y el efecto disuasivo entre otros⁶¹.

No obstante, debido a la naturaleza de la persona jurídica los Principios requieren la evaluación de ciertos factores particulares en la investigación y en la determinación de imputar cargos o de negociar un preacuerdo. Así como, en la aplicación de otra salida alternativa a la acción penal fuera de juicio, ahí los fiscales son exhortados a valorar los nueve factores fundamentales, que les permitan llegar a decisiones de un objeto de judicialización corporativa⁶².

6. Reflexión final

Los institutos de negociación o de carácter premial se constituyen en una herramienta fundamental en la judicialización los crímenes corporativos, tanto para las personas individuales como para las jurídicas que resulten implicadas como autores o participes en su realización. Los delitos empresariales se vinculan con su carácter trasnacional, económico, profesional y la recurrente utilización de métodos informáticos para su realización junto a sus implicaciones extraterritoriales.

En los Estados Unidos de América los institutos de justicia negociada propios al sistema penal acusatorio, posibilitan la terminación anticipada de los procesos penales a través de mecanismos como los preacuerdos, acuerdos de no judicialización y de judicialización diferida entre otros. En los cuales, la discrecionalidad de los fiscales permite la culminación de los procesos sin el adelantamiento de juicios de amplia duración.

En este sistema de negociación la discrecionalidad de los fiscales federales que investigan los delitos corporativos no es ilimitada, se encuentra sujeta a la observancia de garantías del individuo o de la persona jurídica al momento de la celebración de los preacuerdos o de las aceptaciones de culpabilidad, también al ejercicio de la defensa técnica, la voluntariedad y la necesidad de base fáctica del delito como presupuestos estructurales.

La justicia premial tiene como objetivos centrales posibilitar la celeridad, economía procesal y consecución de una pronta justicia, a través de la aceptación de responsabilidad de los acusados, quienes reciben penas menos drásticas de los que deciden ir a juicio. Lo anterior, supone considerar por parte de los fiscales federales factores como el alcance de la colaboración eficaz, gravedad del hecho delictivo, reparación de los daños causados, delación de terceros entre otros.

La aceptación de la responsabilidad penal por el delito contribuye a una eficiente administración de justicia, y reduce costes al Estados respecto a la terminación ordinaria del proceso. Lo anterior, con observancia de los derechos de los procesados y el cumplimiento estricto de los principios que rigen la actuación de los fiscales federales.

58 El fiscal debe considerar el impacto económico, físico y psicológico de la ofensa y el procesamiento posterior en cualquier víctima, para lo cual, se debe valorar la gravedad del daño infligido, observando para ello, la Ley de derechos de las víctimas de delitos, 18 USC § 3771, la Ley de derechos de las víctimas y restitución, 34 USC § 20141 y las Pautas del Fiscal General para la asistencia de víctimas y testigos.

59 Vid. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>.

60 Por ejemplo, un preacuerdo es gobernado normativamente por la Regla 11 de Procedimiento Penal Federal de los Estados Unidos. En el cual, el acusado generalmente admite hechos que sustenten los cargos contra él, admite su culpabilidad y resulta condenado por los cargos que le fueron imputados. Esto sucede, cuando el preacuerdo es aceptado y presentado por la Corte Federal, basado en factores esenciales como la voluntariedad del acusado, el reconocimiento de su responsabilidad y el compromiso de colaboración eficaz.

61 Vid. https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html.

62 Vid. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>.

La criminalidad corporativa precisa no sólo de la determinación de responsabilidades penales de los individuos y la empresa en el sistema norteamericano, también se integra *compliance* a a este modelo de justicia preacordada, donde se incluyen a futuro modelos de prevención, mitigación y control de los riesgos, como medidas complementarias a la sanción penal.

La justicia premial frente a los delitos cometidos en las empresas incorpora los elementos tradicionales de la negociación penal, acompañados de diversas medidas de diligencia debida, control de riesgos, políticas de prevención, observancia ética, designación de un oficial de cumplimiento y el desarrollo de una política integra y responsable de los negocios. Para lo cual, el sistema de justicia de los Estados Unidos da aplicación extensiva al principio de extraterritorialidad y al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los individuos, tal y como lo contiene el memorando Yates.

El sistema de justicia negociada de los Estados Unidos, tiene un papel relevante en la investigación y judicialización de los delitos corporativos, ya que facilita la terminación anticipada de procesos complejos y sofisticados. Los aspectos positivos no sólo los obtiene el sistema judicial penal, también, los procesados que cooperan, las víctimas que resultan resarcidas integralmente por el delito y la sociedad en general frente a la no impunidad. La justicia premial para ser eficaz debe ser transparente, proporcional, objetiva, acelerada, cierta y definitiva. En el sistema norteamericano se considera un buen negocio con beneficios para todos.

7. Bibliografía

- ALSCHULER, A. (1979), "Plea Bargaining and Its History. En: Law & Society Review: Blackwell Publishing and Law and Society Association, 1979, Vol. 13, No. 2.
- BERGMAN, P. y BERMAN-BARRET, S. (2003), "The criminal law Handbook". 5º Ed. USA: Nolo.
- BIXBY, M. (2010), "The Lion Awakens. The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010", 12 San Diego Int'l L.J. 89.
- CALLEGARI, A., MOURA MASIERO, C., CANCIO MELIÁ y RAMÍREZ BARBOSA, P. (2016), "Crime Organizado: Tipicidade, Política Criminal, Investigación e proceso", Porto Alegre: ed. Livraria Do Advogado.
- DELOITTE. (2013), "La empresa inteligente frente al riesgo", Bogotá: ed. Planeta.
- FLETCHER, G. (1998), "Comparative Law as a Subversive Discipline. En: The American Journal of Comparative Law: American Society of comparative law, Vol. 46, No 4.
- FLETCHER, G. (1997), "El derecho a un juicio justo (fair trial). En: Las víctimas ante el jurado. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- FRIEDMAN, L. (1979), "Plea Bargaining in Historical Perspective [Online]. En: Law & Society Review. [s.l]: Blackwell Publishing and Law and Society Association, Vol. 13, No. 2.
- GOLDSTEIN, A. (1981), "The Passive Judiciary. Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea". Baton Rouge and London: Louisiana State UP.
- HENDERSON, M Y HEUMAN, M. (1986), "Criminal Trials, Negotiated Plea, and the Effective Assistance of Counsel: Notes About and Toward a Theory of the Attorney's Role in Case Resolution." New York University Review of Law & Social Change. Vol. XIV, no. 1.
- LIPPER, G. (2010), "Foreign Corrupt Practices Act and the Elusive Questions of the Intent", 47 Am. Crim. L. Rev. 1463.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. (2019), "El delito de Corrupción Transnacional en Estados Unidos y Colombia: alcance del principio de extraterritorialidad de la Ley Penal Norteamericana y Compliance", en Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "La Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero. La FCPA de los Estados Unidos: 'Compliance', Extraterritorialidad y Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht", en *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI*, ed. Temis, Bogotá.
- RAMÍREZ BARBOSA, P. (2018), "Responsabilidad Penal Corporativa y *Compliance*. Un nuevo marco regulatorio de ética, Gobernanza y control de los riesgos en las empresas". En revista Paradigma, Brasil, 2018.
- Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act (2012), publicada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y por la Securities and Exchange Commission.
- SEC vs. UTStarcom, Inc., N.o 09-cv-6094 (N.D. Cal. 31 de diciembre de 2009).
- SEC (2012), Acuerdo y plan de fusión por y entre Salesforce.com, Inc., Bullseye Merger Corporation, Buddy Media, Inc. y Shareholder Representative Services LLC como representante de los accionistas.
- SEC (2004), Cardinal Health and Syncor announce amended merger agreement [Cardinal Health y Syncor anuncian la modificación del acuerdo de fusión.

- SEC (2009), SEC Charges KBR and Halliburton for FCPA Violations. SEC acusa a KBR y Halliburton por violaciones a la FCPA, SEC 2009-23.
- SEC (2007) SEC Files Settled Foreign Corrupt Practices Act Charges Against York International Corporation For Improper Payments to UAE Officials, to Iraq Under the U.N. Oil for Food Program, and to Others Company Agrees to Pay Over \$12 Million and to Retain an Independent Compliance Monitor SEC No. 20319.
- SEC (2010), SEC Names New Specialized Unit Chiefs and Head of New Office of Market Intelligence, Comunicado de Prensa de la SEC 2010-5.
- SILVA SÁNCHEZ, J. Dir. (2013), "Criminalidad de empresa y Compliance". Prevención y reacciones corporativas", Barcelona, ed. Atelier.
- U.S DEPARTMENT OF JUSTICE, CRIMINAL DIVISION, FRAUD SECTION (2017), "Evaluation of Corporate Compliance Programs", Apartado 2, Senior and middle management.
- U.S SENTENCING COMMISSION (2016), "Guidelines Manual, Chapter Eight. Sentencing of Organization".
- TARUM, R. (2013), "The Foreign Corrupt Practices Act Handbook", American Bar Association, 3ª ed.
- VV. AA. (2013), "The Sixth Annual National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act 2013", American Bar Association, Criminal Section.
- VELASQUEZ, M. (2003), "Debunking Corporate Moral responsibility", en Bus. Eth. Q. Vol. 13, Issue 4.
- VÉRON, M. (2016), "Droit pénal des affaires", Paris: ed. Dalloz.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A (2016), "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos", Pamplona: ed. Aranzadi.
- WESTBROOK, A. (2011), "Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act", Ga. L. Rev. 489.
- WORLD COMPLIANCE OFFICE, "El Manual de Bolsillo de la FCPA. World Compliance, Washington. D.C.
- WRAGE, A. y RICHARDSON, A. (2009), "Siemens G-Violations of the Foreign Corrupt Practices Act", en ILM, 48.
- Enlaces electrónicos:
- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Department of Justice. United States Attorney's Manual. En red: http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/index.html
- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Federal Rules of Criminal Procedure. En: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>
- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. US Code. En: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text>.
- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. United States Sentencing Commission. Federal Sentencing Guidelines Manual. En: http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm.
- <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3952.htm>.
- <https://top-5-compliance-trends-around-globe-2016-infographic.pdf>.
- <https://www.clearyenforcementwatch.com/2018/03/doj-announces-expansion-approach-encouraging-self-reporting-cooperation/>.
- <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>
- <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-crm-112.html>
- <https://www.leadersummaries.com/ver-resumen/la-reputacion-corporativa>
- [file:///D:/users/Downloads/jrm-2009-spanish%20\(1\).pdf](file:///D:/users/Downloads/jrm-2009-spanish%20(1).pdf)
- <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>
- https://www.americanbar.org/publications/aba_health_resource/2015-2016/october/yatesmemo.html
- <http://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-deliver-observaciones-nueva-york-universidad-escuela>
- <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.
- https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/4/Articles/51-4_Mark.pdf
- <http://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-leslie-r-caldwell-deliver-remarks-american-bar-association-s>.
- <https://www.fcaupdate.com/tag/yates-memorandum/>
- <https://compliance.com/blog/yates-memorandum-steps-compliance-officers-take/>
- <https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>
- http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrn.htm#9-27.420