

## “Efectos civiles de la responsabilidad penal de directores de sociedades en el derecho de los Estados Unidos”.

Prof. Dr. Héctor José Miguens<sup>1</sup>.

### Advertencias preliminares.

He procurado mantener fielmente los vocablos y expresiones típicas del derecho societario estadounidense en inglés para evitar confusiones. Por ello muchas veces me ha parecido conveniente no traducirlos al castellano para brindar un exacto panorama terminológico propio del derecho societario local de cada Estado en los Estados Unidos. En su caso he provisto su correspondiente explicación.

Cuando hablo de derecho “norteamericano”, “americano” o “estadounidense” me refiero al derecho societario de cada uno de los Estados de los Estados Unidos de América, ya que este derecho es local, no federal, salvo algunas excepciones.

Cuando me refiero a “directores” me estoy refiriendo a los miembros del directorio del máximo nivel jerárquico de gobierno y administración societaria. Equivale a “*directors*” en el derecho societario norteamericano. En cambio, “*officers*” en este trabajo se refiere –por lo general- a los órganos societarios de administración subordinados a los directores. Pueden ser órganos que estén a cargo de un comité del directorio, cuando éste no está presidido por un director. No obstante, debe tenerse en cuenta que este criterio no es tan rígido, porque a veces los términos como “*Chief Executive Officer*” (CEO) y otros, pueden referirse a miembros del directorio. En cualquier caso he seguido la terminología jurídica norteamericana que usan las fuentes citadas para ser fiel a los conceptos. Finalmente, en el derecho norteamericano suele referirse a los “*officials*” o “*employees*” para designar a empleados de la sociedad que están jerárquicamente por debajo de los “*officers*”, aunque pueden estar jerarquizados y tener funciones de gobierno.

En este trabajo “Director independiente” hace referencia al miembro del directorio de la sociedad que no está empleado por ella como director pero que participa de las reuniones del directorio y proporciona un asesoramiento y opinión “independientes”. También es llamado en la terminología de Estados Unidos “*non-executive director*”, “*independent director*”, “*unaffiliated director*” o “*outside director*” y suele contraponerse al “*executive*

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires), *Especialista en Sindicaturas Concursales* (Universidad Nacional de Tucumán), *Doctor en Derecho*, (Universidad de Navarra, España). Investigador Independiente del CONICET (*Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas*), Argentina. Profesor Asociado de Derecho Concursal, Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires. Este trabajo ha sido realizado con el apoyo económico del CONICET. Email: [hmiguens@gmail.com](mailto:hmiguens@gmail.com).

*director*”, que sí tiene funciones de gobierno en el directorio<sup>2</sup>. Por esta razón es usual que su trabajo sea independiente del gobierno societario, especialmente no involucrado en el gobierno del “día a día”.

He preferido reservar la palabra “gobierno” para la actividad referida a las normas generales de la máxima política empresarial y “administración” para la actividad referida a la ejecución de tales disposiciones, aunque existen ordenamientos en el que se usa también la palabra “administrador” para lo que aquí entendemos por “director”. Esta adopción se ha hecho para poner de relieve la preeminencia de las normas comentadas referidas a los directores, que son las más numerosas y las más importantes en trascendencia. No obstante ello es menester tener en cuenta que toda esta materia aquí tratada se refiere tanto a los directores como a los “*officers*”, a veces por analogía y la mayoría de las veces en forma indistinta.

El término “*statutes*” ha sido traducido como “estatutos” o “normas estatutarias”. Se refiere a cuerpos normativos específicos de derecho societario vigentes, sancionados por los distintos Estados de la Unión o por el gobierno federal, que forman parte del plexo normativo conjuntamente con las sentencias judiciales, sean estatales o federales. Ellos son diversos de los Estatutos de las sociedades en los países de habla castellana.

Cuando me refiero al “gobierno”, o al “gobierno societario” o al “gobierno corporativo”, o “administración”, o “dirección” me estoy refiriendo a los negocios empresariales de la sociedad orientados a la consecución de su objeto social.

He seguido fielmente la forma norteamericana de citar la doctrina y la jurisprudencia, a fin de asegurar la certeza y fiabilidad de la referencia. Esta forma de citar está tomada del *Bluebook*, aceptado en todo el país, en el que se explican sus elementos, adonde remitimos al lector.

El término “*section*” se refiere a las normas contenidas en estatutos normativos específicos, lo que equivale a “artículo” de nuestros ordenamientos. En su caso he indicado con un número precedido por un punto, como es usual en el sistema norteamericano, o bien mediante el signo de parágrafo (§).

Cuando no diga nada en contrario me estoy refiriendo al derecho societario en los Estados Unidos sobre el tema de este trabajo, con la indicación, en su caso, del Estado donde está vigente la norma comentada, ya que el derecho societario de este país no es federal sino estatal o local.

Siempre que se haga referencia a una corriente jurisprudencial se indicará expresamente -si se dispone de esa información- otras tendencias contrarias o diferentes. Respecto de la cita de los casos judiciales y atento a que existen más de varios centenares de casos vigentes, (quizá unos 600, aproximadamente) he optado por citar –para una misma

---

<sup>2</sup> Cfr. *Oxford Business English Dictionary*, versión en CD Rom y Cfr. William E. Knepper / Dan A. Bailey (contributing authors Katharine B. Bowman, R. Stacy Lane & Robert L. Eblin), *Liability of Corporate Officers and Directors*, Seventh Edition, Lexis Nexis, (USA), 2008, Vol I, 1-43. En adelante será citado como Knepper y a continuación el volumen correspondiente, seguido del número del capítulo y el número de página de ese capítulo.

cuestión o tema- sólo los más recientes, que por lo general citan a su vez los anteriores, sobre la misma cuestión. En cuanto a los casos más relevantes que destacan del resto por haber establecido alguna doctrina novedosa o haber concretado un criterio más general, he procurado hacer un análisis lo más profundo y pormenorizado posible, brindando al lector la cita del lugar donde puede ser hallado y brindando asimismo los comentarios de autores sobre cada caso.

## Objeto y características de este trabajo.

El objeto de este trabajo es el estudio de las consecuencias civiles de los principales o más relevantes supuestos de responsabilidad penal de los directores de sociedades en los Estados locales de los Estados Unidos. No forma parte del mismo el estudio exhaustivo de la responsabilidad penal de los directores ni la responsabilidad penal de las sociedades comerciales en el derecho societario de ese país<sup>3</sup>. En este trabajo se estudia sólo tangencialmente los ilícitos penales que pueden cometer los directores derivados de leyes medioambientales<sup>4</sup>.

Debe tenerse en cuenta que en los Estados Unidos el tema de la responsabilidad penal de los directores de sociedades –y por ende de sus consecuencias civiles- está inextricablemente unido al tema de la responsabilidad penal de las sociedades que ellos gobiernan: no se concibe la primera sin la segunda.

Asimismo debe considerarse que en muchas de esas normas penales la distinción entre consecuencias o sanciones resarcitorias y sanciones retributivas y las respectivas finalidades concretas, en cada estatuto normativo, no siempre está claramente delimitada, como veremos.

Finalmente se pondrá de relieve la aplicabilidad de los principios de responsabilidad civil contenidos en normas penales, como asimismo la aplicabilidad de los principios

---

<sup>3</sup> Pueden verse, por ejemplo, para la responsabilidad penal de los directores de sociedades en el derecho societario de Estados Unidos, las siguientes fuentes, entre otras: Pamela Bucy, *White Collar Crime: Cases and Materials*, 192-93 (1992); Reinier Kraakman, *The Economic Functions of Corporate Liability*, in *Corporate Governance and Directors' Liabilities* 178, 195 (Klaus Hopt & Gunther Teubner eds. 1985); Michael L. Benson / Francis T. Cullen, *Combating Corporate Crime: Local Prosecutors at Work*, 1998; AAVV. *Understanding Corporate Criminality* (Michael B. Blankenship ed., 1993); AAVV. *Understanding White-Collar Crime* (4th ed. 1998); Gerhard O. W. Mueller, *Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability*, 19 *U. PITT. L. REV.* 21, 22-24 (1957) (en el que describe la historia de la noción de que la sociedad no puede incurrir en responsabilidad penal); Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Liability*, (1992); Richard S. Gruner, *Corporate Crime and Sentencing*, (1994); Richard S. Gruner, *Corporate Crime and Sentencing*, (1994). Para aspectos generales pueden verse: American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1992) y R. Franklin Balotti / Jesse A. Finkelstein, *The Delaware Law of Corporations and Business Organizations*, 1994; *White on New York Corporations, Business Corporation Law* (Isidore Kantrowitz & Sol Slutsky, eds., 13th ed. 1995).

<sup>4</sup> Para un análisis general de los delitos medioambientales conforme los diversos estatutos vigentes en los Estados Unidos puede verse el completo artículo de Jason Blacksborg, F. Joseph Dausch, Elaine K. Inman & Craig J. Gabriel, *Environmental Crimes* 38 *Am. Crim. L. Rev.* 607 (2001).

generales de responsabilidad civil de los directores de sociedades a los casos en que hayan incurrido en ilícitos penales.

El estudio de este tema respecto de los Estados Unidos es de indudable actualidad e importancia. Dado su notable desarrollo, salvada una valoración previa de esas normas, puede servir de referencia para futuros modelos en el marco del sistema continental europeo y para futuras evaluaciones sobre sus virtudes, conveniencias e inconveniencias en el marco del derecho comparado, no sólo en la órbita del derecho penal sino también en la del derecho civil relacionada con los ilícitos penales. A ello se une la importancia que se le atribuye en Europa al derecho empresarial de los Estados Unidos, lo que se viene reflejando en la incorporación –con las oportunas adaptaciones- de numerosos institutos estadounidenses del derecho societario, concursal, penal, etc. referidos al derecho empresarial, por parte de algunos países europeos.

Como veremos, en los Estados Unidos son aplicables algunas normas penales que regulan las consecuencias civiles de la responsabilidad penal de los directores de sociedades. Asimismo también son aplicables los principios generales de responsabilidad civil de ellos. Entre los segundos se incluyen las reglas de la *Business Judgment Rule* y las de las violaciones de los deberes fundamentales de los directores de sociedades. En este trabajo sólo se han analizado las primeras.

En la primera parte de este trabajo se estudian los aspectos generales de la responsabilidad penal relacionada con el tema. En la segunda parte se abordan el tratamiento de los diversos estatutos legales y casos judiciales –locales o federales- aplicables a la responsabilidad penal de los directores. Y en la tercera parte se examinan las consecuencias civiles de los delitos penales, finalizando con una reseña de las conclusiones esenciales de la investigación.

## Primera parte.

### 1. Introducción. Aspectos generales.

La responsabilidad penal de las sociedades es un aspecto de lo que tradicionalmente se ha dado en llamar “delitos de cuello blanco”, término acuñado por Edwin H. Sutherland en 1939<sup>5</sup>, a pesar de que la responsabilidad penal de las sociedades ya existía desde 1909<sup>6</sup>. Esta responsabilidad vicaria de la sociedad, tanto civil como criminal, tuvo una formulación importante respecto del tema de la imputación a la sociedad de la conducta del director en

---

<sup>5</sup> Cfr. Sutherland, *White-Collar Criminality*, 5 *Am. Soc. Rev.* 1 (1940).

<sup>6</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-2, donde cita el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909), al parecer el primer caso de responsabilidad vicaria de la sociedad en el ámbito penal. No obstante ello hay autores norteamericanos que vinculan el derecho criminal estadounidense vigente en la materia con normas inglesas del siglo XVII: cfr., por ejemplo, Kathleen Brickley, *Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code*, 19 *RUTGERS L.J.* 593, 593-95 (1988).

un caso de 1943<sup>7</sup>. La siguiente pregunta es saber si esta responsabilidad de la sociedad es no ya “vicaria” sino “directa”<sup>8</sup>. En la actualidad la responsabilidad penal de las sociedades está firmemente asentada en el derecho de los Estados Unidos y de ahí surge la responsabilidad penal de los directores de ellas<sup>9</sup>.

En este trabajo sólo nos referiremos al régimen penal en tanto y en cuanto guarde relación con la responsabilidad civil de los directores de sociedades<sup>10</sup>. Estos órganos

---

<sup>7</sup> Cfr. Egan v. United States 137 F. 2d 369 (8<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 320 U.S. 788, 64 S. Ct. 195, 88 L. Ed. 474 (1943).

<sup>8</sup> Cfr. Knepper, Vol. II, chapter 21 “Allocation”, §21.02, en el que estudia específicamente el problema de la imputación de responsabilidad a la sociedad y a los directores de ella.

<sup>9</sup> Para un estudio de la evolución jurídica puede verse, entre muchos otros, Henry W. Edgerton, Corporate Criminal Responsibility, 36 *Yale L.J.* 827, 828 (1927); Leonard Orland, Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship, 17 *Am. Crim. L. Rev.* 501, 502 (1980); Bruce Coleman, Is Corporate Criminal Liability Really Necessary?, 29 *Sw. L.J.* 908, 919 (1975); Eliezer Lederman, Criminal Law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle, 76 *J. Crim. L. & Criminology* 285, 296 (1985); Yedidia Z. Stern, Corporate Criminal Personal Liability--Who is the Corporation?, 13 *J. Corp. L.* 125, 125 (1987); Samuel R. Miller, Corporate Criminal Liability: A Principle Extended to Its Limits, 38 *Fed. B.J.* 49, 52 (1979); Samuel R. Miller & Lawrence C. Levine, Recent Developments in Corporate Criminal Liability, 24 *Santa Clara L. Rev.* 41, 42 (1984); Harvey L. Pitt & Karl A. Groskaufmanis, Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct, 78 *Geo. L.J.* 1559, 1571 (1990); Michael E. Tigar, It Does the Crime But Not the Time: Corporate Criminal Liability in Federal Law, 17 *Am. J. Crim. L.* 211, 214-20 (1990); Steven Walt & William S. Laufer, Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions, 18 *Am. J. Crim. L.* 263, 266 (1991); Developments in the Law—Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions, 92 *Harv. L. Rev.* 1227, 1247 (1979); James V. Dolan & Richard S. Rebeck, Note, Corporate Criminal Liability for Acts in Violation of Company Policy, 50 *Geo. L.J.* 547, 547.

<sup>10</sup> Para un panorama general del derecho penal de las sociedades en Estados Unidos puede verse, entre otros: Michael Viano & Jenny R. Arnold, Corporate Criminal Liability, 43 *Am. Crim. L. Rev.* 311 (2006); V. S. Khanna, Corporate Liability Standards: When should Corporations be Held Criminally Liable?, 37 *American Criminal Law Review* 1239 (2000), en el que se estudian los diversos estándares de las conductas criminales de las sociedades, comparándolos entre sí. Para la historia de este derecho y las teorías aplicables a la responsabilidad criminal de las sociedades puede verse Charles J. Walsh & Alissa Pyrich, Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation save its soul?, 47 *Rutgers L. Rev.* 605, 610-645, (1995); Jerold H. Israel / Ellen S. Podgor & Paul D. Borman, *White Collar Crime: Law and Practice* (1996); Ellen S. Podgor & Jerold H. Israel, *White Collar Crime in a Nutshell* (1997). Sobre los “Compliance Programs” y las “Compliance Audits” en el caso de las sociedades puede verse Michael Goldsmith & Chad W. King, Policing Corporate Crime: The Dilemma of Internal Compliance Programs, 50 *Vanderbilt Law Review* 1 (1997) y Charles J. Walsh & Alissa Pyrich, Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation save its soul?, 47 *Rutgers L. Rev.* 605, 645-690, (1995). Sobre el concepto de fraude y su aplicación al derecho penal corporativo en Estados Unidos puede verse Ellen S. Podgor, Criminal Fraud, 48 *American University Law Review* 729 (1999). Para la discusión de la influencia de los tribunales federales sobre los estatales respecto de la rápida adopción de las teorías sobre la admisión de la responsabilidad de las sociedades puede verse Kathleen F. Brickey, Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code, 19 *Rutgers L.J.* 593, 594 (1988). Para un análisis crítico de la historia, las teorías y los objetivos de las normas penales sobre la responsabilidad penal de las sociedades puede verse el agudo y creativo estudio de Andrew Weissmann & David Newman, Rethinking Criminal Corporate Liability, 82 *Ind. L.J.* 411 (2007). Para un panorama general del los casos fraudulentos empresariales de la primera década de los años 2000 en los Estados Unidos y de la respuesta gubernamental y legislativa en la “era post-Enron” puede verse Kathleen F. Brickey, Symposium: White Collar Criminal Law in Comparative Perspective: the Sarbanes-Oxley Act of 2002: Enron’s Legacy, 8 *Buff. Crim. L. R.* 221 (2004): en este estudio se incluyen las *Guidelines*, la ley *Sarbanes-Oxley* de 2002, los nuevos criterios de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), los

societarios a veces son definidos por normas penales modelo en Estados Unidos, más allá de los principios generales sobre responsabilidad civil de directores de sociedades<sup>11</sup>.

Entre 1976 y 1979 aproximadamente 574 sociedades fueron condenadas penalmente por delitos federales<sup>12</sup>. En 1992 se informó que aproximadamente 300 sociedades son condenadas anualmente por tribunales federales por fraude y monopolio<sup>13</sup>. El 1 de noviembre de 1991 fueron sancionadas legislativamente las “*Sentencing Guidelines*”<sup>14</sup>,

---

“Corporate Compliance Programs”, las “*Corporate Prosecution Guidance*” de 1999, una valoración de las reformas del 2002, la cooperación debida por la sociedad procesada y un análisis de los principales casos penales ocurridos. Sobre este último tema puede verse también Pamela H. Bucy, Symposium: White Collar Criminal Law in Comparative Perspective: the Sarbanes-Oxley Act of 2002: Enron’s Legacy. “Carrots and Sticks”: Post-Enron Regulatory Initiatives, 8 *Buff. Crim. L. R.* 277 (2004). En este último se explica acabadamente el panorama introducido por la *Sarbanes Oxley Act* de 2002, las reformas a las *Guidelines* de 2003 y una valoración de los aspectos positivos y negativos de las reformas. Sobre la era post-Enron también puede verse la obra monográfica de Pamela H. Bucy, *White Collar Practice: Cases and Materials*, Thomson West, 3d ed. 2005) y otras fuentes como, por ejemplo: Jill E. Fisch & Kenneth M. Rosen, Is There a Role For Lawyers in Preventing Future Enrons?, 48 *Vill. L. Rev.* 1097 (2003); Pamela H. Bucy, Information as a Commodity in the Regulatory World, 39 *Hous. L. Rev.* 940-47 (2002); Mary Kreiner Ramirez, Just in Crime: Guiding Economic Crime Reform After the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 34 *Loy. U. Chi. L.J.* 359 (2003) (en el que se estudia la evolución de las *Federal Sentencing Guidelines*, especialmente en la reforma de 2001) y Pamela H. Bucy, Symposium: Corporate, Criminality: Legal, Ethical and Managerial Implication: why Punish?: Trends in Corporate Criminal Prosecutions 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1287 (2007). En esta última obra la autora estudia las consecuencias de las reformas de 2002, las implicaciones éticas para los empresarios y sus abogados, la evolución de las *Guidelines*, las modificaciones normativas de la SEC, los esfuerzos de la *American Bar Association* respecto de las normas éticas del abogado, una valoración de lo positivo y de lo negativo de esas reformas de 2002, las tendencias pasadas y probables en el futuro y los nuevos estándares a definir.

<sup>11</sup> Cfr., por ejemplo, el concepto del *Model Penal Code*, que define a los directores como “aquellos representantes que tienen tales deberes de responsabilidad que hacen presumir de manera certera que representan la política de la sociedad”: *Model Penal Code* § 2.07(4)(c) (1962). Este código penal modelo ha sido adoptado por al menos 24 Estados en Estados Unidos: cfr. Kathleen F. Brickey, Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code, 19 *Rutgers L.J.* 593, 633-634, (1988).

<sup>12</sup> Cfr. Kathleen F. Brickey, Corporate Criminal Liability: A Primer for Corporate Counsel, 40 *Bus. Law.* 129, 129 n.5 (1984).

<sup>13</sup> Cfr. Slater, Sentence Yourself, 78 *A.B.A.J.* 83 (Sept. 1992).

<sup>14</sup> El texto de las *Sentencing Guidelines* puede encontrarse en la siguiente *webpage*: [http://www.ussc.gov/Guidelines/2010\\_guidelines/index.cfm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm). El texto está actualizado a 2010 y existen propuestas de reforma. Para un panorama general de estas normas puede verse Judy Clarke & Gerald McFadden, Departures from the Guideline Range: Have We Missed the Boat or Has the Ship Sunk?, 29 *AM. CRIM. L. REV.* 919, 920-21 (1992); Jennifer Moore, Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines, 34 *ARIZ. L. REV.* 743, 761 (1992); Michael Viano & Jenny R. Arnold, Corporate Criminal Liability, 43 *Am. Crim. L. Rev.* 311, 320-339 (2006) y Annie Geraghty, Corporate Criminal Liability, 39 *American Criminal Law Review* 327, 336-353 (2002). También puede verse Jeffrey N. Nunes, Comment, Organizational Sentencing Guidelines: The Conundrum of Compliance Programs and Self-Reporting, 27 *ARIZ. ST. L.J.* 1039, 1043 (1995), explicando, entre otros temas, el desarrollo de las *Guidelines* y de la Comisión respectiva. El origen de ellas se encuentra en la *Sentencing Reform Act* de 1984, (publicada en Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1987 (codificada en el 18 U.S.C. §§ 3551-3742 y en el 28 U.S.C. §§ 991-998 (1994)). Para una evaluación sobre la uniformidad y disparidad normativa y una visión crítica de las *Guidelines* puede verse Stephen J. Schulhofer, *Assessing the Federal Sentencing Process: The Problem is Uniformity, Not Disparity*, 29 *AM. CRIM. L. REV.* 833, 851 (1992). Sobre los cuatro principios básicos sobre los que funcionan las *Guidelines* puede

publicadas por la *United States Sentencing Commission*<sup>15</sup>. Una institución destacada de este régimen son los “*Compliance Programs*” a que puede ser condenada una sociedad<sup>16</sup>.

Asimismo, en un esfuerzo por evitar irregularidades en las sentencias aplicatorias de las *Guidelines* la *United States Sentencing Commission* promulgó y publicó un manual orientativo de los tribunales en 1987 bajo el título de *U.S. Sentencing Guidelines Manual*.

En el capítulo ocho de las *Guidelines* se exponen algunos principios generales que expresan lo siguiente, en términos generales<sup>17</sup>:

---

verse Richard S. Gruner, *Towards an Organizational Jurisprudence: Transforming Corporate Criminal Law Through Federal Sentencing Reform*, 36 *ARIZ. L. REV.* 407, 414 (1994). En otro trabajo *Corporate Crime and Sentencing*, 1º ed. 1994, este autor discute sobre las fortalezas y debilidades de las *Guidelines* respecto de los “*compliance programs*” por parte de sociedades. Sobre la creciente profesionalización del gobierno societario, el incremento de la envergadura económica de las sociedades y el consiguiente incremento de los riesgos penales en que puede incurrir la sociedad y sus directores véase Ilene H. Nagel & Winthrop M. Swenson, *The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts About Their Future*, 71 *WASH. U. L.Q.* 205 (1993), aunque también existen autores como por ejemplo Jeffrey S. Parker, *Rules Without . . . : Some Critical Reflections on the Federal Corporate Sentencing Guidelines*, 71 *WASH. U. L.Q.* 397, 434 (1993) que afirman que no debe considerarse el tamaño de la sociedad en la aplicación de las normas penales. Pueden encontrarse juicios valorativos sobre las *Guidelines* y su estructura también en V. S. Khanna, *Corporate Liability Standards: When should Corporations be Held Criminally Liable?*, 37 *American Criminal Law Review* 1239 (2000), especialmente en las ps. 1267-1284 y en Diana E. Murphy, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, 87 *Iowa L. Rev.* 697, 710-11 (2002). Sobre las cuatro soluciones al delito corporativo provistas por las *Guidelines*, puede verse también, Melissa Ku & Lee Pepper, *Corporate Criminal Liability* 45 *American Criminal Law Review* 275, 285-304, (2008). Sobre el marco regulatorio desde los años de la década de 1960 hasta finales de los noventa en relación con las *Guidelines* puede verse Bradley L. Williams & Kirk J. Kavanaugh, *Compliance Programs and the Federal Organizational Sentencing Guidelines*, 36 *RES GESTAE* 558, 560 (1993). Sobre las *Guidelines* y las pautas éticas de la OCDE puede verse Scott N. Carlson & Paula J. Desio, *Chapter Eight of the U.S. Federal Sentencing Guidelines and the OECD Standards of Corporate Conduct: The Next Harmonic Convergence?*, in *Advanced Corporate Compliance Workshop 2005*, ps. 24 y 31 (PLI Corp. L. & Practice, Course Handbook Series No. 6607, 2005). Sobre algunas críticas y alternativas a las *Guidelines* puede verse Stephanos Bibas, *White-Collar Plea Bargaining and Sentencing after Booker*, 47 *Wm and Mary L. Rev.* 721 (2005).

<sup>15</sup> Sobre el adelanto que significó para el derecho penal corporativo la existencia y trabajos de esta Comisión y los objetivos que deberían plantearse de cara al futuro puede verse, por ejemplo, Pamela H. Bucy, *Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse*, 71 *WASH. U.L.Q.* 329, 355 (1993).

<sup>16</sup> Sobre los “*Compliance Programs*” véase la literatura citada en la nota 10 de este trabajo. Sobre la interacción entre las *Guidelines* y los “*Compliance Programs*” a que pueden ser condenadas las sociedades puede verse Dan K. Webb & Steven F. Molo, *Some Practical Considerations in Developing Effective Compliance Programs: A Framework for Meeting the Requirements of the Sentencing Guidelines*, 71 *WASH. U.L.Q.* 375, 376-80 (1993) y Jeffrey M. Kaplan et Al. *Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines: Preventing Criminal and Civil Liability*, 1993 y *Supplement 1997* y Jed S. Rakoff et Al., *Corporate Sentencing Guidelines: Compliance and Mitigation*, 1993 y *Supplement 1997*. También puede verse Richard J. MacLaury, *Compliance Programs Under the Robinson-Patman Act and Other Antitrust Laws--The Practical Effect of Such Programs or the Absence Thereof*, 37 *Antitrust L.J.* 96, 98 (1968). Para una propuesta de derogación de estos programas puede verse Philip A. Wellner, *Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions*, 27 *Cardozo L. Rev.* 497 (2005).

1. El tribunal debe ordenar a la condenada remediar –cuando sea practicable- el daño causado a la víctima. Este remedio no debe ser considerado como una pena (retributiva) sino como un remedio.
2. Tanto si el delito fue cometido como medio o como fin societario la multa debe ser lo suficientemente alta como para despojar a la sociedad de sus activos.
3. La multa debe ser proporcional a la seriedad de la ofensa y a la culpabilidad de la organización. El grado de culpabilidad estará dado por los pasos dados por la organización previos al delito, tendientes a su prevención y detección de las conductas criminales; por el grado de involucramiento o tolerancia de los directivos o del personal; y por las medidas adoptadas por la organización luego de la ofensa.
4. La libertad condicional (“*probation*”) es una condena apropiada cuando es necesaria para asegurar que otra sanción sea completamente implementada o para asegurar las medidas que deberán ser adoptadas dentro de la organización para reducir las conductas criminales futuras.

Las “*Organizational Guidelines*” proporcionan tres remedios frente a una ofensa criminal por parte de una sociedad: restitución, medidas medicinales o de saneamiento (“*remedial measures*”) y servicios comunitarios<sup>18</sup>.

Dado que las sociedades sólo pueden actuar a través de sus órganos y que las sociedades tienen una responsabilidad vicaria por el ilícito penal cometido por los directores y que, asimismo, éstos pueden ser también personalmente responsables por el ilícito, los procesos federales frecuentemente involucran tanto a las sociedades como a sus directores respecto del ilícito penal e intentan coordinar los respectivos procesos a fin de lograr un “*justo castigo, disuasión adecuada e incentivos para mantener los mecanismos internos para prevenir, detectar e informar conductas criminales*”. Estas *Guidelines* en oportunidades establecen multas de hasta 72 millones de dólares y medio; la multa básica puede ser elevada hasta cuatro veces y no hay factores mitigantes, salvo que las sociedades implementen programas para prevenir o detectar e informar violaciones, en los cuales la multa puede ser reducida hasta el 95%<sup>19</sup>.

Contrariamente a otros países europeos, la responsabilidad penal de las sociedades está muy desarrollada en los Estados Unidos. Esta tendencia se ha visto incrementada a partir de los años 2002 y 2003, mediante el procesamiento y numerosas condenas de

---

<sup>17</sup> Para un estudio y valoración de las consecuencias penales de las *Guidelines* y de este capítulo ocho de esta norma puede verse, entre otros, Jonathan C. Poling and Kimberly Murphy White, Corporate Criminal Liability, 38 *American Criminal Law Review* 525, 538-554 (2001).

<sup>18</sup> La Restitución puede constituir una condena autónoma o una condición de la “*Probation*”: cfr. *United States Sentencing Guidelines MANUAL* § 8B1.1(a)(1)-(2) (1998). Las “*Remedial measures*” y los servicios comunitarios pueden ser condiciones de la “*Probation*”: cfr. *U.S.S.G. MANUAL* §§ 8B1.2, 8B1.3 (1998).

<sup>19</sup> Cfr. Slater, Sentence Yourself, 78 *A.B.A.J.* 83 (Sept. 1992), note 1. Cfr. Asimismo *U.S. v. Stoddard*, 150 F. 3d 1140 (9<sup>th</sup> Cir. 1998), *cert. denied*, 525 U.S. 1168, 119 S. Ct. 1089, 143 L. Ed. 2d 90 (1999).

directores de las sociedades *Adelphia*, *Enron*, *ImClone*, *Tyco*, *WorldCom* y otras<sup>20</sup>. A este grupo de sentencias siguió, en 2004 y 2005, otro posterior<sup>21</sup>, con las condenas contra los directores de *Network Associates*, *Duke Energy*, *Qwest Communications* y *HealthSouth Corporation*, entre otras. Las condenas pueden recaer sobre la sociedad cuando los directores han actuado dentro de la órbita de su competencia actual o aparente<sup>22</sup> (“*strict liability*” por actos criminales de empleados, *officers* y directores), incluso cuando hubieran tenido la intención, al menos en parte, de actuar en beneficio de la sociedad. Aunque esta fue siempre la regla durante el siglo pasado, en los últimos años los directores –incluso de niveles inferiores- y las sociedades han enfrentado la alternativa de crecientes condenas penales<sup>23</sup>.

El menosprecio de las normas penales por los directores y supervisores –por culpa o por dolo- que hayan actuado en beneficio de la sociedad o que cuyos actos hubieran sido autorizados por ella, puede acarrear la responsabilidad penal de las sociedades<sup>24</sup>. Incluso, mediante la aplicación de la “*collective knowledge doctrine*”, el conocimiento de los directores puede ser imputado a la sociedad sobre la base del “*conocimiento agregado o colectivo*” de los directores u *officers* como un grupo (colegiado)<sup>25</sup>.

## 2. Fundamentos de la responsabilidad personal de los directores.

La primera categoría de responsabilidad se configura cuando los directores han actuado en representación de la sociedad en un esquema fraudulento, en cuyo caso pueden ser condenados, con dolo o negligencia (omisión negligente de supervisión o control), por

---

<sup>20</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Rigas*, Criminal No. 02-01236 (S.D.N.Y. Sept. 9, 2002) (caso *Adelphia*); *United States v. Causey*, 309 F. Supp. 2d 917 (S.D. Tex. 2004); *United States v. Lay*, Criminal No. 04-00025 (S.D. Tex. 2004); *New York v. Kozlowski*, Indictment No. 5259/02 (N.Y. Sup. Ct. 2002) y *United States v. Ebbers*, Criminal No. 02-01144 (S.D.N.Y. Mar 2, 2004) (caso *WorldCom*). Sobre los antecedentes del caso *Enron* y para una valoración de la reacción legislativa, la *Sarbanes-Oxley Act*, puede verse, entre otros, *Geraldine Szott Moohr, An Enron Lesson: the Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime*, 55 *Florida Law Review* 937 (2003) y *Kathleen F. Brickey, Symposium: White Collar Criminal Law in Comparative Perspective: the Sarbanes-Oxley Act of 2002: Enron’s Legacy*, 8 *Buff. Crim. L. R.* 221 (2004).

<sup>21</sup> Cfr. *United States v. Collins*, No. 04-CR-00392, criminal information filed; *Securities and Exchange Commission v. Collins*, No. 04-CV-05030, complaint filed (N.D. Cal., San Francisco Nov. 30, 2004); *United States v. Kramer*, No. 04-CR-155, superseding indictment filed (S.D. Tex. Feb. 14, 2005); *United States v. Weisberg*, No. 05-CR-81, indictment filed (D. Colo. Feb. 17, 2005); *United States v. Bennett*, No. 05-CR-064, indictment filed (N.D. Ala. Feb. 3, 2005).

<sup>22</sup> Cfr. *United States v. Investment Enters.*, 10 F. 3d 263, 266 (5<sup>th</sup> Cir. 1993).

<sup>23</sup> Cfr. *Brown, Vicarious Criminal Liability of Corporations of the Acts of Their Employees and Agents*, 41 *Loy. L. Rev.* 279 (1995).

<sup>24</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Paccione*, 949 F. 2d 1183, 1200 (2d Cir. 1991).

<sup>25</sup> Cfr., por ejemplo, *Gem City Motors, Inc. v. Minton*, 109 Ga. App. 842, 845, 137 S.Ed. 2d 522, 525 (1964) y *State v. Tucker*, 242 Ga. App. 3, 528 S.Ed. 2d 523, 529 (Ga. 2000).

cooperación o comisión<sup>26</sup>. Incluso pueden ser condenados tanto el director como la sociedad por el mismo hecho delictivo<sup>27</sup>. Esta responsabilidad personal de los directores existe tanto en el caso de que hayan actuado por su cuenta y riesgo o en representación de la sociedad<sup>28</sup>. Las penas aplicables son de multa y prisión. Han existido condenas contra directores de 8 años, 13 años y hasta 24 años de prisión por defraudación contable (se suele citar como relevante el caso *Dynegy*)<sup>29</sup>. Existe discusión sobre si los tribunales pueden aplicar mayores penas que las máximas establecidas por las normas estatutarias<sup>30</sup>.

La segunda categoría de responsabilidad, llamada a veces “*accomplice liability*”, existe cuando el director u *officer* o agente ordena, aconseja, autoriza o colabora con un acto criminal, que puede ser federal o estadual<sup>31</sup>.

La tercera categoría de responsabilidad está basada en la “*responsible share concept*” que comenzó con violaciones a estatutos de la “*strict liability*”. En 1910<sup>32</sup> la Corte Suprema validó el procedimiento estadual y en 1943<sup>33</sup> creó esa doctrina, que se mantiene hasta hoy. En 1975 se le agregó el criterio de que la responsabilidad existirá si el demandado hubiera tenido una relación de responsabilidad con la situación, haya o no intervenido personalmente en la situación o incluso cuando no hubiera sido consciente de que estaba obrando mal, lo que se conoce como la “*responsible officer doctrine*”<sup>34</sup>. Esta doctrina se aplica también en el marco de otras normas criminales federales, incluyéndose los delitos medioambientales<sup>35</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. American Radiator & Std. San. Corp.*, 433 F. 2d 174 (3d Cir. 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 948, 91 S. Ct. 928, 28 L. Ed. 2d 231 (1971).

<sup>27</sup> Cfr. *United States v. Amrep Corp.*, 560 F. 2d 539, 545 (2d Cir. 1977).

<sup>28</sup> Cfr. *United States v. Abuhouran*, 972 F. Supp. 326 (E. De. Pa. 1997), *aff'd*, 161 F. 3d 206 (3d Cir. 1998), *cert. denied*, 526 U.S. 1077, 119 S. Ct. 1479, 143 L. Ed. 2d 562 (1999).

<sup>29</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Olis*, Criminal No. 03-00217 (S. D. Tex. 2004); *United States v. Brown*, 338 F. Supp. 2d 552 (M.D. Pa. 2004). En el primer caso la condena de 24 años fue modificada por el Fifth Circuit U.S. Court of Appeals en *United States v. Olis*, 450 F. 3d 583 (5th Cir. 2006) y en 2006 el U.S. Court of the Southern District of Texas confirmó el fallo pero redujo la condena a 72 meses de prisión en *United States v. Olis*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 68281 (D. Tex. 2006).

<sup>30</sup> Cfr. el caso de la Corte Suprema en *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 124 S. Ct. 2531, 159 L. Ed. 2d 403 (2004).

<sup>31</sup> Cfr. para el caso de los delitos federales, 18 U.S.C. § 2.

<sup>32</sup> Cfr. *Shevlin-Carpenter Co. v. Minnesota*, 218 U.S. 57, 30 S. Ct. 663, 54 L. Ed. 930 (1910).

<sup>33</sup> Cfr. *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277, 64 S. Ct. 134, 88 L. Ed. 48 (1943).

<sup>34</sup> Cfr. *United States v. Park*, 421 U.S. 658, 95 S. Ct. 1903, 44 L. Ed. 2d 489 (1975).

<sup>35</sup> Tales como por ejemplo los siguientes estatutos: *Federal Hazardous Substances Act*, *Sherman Act*, *Economic Stabilization Act* de 1970, *Occupational Safety and Health Act* (OSHA) y *Federal Water Pollution Act*. La doctrina del “*responsible corporate officer*” también fue específicamente aplicada al caso de delitos medioambientales en, por ejemplo: *Arizona v. Cohen*, 1999 Ariz. App. LEXIS 49, at 18 (Apr. 1, 1999), en donde se cita *United States v. Pollution Abatement Servs. of Oswego, Inc.*, 763 F. 2d 133 (2d Cir. 1985), *cert. denied*, 474 U.S. 1037 (1985). Es relevante también el antecedente la encuesta del U.S. Dep't of Justice, *Environmental Crime Prosecution: Results of a National Survey* (1994).

### 3. Normas penales estatales.

Existen además normas penales estatales que establecen delitos relacionados con la actividad de la sociedad y en numerosos supuestos ellas son también aplicables a todo tipo de personas, sean o no directores u *officers* de la sociedad. Así, por ejemplo, existen normas estatales que penan el ejercicio de funciones directivas respecto de sociedades disueltas o ajenas al proceso de liquidación societaria<sup>36</sup>, la distribución de dividendos sin ganancias netas<sup>37</sup> (por dolo o por negligencia), desfalco o malversación de fondos y obstrucción de la justicia en lo que se refiere a las pruebas (falsificación, manipulación, ocultamiento, destrucción, remoción y soborno)<sup>38</sup>, la violación del descanso dominical<sup>39</sup>, la falta de pago de pensiones y cargas sociales<sup>40</sup> o la emisión de declaraciones falsas sobre la emisión de acciones sociales<sup>41</sup>.

Específicamente sobre delitos relacionados con el medioambiente existe ya una incipiente cantidad de sentencias condenatorias de los directores que incurren en ellos, que aplican no sólo precedentes sino también normas estatales sobre polución medioambiental, como por ejemplo la *Washington Water Pollution Control Act*<sup>42</sup>.

Las normas federales conviven con las normas estatales que establecen la responsabilidad penal de los directores, *officers* e incluso de personal subalterno.

---

<sup>36</sup> Cfr., para el caso de Ohio, por ejemplo, *Ohio Rev. Code Ann.* §§ 1701.97, 1701.99.

<sup>37</sup> Cfr., por ejemplo, para el caso de Minnesota, *Minn. Stat. Ann.* § 300.60.

<sup>38</sup> Sobre los delitos relacionados con los medios de prueba puede verse en mayor detalle *Spoliation of Evidence: Will the New Millennium See a Further Expansion of Sanctions for the Improper Destruction of Evidence?*, 27 *Wm Mitchell L. Rev.* 687 (2000). La condena por este tipo de delitos puede, por ejemplo, inhabilitar perpetuamente a una persona para ser director de un banco.

<sup>39</sup> Cfr., por ejemplo, *State v. Maynard*, 1 Ohio St. 2d 57, 203 N.E. 2d 332 (1964), *cert. denied*, 382 U.S. 871 (1965).

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, *People v. Trapp*, 20 N.Y. 2d 613, 286 N.Y.S. 2d 11, 233 N.E. 2d 110 (1967).

<sup>41</sup> Cfr., por ejemplo, *State v. Woodington*, 31 Wis. 2d 151, 142 N.E. 2d 810 (1966), *cert. denied*, 386 U.S. 9 (1967).

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, *Department of Ecology v. Lundgren*, 971 P. 2d 948, 952 (Wa. 1999). En este caso fueron condenados la sociedad y el director que incurrió en el ilícito penal. Para una valoración de las soluciones aportadas por el derecho penal en el campo medioambiental, especialmente respecto de las multas aplicables, de las diversas formas de la "probation", de nuevas soluciones posibles en el campo penal tales como por ejemplo las llamadas "*beneficial environmental projects*" ("BEPs") respecto de las sociedades puede verse Martin Harrell, *Organizational Environmental Crime and the Sentencing Reform Act of 1984: Combining Fines with Restitution, Remedial Orders, Community Service and Probation to Benefit the Environment while Punishing the Guilty*, 6 *Villanova Environmental Law Journal* 243, (1995).

## Segunda parte.

### Estatutos penales específicos.

En esta parte seguimos la sistemática expositiva de los autores norteamericanos.

#### 1. La Sarbanes-Oxley Act de 2002.

El 30 de julio de 2002 se sancionó la *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, más conocida como la *Sarbanes-Oxley Act*, la mayor reforma societaria en décadas en los Estados Unidos. Esta no es una norma o regulación individual o específica, antes bien crea algunos nuevos delitos o modifica otras muchas normas estatutarias y regulaciones que ya estaban en vigor previamente. Es importante destacar que, mientras esta norma impone multas mayores y plazos de prisión más largos por delitos societarios, no criminaliza algunas conductas que anteriormente hubieran estado legalmente permitidas, tales como fraude con títulos de créditos, obstrucción a la justicia, destrucción intencional de pruebas y emisión de declaraciones falsas, sino que ya lo estaban. Específicamente esta norma incrementa el riesgo procesal de los directores y *officers* en relación a ciertas violaciones a normas penales, incrementando en algunos casos la pena. El campo de acción de estas normas son cuatro áreas: fraude con títulos de crédito, violación con certificados, obstrucción a la justicia y violación de deberes fiduciarios<sup>43</sup>. Finalmente, haré referencia a algunas normas propias de la responsabilidad civil de los directores.

##### **a. Fraude con títulos de crédito.**

La conducta incriminada es la defraudación a terceros por parte del emisor de títulos de crédito o la obtención fraudulenta o simulada de representaciones, promesas, dinero o propiedad en relación a la compraventa de títulos de crédito conforme los artículos 12 y 15(d) de la *Securities Exchange Act* de 1934<sup>44</sup>. La pena es una multa o de hasta 25 años de prisión o ambas.

##### **b. Violación de certificaciones.**

Mientras que desde hace décadas los *officers* estaban obligados a firmar los informes de la norma de 1934, ahora los *Chief Executive Officers* (CEO) y los *Chief Financial Officers* (CFO) deben personalmente certificar las declaraciones financieras ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC), corriendo el riesgo de ser condenados al pago de una multa de hasta 5 millones de dólares y hasta 20 años de prisión<sup>45</sup>. Estos órganos deben certificar tanto que el certificado cumple con las normas de *Securities Exchange Act* de 1934 como

---

<sup>43</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-13.

<sup>44</sup> Cfr. 15 U.S.C. 780(d) y 781.

<sup>45</sup> Cfr. § 906, en 18 U.S.C. § 1350.

que el contenido material de lo certificado es fiel reflejo de la condición financiera y resultados económicos de la sociedad. La norma involucra dos hipótesis de responsabilidad penal potencial relativa a certificaciones falsas: a “sabiendas” de que el informe no cumple con los requerimientos legales, lo que puede traer aparejado 10 años de prisión y/o una multa de 1 millón de dólares, o bien la que “intencionadamente” certifica sabiendo que no cumple con los requerimientos la *section* 906 de la norma de 1934, lo que puede traer aparejado hasta 20 años de prisión y una multa de 5 millones de dólares<sup>46</sup>.

### **c. Obstrucción a la justicia.**

La *Sarbanes-Oxley Act* crea tres nuevos delitos referidos a la obstrucción de justicia sobre otros dos ya existentes anteriormente. El primero está regulado en el capítulo 18 del *United States Code*, §1519, que consiste en alterar, destruir, mutilar, ocultar o de otro modo falsificar un documento con la intención de perjudicar o impedir, “a sabiendas”, respecto de un procedimiento llevado a cabo por una repartición estatal federal o un caso concursal o un caso relacionado con ellos. La norma incluye al autor material y a cualquier repartición pública de los Estados Unidos, con lo que incluye todo tipo de investigaciones administrativas menos formales, como algunos tipos de investigaciones de la SEC.

El segundo añade otro inciso en el mismo capítulo del *United States Code* (U.S.C., §1512) mediante el cual se pena la obstrucción o impedimento –mediante la alteración, destrucción, mutilación, ocultamiento u otro tipo de falsificación- respecto de un procedimiento judicial federal, administrativo o parlamentario. Este inciso se solapa con el supuesto anteriormente legislado, que permanece. La pena máxima es de prisión de hasta 20 años.

### **d. Violación de deberes fiduciarios.**

Respecto de los deberes fiduciarios de cuidado –haber tomado medidas para arribar a decisiones informadas debidamente- y de lealtad –haber privilegiado los intereses de la sociedad por encima de sus intereses personales- la norma analizada establece nuevas conductas “requeridas” a los directores y *officers*, tales como por ejemplo la prohibición de préstamos a los directores, a fin de reducir el riesgo del conflicto de intereses<sup>47</sup>.

### **e. El daño patrimonial.**

El así denominado por los autores “Economic Crime Package” de 2001 toca sólo tangencialmente los problemas civiles o patrimoniales derivados de los ilícitos penales creados o agravados y habla de un “daño pecuniario razonablemente previsto” derivado de la ofensa criminal<sup>48</sup>. A la hora de definir el “daño pecuniario” las *Guidelines* excluyen

---

<sup>46</sup> Sobre los aspectos novedosos y críticos de la *Sarbanes Oxley Act* sobre el tema de las certificaciones y sobre la necesidad de incluir los aspectos de la negligencia sobre ellas puede verse Christopher Wyant, *Executive Certification Requirements in the Sarbanes-Oxley Act of 2002: A Case for Criminalizing Executive Recklessness*, 27 *Seattle Univ. L. R.* 561 (2003).

<sup>47</sup> Cfr. *Sarbanes-Oxley Act*, § 402 (a).

<sup>48</sup> Cfr. las *U.S. Sentencing Guidelines*, U.S.S.G. 2B1.1 cmt. n.2(A)(i).

específicamente el daño emocional, el daño a la reputación y otros daños no económicos<sup>49</sup>, lo que no ha escapado a la crítica implícita de los especialistas, que señalan que no existen iniciativas por una ampliación del daño resarcible<sup>50</sup>. No obstante esta política criminal de no cubrir los daños no pecuniarios, los procesos civiles han aportado la satisfacción de los daños patrimoniales, proporcionando por ende un efecto compensatorio y hasta un cierto efecto disuasorio, propio de las normas penales. La aplicabilidad de la *Federal Rule of Criminal Procedure (6(e))* pone de manifiesto lo que puede llamarse una cierta complementación de las normas criminales y civiles<sup>51</sup>. Finalmente, numerosas normas no excluyen otras sanciones paralelas a las penas criminales impuestas por el mismo hecho<sup>52</sup>.

## 2. Foreign Corrupt Practices Act de 1977.

La *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977 fue sancionada a fin de responder a conductas consistentes en pagos de sociedades norteamericanas a funcionarios o gobiernos extranjeros en orden a obtener o mantener negocios en esos países, que suelen permanecer en la clandestinidad o que no son revelados –o lo son inadecuadamente- en la contabilidad societaria. Otro objetivo legislativo es el mejoramiento de la imagen de las sociedades norteamericanas en el extranjero<sup>53</sup> y canalizar la lucha contra los “delitos de cuello blanco” respecto de las investigaciones del Departamento de Justicia y de la *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

---

<sup>49</sup> Idem, 2B1.1 cmt. n.2(A)(iii).

<sup>50</sup> Cfr. Frank O. Bowman III, *The 2001 Federal Economic Crime Sentencing Reforms: An Analysis and Legislative History*, 35 *Ind. L. Rev.* 5, 18, 50 (2001).

<sup>51</sup> Cfr. Mary Kreiner Ramirez, *Just in Crime: Guiding Economic Crime Reform After the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 34 *Loy. U. Chi. L.J.* 359, 403 (2003). Pero esta autora también señala que la política de los procesos civiles por daños se ha visto limitada en su satisfacción en los últimos años –durante la década de los noventa-, como sucede por ejemplo en el caso de la *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 (Pub. L. No. 104-67, 109 *Stat.* 737 (codificada como modificación en secciones dispersas del *chapter 15 U.S.C.*)) que ha agravado las cargas procesales del actor en estos procesos vinculados con fraudes en “*Securities*”. También se señala las limitaciones a los actores impuestas en la *Securities Litigation Uniform Standards Act* de 1998 (Pub. L. No. 105-353, 112 *Stat.* 3227 (modificando artículos dispersos del *chapter 15 U.S.C.* 77-78)), especialmente en materia de costos judiciales previos a la acción civil y respecto de los honorarios de los abogados, lo que dificulta su comienzo. A juicio de esta autora lo mismo ocurre respecto de las acciones civiles fundadas en la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002.

<sup>52</sup> Cfr., a título de ejemplo, las mencionadas por Mary Kreiner Ramirez, *Just in Crime: Guiding Economic Crime Reform After the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 34 *Loy. U. Chi. L.J.* 359, 403 (2003) en la nota 244, especialmente en el caso de la pena de “*restitution*”.

<sup>53</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-15/16. Estos autores mencionan el caso de la sociedad *Lockheed*, que fue condenada al pago de una multa de 25 millones de dólares por pago de sobornos por un millón de dólares en 1995 y también mencionan que en muchos casos las sociedades se acogen a una voluntaria revelación de los pagos de sobornos a fin de recibir un trato gubernamental más favorable.

### **a. Normas anti-sobornos.**

Las normas anti-sobornos penan el uso instrumental del comercio interestatal mediante el pago u ofrecimiento de pago de algo de valor a un funcionario extranjero, partido político o candidato para inducir una acción o una omisión de acción que tenga como fin ayudar a la sociedad en la obtención, retención o dirección de negocios<sup>54</sup>. Existe un estándar “doloso” en el sentido de que el pago debe hacerse “a sabiendas” de que será utilizado como soborno por el beneficiario del pago o por terceros, dentro de lo que puede incluirse la conducta de “evitar ese conocimiento” o de la llamada “ceguera voluntaria” (“*willful blindness*”).

Sin embargo, existen tres excepciones a la regla en las cuales los sobornos –de acuerdo a esta norma- no son punibles, a saber<sup>55</sup>:

- a) “*acciones gubernamentales rutinarias*” (“*routine governmental actions*”). Estas incluyen usuales servicios gubernamentales como obtención de permisos, emisión de documentos, procesamiento de documentos gubernamentales como visas o permisos de trabajo, realización de inspecciones, protección policial, envío y recogida de correo, conexión telefónica, eléctrica o de aguas corrientes, protección de mercadería perecedera, etc. Son los llamados “*grease payments*” (“pagos grasos o lubricados”). Desde el punto de vista del valor justicia, en realidad estos son pagos de servicios lícitos oportunamente cumplidos y por ende no entrañan sobornos, salvo que impliquen un sobresueldo o un cobro indebido por un trabajo innecesario, indebido o no realizado, en mi opinión.
- b) “*pagos legales*” (“*legal payments*”). Estos son los pagos o regalos que estén expresamente establecidos como obligatorios por la legislación escrita en vigor en el país. En mi opinión y desde el punto de vista valorativo estos sí pueden ser sobornos en la medida de que impliquen ausencia de servicios lícitos y necesarios o lisa y llanamente ausencia de servicios, aunque estén previstos expresamente por una ley positiva, porque resultan injustos y descalificables por esas razones.
- c) “*gastos de buena fe*” (“*reasonable and bona fide expenditures*”). La norma permite el pago, regalo, oferta o promesa de algo de valor que constituya un “gasto razonable y de buena fe” si tales gastos se encuentran “directamente relacionados” ya sea con la promoción del producto o servicio con la ejecución de un contrato con un gobierno extranjero, como por ejemplo el pago de viajes y alojamiento de funcionarios. En nuestra opinión, y desde el punto de vista de la justicia, estos gastos pueden tener una justificación equívoca o ambigua, lo que habría que aclarar.

---

<sup>54</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 78dd-1 (a) y § 78dd-2(a), normas referidas tanto a sociedades que deben informar regularmente a la SEC como otras sociedades estadounidenses.

<sup>55</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 77 y 78, con sus incisos, distinguiendo se trate de sociedades norteamericanas que deben informar o no a la SEC.

La pena por estos delitos es una multa de 100.000 dólares o prisión de hasta 5 años o ambas. Las sociedades pueden ser multadas hasta 2 millones.

### **b. Normas contables.**

Las normas contables de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), modificatorias de la *Securities Exchange Act* de 1934 establecen requisitos respecto de la conservación de la contabilidad y los controles internos. Respecto de lo primero (“*record keeping*”) las normas requieren el llevado de los libros de modo tal que se reflejen razonablemente las operaciones empresariales, tanto en cantidad como cualitativamente y que la SEC pueda individualizar toda posible operación fraudulenta. Como tipos de registraciones “impropias” se incluyen la omisión del registro de transacciones impropias, la falsificación de registros para cubrir transacciones impropias y la creación de registros que son cuantitativamente correctos pero que omiten especificar los aspectos cualitativos de la transacción que puedan revelar el verdadero propósito de un pago concreto.

Respecto de los controles internos las exigencias legales tienen como fin el que las operaciones estén correctamente autorizadas por el órgano societario correspondiente y los procesos de control asegurados<sup>56</sup>. La SEC ha identificado algunos factores para considerar si un sistema de control es adecuado: el rol del directorio, la comunicación de los procedimientos y políticas de la empresa, la asignación de autoridades y responsabilidades, la competencia e integridad del personal, la contabilidad del desempeño empresarial y para el cumplimiento de las políticas y procedimientos y, finalmente, la objetividad y efectividad de la auditoría interna<sup>57</sup>.

Los directores son responsables penalmente por la violación “consciente” de estas normas contables, sea mediante la burla voluntaria, o la omisión del establecimiento de un sistema de control o por la voluntaria falsificación de libros y asientos contables. Los errores técnicos o insignificantes no están incriminados<sup>58</sup>. Como ocurre con las normas anti-soborno, este estándar de “consciencia” incluye los voluntarios intentos de “*no-conocer*”.

### **c. Protección financiera de los directores.**

Los directores se encuentran expuestos no sólo al riesgo de incurrir en penas por violaciones penales sino que también pueden ser responsables en cuanto la norma prohíbe la cobertura indemnificatoria de ellos en tales supuestos<sup>59</sup>. Tampoco están cubiertos los

---

<sup>56</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 78m (b) (2) (A).

<sup>57</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 78m (b) (2) (B).

<sup>58</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 78m (b) (5).

<sup>59</sup> Cfr. 15 U.S.C. § 78ff (c) (3) y Cfr. 15 U.S.C. § 78 dd-3 (e) (3).

costos judiciales por tales violaciones “conscientes”, salvo que la defensa sea exitosa. Está discutido si la sociedad –conforme sus estatutos o fuera de ellos- puede o no adelantar fondos para la defensa judicial de los directores en procesos de responsabilidad, teniendo en cuenta las peculiaridades personales del defendido<sup>60</sup>.

El 15 de febrero de 1999 la *Organization for Economic Cooperation & Economic Development* (OECD u OCDE en sus siglas en castellano) entró en vigencia una prohibición de pagos de sobornos por países miembros por parte de sociedades. El gobierno federal de Estados Unidos sugirió otras medidas para disminuir el soborno, incluyendo penas para países que acepten sobornos y la consideración de ellos en las políticas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial a la hora de tomar decisiones de préstamos.

### 3. La Comprehensive Crime Control Act de 1984.

Esta norma crea nuevos delitos de cuello blanco, establece supuestos de prácticas mafiosas y modifica normas previas de fondo y procesales<sup>61</sup>. Una parte importante de esta disposición se ocupa de supuestos anti-soborno aplicables a entidades financieras<sup>62</sup>. Las penas son multa y prisión.

### 4. La Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970 (RICO).

La *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO)<sup>63</sup>, de ámbito federal, es una norma penal de tipo económico que establece delitos penales de tipo mafioso o del crimen organizado que pueden dar lugar a responsabilidades civiles de directores y *officers*, sancionada en 1970 como parte de la *Organized Crime Control Act* del mismo año. Existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que define criterios de interpretación

---

<sup>60</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-20. Por ejemplo, en el caso *Havens v. Attar* 1997 Del. Ch. LEXIS 12 (Jan. 20, 1997) se aplicó la *Business Judgment Rule* para juzgar que los directores violaron su deber de cuidado al aprobar el adelanto de fondos para su defensa penal. Para juzgar estos casos hay que tener en cuenta si lo prevé el Estatuto de la sociedad, la cuantía de los gastos judiciales, las posibilidades de pago de los directores, el resultado del juicio penal y el principio de que los seguros no pueden cubrir las condenas penales ni, por ende, los gastos devengados por las mismas. Pero este tipo de casos no regulan los gastos causídicos de las defensas en acciones civiles de responsabilidad.

<sup>61</sup> Cfr. Act of Oct. 12, 1984, Pub. L. 98-473, Title 11, 98 Stat. 1976. Ver también *Sentencing Act* de 1987, Pub. L. n. 100-182, 101 Stat. 1266 (1987).

<sup>62</sup> Cfr. 18 U.S.C. § 215, y la *Bank Bribery Amendments Act*, Pub. L. 99-370 (Aug. 4, 1986).

<sup>63</sup> Cfr. 18 U.S.C. §§ 1961-1968, as amended (1988).

sobre las figuras penales de la norma y su ámbito de aplicación<sup>64</sup>. Numerosos delitos pueden cometerse bajo esta norma sobre el crimen organizado, tales como por ejemplo secuestros, asesinatos, extorsiones, cobros ilegales de impuestos, conspiración, incendios provocados, evasiones impositivas, sobornos o la inducción a cometerlos, todos ellos mediante el fraude postal, electrónico, bancario, de títulos negociables y financiero<sup>65</sup>. Gran parte de estos delitos son los típicos “delitos de cuello blanco” y representan un esfuerzo serio del gobierno federal en el combate al crimen organizado<sup>66</sup>. El plazo de prescripción de las acciones civiles es de cuatro años<sup>67</sup>. Numerosos Estados han sancionado regímenes análogos a este ordenamiento federal, con sus propias particularidades. Este régimen abarca tanto a sociedades cuyo objeto puede ser calificado como delictivo como a sociedades con objeto lícito pero con medios delictivos<sup>68</sup>. Las penas son confiscación (“*forfeiture*”), multas y prisión. La primera pena, que no se aplicaba en los Estados Unidos desde 1790, fue avalada por la jurisprudencia<sup>69</sup> y modificada y ampliada en 1984<sup>70</sup>. Los sujetos pasivos de las penas han sido representantes legislativos, senadores, funcionarios, jueces, empleados administrativos, alcaldes, comisionados de distrito, agentes de policía, oficiales penitenciarios, avalistas, hombres de negocios, sindicalistas, cooperativas, agencias gubernamentales, empresas petroleras y “criminales profesionales”<sup>71</sup>. Existen fallos de la Corte Suprema que son importantes en orden a la aplicación de este instituto<sup>72</sup>.

---

<sup>64</sup> Un panorama general de este régimen penal especial y sus consecuencias civiles puede verse en el voto del juez White en el *leading case* de la Corte Suprema de Estados Unidos *Sedima S.P.R.L. v. Imrex Co.*, 473 U.S. 479, 495, 105 S. Ct. 3275, 87 L. Ed. 2d 346 (1985). Asimismo respecto de la “*continuity plus relationship test*” como requisitos para la aplicación del régimen puede verse el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *H.J., Inc. v. Northwestern Bell Tel. Co.*, 492 U.S. 229, 106 L. Ed. 2d 195, 109 S. Ct. 2893 (1989). Sobre la causación penal puede verse, también de la Corte Suprema, *Holmes v. Securities Investor Protection Corp.*, 503 U.S. 258, 112 S. Ct. 1311, 117 L. Ed. 2d 532 (1992).

<sup>65</sup> Cfr. 18 U.S.C. § 1961 (a).

<sup>66</sup> Es ilustrativa al respecto la caracterización que se hace de este régimen en el caso *United States v. Frega*, 179 F. 3d 793, 800 (9th Cir. 1999).

<sup>67</sup> Cfr. *Agency Holding Corp. v. Malley-Duff & Assoc.*, 483 U.S. 143, 156, 97 L. Ed. 2d 121, 107 S. Ct. 2759 (1987).

<sup>68</sup> Cfr. estas categorías en *Kovian v. Fulton County Nat. Bank and Trust Co.*, 100 F. Supp. 2d (N.D.N.Y. 2000).

<sup>69</sup> Cfr., por ejemplo, el importante fallo de la Corte Suprema en *Russello v. United States*, 464 U.S. 16, 104 S. Ct. 296, 78 L. Ed. 2d 17 (1983), apoyando la pena de confiscación. En el futuro debería analizarse las consecuencias civiles de esta pena específica.

<sup>70</sup> Cfr. Pub. L. 98-473, Title II, 98 Stat. 2192, *Comprehensive Crime Control Act* de 1984.

<sup>71</sup> Cfr. el elenco reunido por Knepper, Vol. I, 8-23/24, con cita de la jurisprudencia respectiva a cada sujeto. Las sentencias han sido dictadas desde 1976 y hasta el 2008.

<sup>72</sup> Cfr. *United States v. Monsanto* 491 U.S. 600, 109 S. Ct. 2657, 105 L. Ed. 2d 512 (1989) y *Caplin & Drysdale, Chartered v. United States* 491 U.S. 617, 109 S. Ct. 2646, 109 S. Ct. 2667, 105 L. Ed. 2d 528 (1989).

## 5. Delitos sobre “securities”.

En términos generales puede decirse que los delitos federales relacionados con los “Securities” o títulos valores en sentido genérico<sup>73</sup>, están referidos a falsedades materiales sobre ellos, omisiones materiales y formales, inducción a engaño, declaraciones falsas, apropiación ilícita<sup>74</sup> y a lo que se suele denominar “insider trading”, es decir el uso abusivo de información privilegiada<sup>75</sup>. Existen en total siete normas estatutarias sobre delitos federales relacionados con las “Securities”, la primera de 1933<sup>76</sup>.

Como ya se ha visto las penas aplicables a actividades relacionadas con los títulos valores o “securities” han sufrido en gran parte modificaciones por la *Sarbanes-Oxley Act*. Existen, entre otros, estatutos que regulan cuestiones con los títulos valores tales como la *Securities Act* de 1934, la *Insider Trading Sanctions Act* de 1984<sup>77</sup>, la *Insider Trading Act*<sup>78</sup>, la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988<sup>79</sup> y la *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act* de 1990<sup>80</sup>. Estos delitos están relacionados con la compraventa de títulos valores en el caso de posesión de información no pública o bien de una ilegal revelación de información no pública a terceros involucrados en esas operaciones, de cuyos ilícitos pueden surgir la comisión de delitos penales y civiles por parte de los directores u *officers*. Tales acciones pueden dar lugar también a diversas medidas precautorias contra directores de sociedades. Los cómplices pueden ser condenados con las mismas penas que los culpables directos. Los delitos pueden ser cometidos en el comercio interestatal o mediante el correo. Las normas suelen prever

---

<sup>73</sup> Para la temática general de los “Securities” puede verse Louis Loss & Joel Seligman, *Fundamentals of Securities Regulation*, (1995). Para el concepto de “Securities” véase la definición de la norma en 15 U.S.C. § 78c(a)(10)(10) (2000) y también la doctrina en Kyle M. Globerman, Note, *The Elusive and Changing Definition of a Security: One Test Fits All*, 51 *FLA. L. REV.* 271, 306-18 (1999).

<sup>74</sup> Para una teoría de la “misappropriation” puede verse, entre otros, Barbara B. Aldave, *Misappropriation: A General Theory of Liability for Trading on Non-public Information*, 13 *HOFSTRA L. REV.* 101, 122 (1984). Comentando un caso relevante puede verse también Michael A. Snyder, Note, *United States v. O'Hagan, The Supreme Court and the Misappropriation Theory of Securities Fraud and Insider Trading: Clarification or Confusion?*, 27 *CAP. U. L. REV.* 419, 447 (1999).

<sup>75</sup> El “Insider Trading” ha tenido un creciente desarrollo en el mundo jurídico estadounidense. Puede verse una referencia general en C. Edward Fletcher, *Materials on the Law of Insider Trading* (1991), entre otros.

<sup>76</sup> Cfr. para un panorama general sobre los conceptos básicos y el régimen del derecho penal sobre el tema puede verse, entre otros, Joseph Conahan, Janine Loaisiga Ivanova, Paul Noletter & Aram Young, *Securities Fraud*, 40 *American Criminal Law Review*, 1041, (2003).

<sup>77</sup> Cfr. Pub. L. No. 98-376, 98 Stat. 1264 (1984).

<sup>78</sup> Cfr. particularmente 15 U.S.C. § 78t-1 y ss. Ver también, entre otros lugares, 17 C.F.R. § 240.14e-3 (1992).

<sup>79</sup> Cfr. Pub. L. No. 100-704, 102 Stat. 4677. La pena máxima para el “insider trading” es de 1,1 millón de dolares (2,5 millones para sociedades) y prisión de hasta 10 años.

<sup>80</sup> Cfr. Pub. L. No. 101-429, 104 Stat. 931.

procedimientos administrativos<sup>81</sup> ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC) y judiciales. Ese organismo administrativo puede imponer sanciones para proteger al público respecto de las *securities*.

Asimismo la *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act* de 1990 concede jurisdicción federal a los tribunales para imponer penas civiles por casi todos los ilícitos cometidos en el tráfico de títulos valores, exceptuando las normas sobre *insider trading*, que lo regulan separadamente. La típica pena por delitos en este campo es la prisión de hasta 5 años o una multa de 10.000 dólares o ambas.

En cuanto a las acciones civiles<sup>82</sup>, estas pueden incluir las siguientes: daños y perjuicios, enriquecimiento injusto, penas civiles y “*cease-and-desist orders*”<sup>83</sup>, además de las medidas precautorias correspondientes<sup>84</sup>. La *Securities and Exchange Commission* (SEC) tiene facultades para determinar y crear medidas precautorias autónomas en sede civil (“*Injunctive Actions* y *Ancillary Measures*”), especialmente en situaciones de emergencia<sup>85</sup>. Entre las segundas cabe mencionar la intervención societaria mediante la designación de un “*receiver*”<sup>86</sup>. Estas sanciones civiles son remediadoras y coercitivas antes que punitivas y sirven para compensar al sujeto dañado por la conducta ilícita consistente en violar los mandatos de esta repartición pública que haya ordenado una medida precautoria y para asegurar el cumplimiento de éstas<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Para los procedimientos administrativos ante la SEC por violaciones del derecho de “*Securities*” véase Ralph C. Ferrara & Philip S. Khinda, *SEC Enforcement Proceedings: Strategic Considerations For When the Agency Comes Calling*, 51 *ADMIN. L. REV.* 1143, 1186-91 (1999). Numerosos terceros pueden verse demandados en este tipo de procedimientos administrativos y sujetos a sanciones administrativas, incluyendo numerosos profesionales intervinientes en la dinámica económica de las “*Securities*” tales como empresarios, agentes de bolsa, directores, inversionistas, etc.

<sup>82</sup> Para una distinción entre sanciones civiles y sanciones penales en el campo de las “*Securities*” véase John F.X. Peloso, *The Criminalization of Securities Laws*, *N.Y. L.J.*, May 28, 1987, at 1, en el que discute esa distinción. Sobre la génesis del derecho penal sobre “*Securities*” véase Arthur F. Mathews, *Criminal Prosecutions Under the Federal Securities Laws and Related tatutes: The Nature and Development of S.E.C. Criminal Cases*, 39 *GEO. WASH. L. REV.* 901, 914 (1971).

<sup>83</sup> Estas son una suerte de medidas precautorias que pueden obligar a cesar una determinada conducta por parte de la sociedad que, al menos preliminarmente, haya violado la ley penal. Sobre ellas puede verse la explicación de su régimen en Joseph Conahan, Janine Loaisiga Ivanova, Paul Noletter & Aram Young, *Securities Fraud*, 40 *American Criminal Law Review*, 1041, 1092, (2003).

<sup>84</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-30.

<sup>85</sup> Cfr. 15 *U.S.C.* § 77f(b) (2000).

<sup>86</sup> Cfr. SEC v. Amer. Bd. of Trade, Inc., 830 F.2d 431, 436 (2d Cir. 1987) “*obiter dicta*”.

<sup>87</sup> Cfr. Yates, 355 *U.S.* at 74-75 (1957); Quilling v. Funding Resource Group, 227 F.3d 231, 234 (5th Cir. 2000). Puede verse el marco normativo, por ejemplo, en la obra de Marc I. Steinberg & Ralph C. Ferrara, *Securities Practice, Federal and State Enforcement* § 3:02 (1992 & Supp. 2000).

Para contrarrestar los riesgos de ilícitos penales que se pueden cometer a través de la red Internet, la SEC ha creado la *Internet Enforcement Office* para el tratamiento de los fraudes exclusivamente cometidos a través de ella<sup>88</sup>.

La *Sarbanes-Oxley Act* en 2002 añadió ilícitos, amplió penas y estableció algunos nuevos delitos relacionados con las negociaciones de títulos valores y nuevos poderes de los órganos societarios, tales como, por ejemplo<sup>89</sup>:

1. *Federal Securities Fraud Statute.*

Se establece un nuevo cuerpo normativo sobre el fraude con títulos valores de una sociedad cotizante públicamente. Las penas son de prisión de hasta 25 años, multas o ambas.

2. *Aumento de penas por violaciones a la Securities Act de 1934.*

El máximo de la multa fue elevado de un millón a 5 millones de dólares y de la prisión de 10 años a 20 años. Asimismo se elevó el máximo de la multa a cargo de la sociedad de 2,5 millones a 25 millones de dólares.

3. *Penas por certificaciones falsas.*

La pena por certificaciones falsas simples es de 1 millón de dólares o 10 años de prisión o ambas y para el caso de certificaciones “a sabiendas” de que no se corresponden con los requisitos de la *Securities Act* de 1934 son de 5 millones de dólares o 20 años de prisión o ambas. Estas penas del segundo caso han sido constitucionalmente avaladas en un caso de 2004<sup>90</sup>.

4. *Confiscación de bonus y compensación con acciones.*

La norma habilita a la SEC a confiscar obligatoriamente a un CEO o un CFO un *bonus* o *retribución en acciones (“Equity compensation”)* en caso de informes contables o balances que no reúnen las exigencias legales<sup>91</sup>.

5. *“Retaliation penalties”.*

La norma permite el despido u otro tipo de medidas contra el directorio que haya revelado información habiendo mediado un procedimiento de investigación llevado a cabo por una entidad gubernamental federal o un órgano superior del empleado<sup>92</sup>. Las penas son multa, 10 años de prisión o ambas<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Para un estudio de los alcances de esta medida puede verse Suzanne Manning & Phyllis Diamond, *Microcap Fraud over Internet*, 30 *SEC. REG. & L. REP.*

<sup>89</sup> Cfr., entre otras normas, § 807 de la *Sarbanes-Oxley* y el nuevo 18 *U.S.C.* § 1348 y ss. Y § 1513/1514.

<sup>90</sup> Cfr. *United States v. Scruschy*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 23820 (N.D. Ala. Nov. 23, 2004).

<sup>91</sup> Cfr. *Sarbanes-Oxley Act*, § 304.

<sup>92</sup> Cfr. § 806 de la *Sarbanes-Oxley Act* y el nuevo 18 *U.S.C.* § 1514A.

<sup>93</sup> Cfr. § 1107 de la *Sarbanes-Oxley Act* y el 18 *U.S.C.* § 1513, que incluye el nuevo inciso (e).

De acuerdo a la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988 ("ITSFEA"), la pena máxima por el *insider trading* es de multa de 1,1 millón de dólares (o de 2,5 millones para sociedades) y diez años de prisión.

## 6. Normas laborales.

Existen normas penales que regulan tópicos propios de las relaciones laborales<sup>94</sup>. Por ejemplo la *Occupational Safety and Health Act* (OSHA), sancionada en 1970<sup>95</sup>, por la que puede responsabilizarse a directores u *officers* por violaciones a ella, especialmente en caso de muertes de trabajadores y de falsa representación o declaración laboral<sup>96</sup>. Las penas son de multa o prisión o ambas. Existe jurisprudencia dividida sobre cómo calificar al transgresor como empleador o no, y en su caso si puede ser responsabilizado penalmente como "empleador"<sup>97</sup>. Ello sobre todo teniendo en cuenta la envergadura económica de la sociedad –en las que puede no estar clara la distinción entre director y empresario empleador- y, especialmente cuando se trata de una sociedad sustancialmente del tipo "*sole proprietorship*". Sólo una norma se refiere a la responsabilidad civil del empleado por violación de las normas de seguridad laboral<sup>98</sup>.

Otras normas que regulan ilícitos penales derivados de relaciones laborales son<sup>99</sup>:

La *Federal Mine Safety and Health Act* ("FMSHA"), de 1977, que regula la explotación minera. Esta norma prevé supuestos de responsabilidad penal y civil de directores, *officers* y representantes societarios del empleador.

La *Fair Labor Standards Act* ("FLSA"), de 1938, regula los salarios mínimos, la discriminación por distintos motivos, el trabajo infantil, las condiciones de trabajo impropias. Esta norma prevé acciones civiles para su cumplimiento<sup>100</sup>.

---

<sup>94</sup> Para un panorama general puede verse, por ejemplo, Andrew B. Loewenstein / Adriana Rodriguez & Erin Stockley Employment-Related Crimes, 36 *Am. Crim. L. Rev.* 475 (1999).

<sup>95</sup> Cfr. 29 U.S.C. § 666(e) (1988).

<sup>96</sup> Sobre algunos aspectos particulares de la OSHA para los casos de homicidio puede verse, por ejemplo, Note, Getting Away with Murder: Federal OSHA Preemption of State Criminal Prosecutions for Industrial Accidents, 101 *HARV. L. REV.* 535 (1987); Kathleen F. Brickey, Death in the Workplace: Corporate Liability for Criminal Homicide, 2 *NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y*, 753, 756 n.7 (1987), en el que se estudian 15 casos de homicidio de empleados; David Von Ebers, Note, The Application of Criminal Homicide Statutes to Work-Related Deaths: Mens Rea and Deterrence, 1986 *U. ILL. L. REV.* 969, 998.

<sup>97</sup> Cfr. en el caso *United States v. Doig*, 950 F.2d 411, 415 n. 5 (7th Cir. 1991) el tribunal se resistió a condenar a quien no era un *officer* de la sociedad, pero *obiter dicta* dijo que si hubiera sido director u *officer* hubiera podido ser condenado bajo esta norma como "empleador". En otro caso, *United States v. Shear*, 962 F.2d 488, 495 (5th Cir. 1992) el tribunal también se resistió a condenar a un empleado que no era director ni *officer*, pero dejó abierta la cuestión para el hipotético caso de un director u *officer* de la sociedad.

<sup>98</sup> 30 U.S.C. § 820 (1994).

<sup>99</sup> Cfr., entre otros autores, Harsh Trivedi / Ilissa Brownstein, Employment-Related Crimes, 39 *American Criminal Law Review*, (2002), 355 y ss. Las penas suelen ser prisión, multas o ambas.

<sup>100</sup> Cfr. *Castillo v. Givens*, 704 F.2d 181, 187 n.11 (5th Cir. 1983).

La *Labor Management Relations Act* ("LMRA") de 1984 sanciona los sobornos gremiales o préstamos a dependientes que los encubren. Asimismo el art. 302 c) contiene nueve excepciones a la norma.

La *Labor-Management Reporting and Disclosure Act* ("LMRDA") de 1959 penaliza la apropiación de fondos sindicales para fines no sindicales.

## 7. Normas estatales sobre delitos contra empleados.

En Estados Unidos conviven normas federales como la OSHA y normas estatales que regulan delitos cometidos por la sociedad o por los directores contra empleados de la sociedad, tales como muertes o daños físicos por malas condiciones de trabajo, expresamente permitidas en la *section* 18 de la OSHA y por la jurisprudencia vigente<sup>101</sup>.

## 8. Normas concursales.

Los directores y *officers* está expuestos a sanciones penales conforme el capítulo 18 del *United States Code* (USC), cuya *section* 152, entre otras normas, penaliza transferir u ocultar bienes del activo concursal con la finalidad de sustraerlos a los fines concursales<sup>102</sup>. Esta norma puede ser violada no sólo por el concursado sino por terceros<sup>103</sup>. No debe olvidarse que en estos casos es aplicable también el sistema estructurado por la *Sarbanes-Oxley Act*, cuya *section* 803 (reformadora de la *section* 523 (a) del 11 *U.S. Code*) penaliza violaciones a la norma relacionadas con los títulos valores, fraudes, engaño o manipulación con los tales.

## 9. *Economic Espionage Act* de 1996.

Esta norma, contenida en el capítulo 18 del *United States Code*, §1831 y ss., constituye una amplia prohibición y sanción de la apropiación de secretos comerciales, estableciendo penas de multa hasta 10 millones de dólares y prisión de hasta 15 años. Los secretos protegidos están considerados en forma amplia y en la medida de que su titular

---

<sup>101</sup> Un ejemplo de condena conjunta a la sociedad y los directores en un caso de daños a la salud y por muerte de los empleados puede verse en *People v. Pymm*, 76 N.Y. 2d 511, 561 N.Y.S. 2d 687, 563 N.E. 2d 1 (1990), *cert. denied*, 498 U.S. 1085, 111 S. Ct. 958, 112 L. Ed. 2d 1046 (1991). En él se declaró válida la coexistencia de ambos regímenes estatales y federal por ser el primero suplementario respecto del segundo.

<sup>102</sup> Como ejemplos de casos en los que se aplicó esta norma pueden citarse, entre muchos otros: *United States v. Turner*, 725 F. 2d 1154, 1157 (8th Cir. 1984) y *United States v. Goodstein*, 883 F. 2d 1362, 1367 (7th Cir. 1989), *cert. denied*, 949 U.S. 1007, 110 S. Ct. 1305, 108 L. Ed. 2d 481 (1990).

<sup>103</sup> Cfr. *Stuhley v. Hyatt*, 667 F. 2d 807, 809 n. 3 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

haya adoptado medidas razonables para conservarlos como tales. Los tribunales federales han rechazado la alegación de excesiva vaguedad en la definición de “secreto comercial”<sup>104</sup>. Como complemento de tales medidas de conservación del secreto la norma regula la falta de autorización como elemento caracterizante del “robo” de los secretos, mediante un amplio espectro de conductas delictivas tales como no sólo el hurto, sino también la apropiación, obtención mediante engaño, copiado, carga o descarga informática, modificación, destrucción, transmisión, entrega o comunicación. El sujeto activo puede ser un director o un tercero ajeno a la sociedad, incluso un tercero extranjero respecto de los Estados Unidos. Existen cuestiones delicadas respecto de la contratación de empleados jerárquicos o directores que trabajaban en sociedades en competencia con el nuevo empleador, sea con el objetivo de obtener información secreta o sin ese objetivo pero cuando ocurre de hecho el hurto de tal información y no es destruida por ese nuevo empleador, por lo que el régimen ha sido calificado de altamente riesgoso para el empleador, en estos casos<sup>105</sup>. Pueden ser condenados tanto los directores como la sociedad.

## 10. Fraude mediante correo y comunicaciones (“Mail & Wire Fraud”).

Existen sendos estatutos sobre fraudes cometidos mediante correo<sup>106</sup> y telégrafo<sup>107</sup> que establecen penas de multa de 1.000 dólares como mínimo o prisión de hasta cinco años o ambas en caso de la ejecución de un plan o ardid basado en pretensiones, representaciones o promesas falsas o fraudulentas cometidas mediante el uso de correo, telégrafo, radio o televisión. La Corte Suprema ha dicho que la “materialidad” en el uso de estos medios de comunicación es parte integrante del respectivo estatuto de fraude a través

---

<sup>104</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Krumrei*, 258 F. 3d 535 (6th Cir. 2001); *United States v. Hsu*, 40 F. Supp. 2d 623 (E.D. Pa. 1999).

<sup>105</sup> Cfr. Knepper, Vol. I, 8-38.

<sup>106</sup> Cfr. 18 U.S.C. § 1341 (1994). Para un panorama general sobre la materia puede verse, por ejemplo, Anne S. Dudley & Daniel F. Schubert, *Mail and Wire Fraud*, 38 *Am. Crim. L. Rev.* 1025, (2001). Esta materia tiene 140 años de antigüedad en los Estados Unidos y con el desarrollo de Internet ha cobrado una mayor importancia. Puede verse un perfil histórico de la materia en Michael McDonough, *Mail Fraud and the Good Faith Defense*, 14 *ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT.* 279, 282 (1999). Sobre algunos aspectos del fraude en esta materia puede verse Mark Zingale, Note, *Fashioning a Victim Standard in Mail and Wire Fraud: Ordinarily Prudent Person or Monumentally Credulous Gull?*, 99 *COLUM. L. REV.* 795, 795 (1999); Ellen S. Podgor, *Mail Fraud: Opening Letters*, 43 *S.C. L. REV.* 223, 233 (1992); Geraldine Szott Moohr, *Mail Fraud and the Intangible Rights Doctrine: Someone to Watch Over Us*, 31 *HARV. J. ON LEGIS.* 153, 160-61 (1994); Gregory Howard Williams, *Good Government by Prosecutorial Decree: The Use and Abuse of Mail Fraud*, 32 *ARIZ. L. REV.* 137, 151 (1990). Sobre las cuestiones extraterritoriales puede verse Ellen S. Podgor, *Globalization and the Federal Prosecution of White Collar Crime*, 34 *AM. CRIM. L. REV.* 325, 338 (1997).

<sup>107</sup> Cfr. 18 U.S.C. § 1343 (1994).

del correo, telégrafo o banco<sup>108</sup>. Existen algunos fallos condenatorios de directores de sociedades en casos de este tipo de fraudes<sup>109</sup>.

La *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 ha introducido algunas modificaciones a este régimen, imponiendo penas por delitos de conspiración (“*conspiracy*”) y tentativa de defraudación criminal<sup>110</sup>. Asimismo ha incrementado las penas por delitos cometidos mediante el correo y otros medios de comunicación de hasta 20 años de prisión. Finalmente, establece penas de hasta 20 años de prisión por destrucción de documentos en sentido genérico –incluyendo alteración, destrucción, mutilación, ocultamiento, cobertura, falsedad, o registración falsa de asientos contables- que tenga como fin impedir, obstruir o influenciar la investigación o apropiada administración de un asunto por parte de un organismo o departamento del gobierno federal de los Estados Unidos<sup>111</sup>.

## 11. Declaraciones falsas.

Numerosas normas establecen delitos de declaraciones falsas, especialmente en la órbita de la jurisdicción de organismos y entidades públicas del gobierno federal o estatal en los Estados Unidos, haya mediado o no una declaración emitida bajo juramento. Probablemente una pena paradigmática es la de una multa de 10.000 dólares o prisión de hasta 5 años o ambas respecto de cualquier organismo federal<sup>112</sup>. Estos estatutos tienen mucha aplicación respecto de declaraciones falsas por la intensidad de las relaciones entre sociedades comerciales y las entidades gubernamentales federales y sus reparticiones, como por ejemplo en las materias fiscal<sup>113</sup>, medioambiental respecto de la *Environmental Protection Agency*<sup>114</sup>, bursátil ante la *Securities and Exchange Commission (SEC)*<sup>115</sup>, medios de comunicación o de prensa<sup>116</sup>, inspecciones de registros contables controlables por

---

<sup>108</sup> Cfr. *Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 119 S. Ct. 1827, 144 L. Ed. 2d 35 (1999).

<sup>109</sup> Cfr., para el caso de directores de bancos, por ejemplo: *United States v. Morris*, 80 F. 3d 1151, 1160 (7th Cir. 1996), *cert. denied*, 519 U.S. 868, 117 S. Ct. 181, 136 L. Ed. 2d 120 (1996); para el caso de “*self-dealing transactions*” en las que los directores y *officers* se enriquecieron en perjuicio de la sociedad, puede verse: *United States v. Skeddle*, 989 F. Supp. 873; en otro caso dos presidentes de sendas sociedades relacionadas fueron condenados por fraude bancario, por ejemplo: cfr. *United States v. Bischoff*, 188 F. 3d 509 (6th Cir. 1999).

<sup>110</sup> Cfr. § 902 de la *Sarbanes-Oxley Act* y nuevo 18 U.S.C. § 1349.

<sup>111</sup> Cfr. § 802 de la *Sarbanes-Oxley Act* y nuevo 18 U.S.C. § 1512 y 1519.

<sup>112</sup> Cfr. 18 U.S.C. § 1001.

<sup>113</sup> *United States v. Beacon Brass Co.*, 344 U.S. 43, 73, S. Ct. 77, 97 L. Ed. 61 (1952); *Bacon v. Commissioner*, T.C. Memo 2000-257 (T.C. 2000), *aff'd* without opinión, 275 F.3d 33 (3d Cir. 2001).

<sup>114</sup> Cfr. *United States v. Olin Corp.*, 465 F. Supp. 1120 (W.D.N.Y. 1979).

<sup>115</sup> Cfr. *United States v. Mahler*, 363 F.2d 673 (2d Cir. 1966); *United States v. Monroe*, Criminal No. 03-CR-80474-DT (E.D. Mich. April 30, 2007).

<sup>116</sup> Cfr. *United States c. Hughes*, Criminal no. 02-00957 (C.D. Cal, 2004).

reparticiones federales<sup>117</sup>, informes de costos de atención médica<sup>118</sup>, presentación de formularios para obtención de visas a la *Inmigration and Naturalization Service*<sup>119</sup>, o incluso declaraciones hechas con miras de promoción de esquemas financieros piramidales<sup>120</sup>.

Estrechamente relacionado con este tema son los delitos de declaraciones falsas contenidos en registros contables de las sociedades, efectuadas a sabiendas y con la intención de defraudar establecidas por diversas normas en vigor<sup>121</sup>. Delitos similares se refieren a la omisión de revelación de información material en los registros contables<sup>122</sup>. En algún caso se declaró inaplicable estos crímenes en virtud del acogimiento de los directores a las garantías de la Quinta Enmienda Constitucional, que prohíbe la autoincriminación, en punto a la exhibición de documentos<sup>123</sup>.

## 12. Evasión fiscal y perjurio.

En los últimos años se han producido cambios trascendentes respecto de la responsabilidad de los directores, tanto en la legislación federal como en los casos – especialmente federales- fallados sobre evasión fiscal y perjurio. Respecto de lo primero pueden citarse la puesta en vigor del *Internal Revenue Code* de 1986 y de la *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* de 1982<sup>124</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr., entre otros, *United States v. Diaz*, 690 F.2d 1352 (11th Cir. 1982); *United States v. Krimsky*, 230 F.3d 855 (6th Cir. 2000), *cert. denied*, 540 U.S. 1186, 124 S. Ct. 1422, 158 L. Ed. 2d 92 (2004).

<sup>118</sup> Cfr. *United States v. Jarrell*, Criminal No. 97-52-CR-FTM-24 (D) (M.D. Fl. 1999); *United States v. Peterson*, 188 F.3d 510 (6th Cir. 1999).

<sup>119</sup> Cfr. *United States v. Jacques Dessange, Inc.*, 103 F. Supp. 2d 701 (S.D.N.Y. 2000).

<sup>120</sup> Cfr. *Federal Trade Commission v. Five-Star Auto Club, Inc.*, 97 F. Supp. 2d 502 (S.D.N.Y. 2000).

<sup>121</sup> Cfr., a título de ejemplo, 18 U.S.C. § 1005. Existen normas locales similares en cada uno de los Estados de ese país.

<sup>122</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. De La Mata*, 266 F. 3d 1275 (11th Cir. 2001), *cert denied*, 535 U.S. 989, 122 S. Ct. 1543, 152 L. Ed. 2d 469 (2002). En este caso se condenó a *officers* de un banco por omisiones en informes financieros.

<sup>123</sup> Cfr. *United States v. Doe (In re Three Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated January 29, 1999)*, 191 F. 3d 173 (2d Cir. 1999). La acusación contra tres *ex officers* se basaba en la falsificación de libros contables y apropiación de fondos de la sociedad. En este caso se dio la circunstancia de la renuncia que presentaron, luego de la cual pudieron acogerse a la garantía de esa enmienda por actuar en nombre propio a partir de ella.

<sup>124</sup> Cfr. 26 U.S.C. § 7201 y § 7206(1), amended by Pub. L. 97-248 § 329(a). Entre otros delitos fiscales están contempladas los sobornos, el diferimiento ilegal de ingresos, los sobresueldos y las contribuciones políticas ilegales. En 26 U.S.C. § 7202 y § 7215 también se establecen otros delitos fiscales calificados como “*felony*” y “*misdemeanor*”. En un reciente caso un tribunal de New Jersey condenó a penas criminales y civiles a un presidente de una sociedad por evasión impositiva: cfr. *State v. Pessolano*, 343 N.J. Super. 464, 778 A. 2d 1153 (2001).

Respecto de lo segundo cabe citar el fallo de la Corte Suprema de 1984 en el caso *United States v. Arthur Young & Co.*, que facilitó el trabajo del *Internal Revenue Service* (IRS) en la obtención de información económica de las sociedades para su monitoreo fiscal, denegando todo privilegio informativo que permita ocultar información fiscal preparada por contadores públicos para su cliente societario. En este caso el tribunal señaló que el estatuto aplicable reflejó una “*opción de política legislativa a favor de la revelación de toda información relevante*” y también destacó el significado público de las informaciones emitidas por los contadores públicos, que no deben ser aisladas de la obligación de informar sobre los estados contables de sus clientes<sup>125</sup>. El significado ético de este principio es trascendente.

### 13. Obstrucción de justicia.

En Estados Unidos existen diversos ordenamientos y sentencias estableciendo delitos y penas en lo referente a la obstrucción de justicia, sea en sede administrativa o en sede judicial. Ejemplo estos estatutos son, por ejemplo, en lo pertinente, la *Victim and Witness Protection Act* de 1982<sup>126</sup>, que modificó parcialmente el anterior estatuto de obstrucción de justicia<sup>127</sup>. En otros ordenamientos se protege a los testigos y otros terceros intervinientes en procesos judiciales o administrativos y se pena la intimidación, fuerza física, amenazas o engaño o inducción a error respecto de estos testigos o terceros o bien destrucción o alteración de medios de prueba, con penas de multa de hasta 250.000 dólares y 10 años de prisión<sup>128</sup>. Existen algunas condenas a directores de sociedades por estas causas<sup>129</sup>.

### 14. Conspiración.

El delito de “*conspiración*” requiere la concertación –usualmente encubierta– de dos o más personas con un propósito común de cometer un delito<sup>130</sup>. En algunos casos se han

---

<sup>125</sup> Cfr. 465 U.S. 805, 104 S. Ct. 1495, 79 L. Ed. 2d 826 (1984).

<sup>126</sup> Cfr., entre otros lugares, Pub. L. 100-690, Title VII, § 7030, Nov. 18, 1988, 102 Stat. 4398 y Pub. L. 100-690, Title VII, § 7078(b), Nov. 18, 1988, 102 Stat. 4406.

<sup>127</sup> Cfr. *United States v. Faudman*, 640 F. 2d 20 (6<sup>th</sup> Cir. 1981).

<sup>128</sup> Cfr, por ejemplo, 18 U.S.C. §§1510, 1512, 1513.

<sup>129</sup> Cfr, por ejemplo, *New York v. Connelly* (In re James Patrick Connelly Jr.), Litigation Release no. 18541, 2004 SEC LEXIS 68 (SEC Jan. 14, 2004) en el que en Nueva York un *officer* de una sociedad fue condenado a prisión de uno a tres años y inhabilitado de por vida a trabajar en la industria de fondos mutuales por destruir medios de prueba a través de sus empleados –eliminación de correos electrónicos– en un proceso investigativo sobre títulos valores.

<sup>130</sup> Sobre el régimen general de la institución puede verse, entre otros, *United States v. Prieskorn*, 658 F. 2d 631, 634 (8th Cir. 1981). También puede verse 18 U.S.C. § 371 y § 1962(d). También puede ser aplicable a estos delitos lo regulado por la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), ya estudiada *supra*, ya que la conspiración es un elemento de ese régimen y, por otra parte, la conspiración para cometer los delitos de la RICO es un delito separado y punible en sí mismo.

dictado condenas por este delito dentro de un grupo de sociedades<sup>131</sup>, pero como regla general este delito no puede basarse en un acuerdo entre la sociedad y su órgano de administración a menos que el *officer* esté actuando más allá de su autoridad o en beneficio propio<sup>132</sup>. La concertación delictiva fue paradigmáticamente condenada en tres sentencias del caso Enron entre 2002 y 2005<sup>133</sup>.

## 15. Derecho penal *Antitrust*.

Aparte de los principios de derecho penal aplicables en virtud de las normas *antitrust*<sup>134</sup>, los directores y *officers* pueden incurrir en responsabilidad penal por violaciones a los distintos regímenes de defensa de la competencia regulados en la *Sherman Act*<sup>135</sup>, la *Clayton Act*<sup>136</sup> o bien la *Robinson Patman Price Discrimination Act*<sup>137</sup>, con penas de multa y prisión o ambas. Como regla general se exige un interés personal del director distinto del interés de la sociedad que dirigen para admitir una condena y la conspiración puede surgir cuando los directores, *officers* o empleados están incluidos en la nómina de dos sociedades<sup>138</sup>. Los directores deben haber actuado “*on their own behalf*” para poder ser condenados<sup>139</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Lowder*, 492 F. 2d 953 (4th Cir. 1974), *cert. denied* 419 U.S. 1092, 95 S. Ct. 685, 42 L. Ed. 2d 685 (1975). En otros casos de conspiración entre la sociedad madre y la hija también o entre el controlante y varias controladas se ha sostenido la aplicabilidad del régimen: cfr. Brickey, *Corporate Criminal Liability: a Primer for Corporate Counsel*, 40 *Bus. Law.* 129, at 144 (1984).

<sup>132</sup> Cfr., por ejemplo, *United States v. Hartley*, 678 F. 2d 961 (11th Cir.), *reh'g denied*, 688 F.2d 852 (1982), *cert. denied*, 459 U.S. 1170 (1983).

<sup>133</sup> Cfr. *United States v. Kopper*, Criminal No. 02-00560 (S. D. Texas August 21, 2002); *United States v. Delaine*, Criminal No. 03-00420 (S. D. Texas Nov. 10, 2003) y *United States v. Causey*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 39619 (S.D. Tex. Dec. 29, 2005).

<sup>134</sup> Puede verse un panorama general, por ejemplo, en Candice Jones, David S. Lee and Adrian Shin, *Antitrust Violations*, 38 *American Criminal Law Review* 431 (2001); Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice* (1994); Lawrence Anthony Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust* (1977); Julian O. von Kalinowski, (Ed.) *Antitrust Counseling and Litigation Techniques*, (1997) y American Bar Association, *State Antitrust Practice and Statutes*, 2º ed., (1999). Sobre el derecho de Antitrust y los Compliance programas puede verse Walker B. Comegys, *Antitrust Compliance Manual* 171-332 (2d ed. 1992); Charles E. Harris, *Structuring a Workable Business Code of Ethics*, 30 *U. Fla. L. Rev.* 310, 355-82 (1978).

<sup>135</sup> Cfr. 15 U.S.C. §1.

<sup>136</sup> Cfr. 15 U.S.C. §24.

<sup>137</sup> Cfr. 13 U.S.C. §13.

<sup>138</sup> Cfr. *St. Jude Med., Inc. v. Intermedics, Inc.*, 623 F. Supp. 1294, 1299-1300 (D. Minn. 1985).

<sup>139</sup> Cfr. *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 597 F.Supp. 217, 225 (D.D.C. 1984), *aff'd*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1033, 107 S. Ct. 880, 93 L.Ed. 2d 834 (1987). Sobre la distinción entre la actuación “*on their own behalf*” y la actuación en representación de la sociedad y sus implicancias penales véase el caso *United States v. Wise*, 370 U.S. 405, 82 S. Ct. 1354, 8 L. Ed. 2d 590, 8 L. Ed. 2d 590, 82 S. Ct. 1354 (1962). Respecto de la *Robinson Patman Price Discrimination Act* un presidente fue

## 16. La Restitución (“Restitution”).

Nos detendremos particularmente en la restitución dada su aparente semejanza con la compensación económica por el daño patrimonial derivado del delito criminal. Este instituto es claramente diferente del resarcimiento civil, más allá de algunas pocas analogías. El propósito de la restitución en el ámbito penal es compensar a la víctima mediante una suma de dinero u otros medios<sup>140</sup>. El tribunal debe, cuando corresponda, imponer una restitución conforme el 18 U.S.C. §§ 3663-3664 pero ella no es obligatoria cuando la sociedad la haya hecho o cuando el tribunal valore ella es excesivamente compleja o dilatoria, lo que la torna disvaliosa<sup>141</sup>. Alternativamente, el tribunal puede imponer una “*remedial order*” para corregir la conducta y prevenir daños futuros por la ofensa<sup>142</sup>. Paralelamente, las “*remedial orders*” sólo pueden imponerse cuando la restitución no soluciona suficientemente los daños de la víctima<sup>143</sup>. Finalmente, el tribunal puede ordenar los servicios comunitarios cuando ese remedio es “*razonablemente pertinente para reparar el daño causado por la ofensa criminal*”<sup>144</sup>. Estos servicios comunitarios son especialmente adecuados en el caso de que “*la organización condenada posea conocimientos, instalaciones o habilidades que la cualifican para reparar el daño causado por la ofensa*”, aunque para este legislador la condena a tales servicios es menos deseable que una condena patrimonial porque la sociedad conserva el control de sus recursos que destinará al cumplimiento de esos servicios comunitarios<sup>145</sup>.

---

condenado penalmente por recibir y retener una comisión pagada por un contratista de la sociedad, con fundamento en la violación del régimen por tender a la disminución de la competencia y crear monopolios: cfr. *Fitch v. Kentucky-Tennessee Light & Power Co.*, 136 F.2d 12, 15 (6th Cir. 1943).

<sup>140</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL ch. 8, introductory cmt. (1998), en el que define al pago repositivo como “recursos para remediar el daño”, no como castigo. Cfr. esta opinión en Jonathan C. Poling and Kimberly Murphy White, Corporate Criminal Liability, 38 *American Criminal Law Review* 525, 538-554 (2001), nota 103. En este caso la relación entre consecuencia civil y consecuencia penal del ilícito es notoria.

<sup>141</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL § 8B1.1(b) (1998); Ver también Jeffrey M. Kaplan et Al. Compliance Programs and the Corporate Sentencing Guidelines: Preventing Criminal and Civil Liability, 1993, § 3.07, en donde predice que esta norma es una de las confictivas de las *Guidelines*. Sin embargo, los autores citados en la nota anterior acotan que las excepciones a la restitución son aplicables sólo respecto de ordenes judiciales emanadas conforme el 18 U.S.C. § 3663, según el U.S.S.G. MANUAL § 8B1.1(b)(2) (1998).

<sup>142</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL § 8B1.2 cmt. (1998).

<sup>143</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL § 8B1.2(a) (1998).

<sup>144</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL § 8B1.3 (1998).

<sup>145</sup> Cfr. U.S.S.G. MANUAL § 8B1.3 (1998) y § 8B1.3 cmt. (1998). Por otra parte, los servicios comunitarios son una sanción monetaria indirecta porque la organización societaria debe usar sus propios recursos y empleados para llevarlos adelante: Jonathan C. Poling and Kimberly Murphy White, Corporate Criminal Liability, 38 *American Criminal Law Review* 525, 538-554 (2001), nota 111.

## Tercera parte. Indemnizaciones civiles.

### 1. Obligación de indemnizar civilmente por los daños y perjuicios derivados de delitos penales.

Respecto del objeto de este trabajo, en primer término debe mencionarse el hecho de que, en el derecho de los Estados Unidos, no es fácil determinar la distinción entre la materia civil y penal, en muchos casos, pues, especialmente respecto del fin compensatorio o resarcitorio de la consecuencia civil por una parte y el retributivo o disuasorio de la pena criminal por la otra parte, están frecuentemente mezcladas<sup>146</sup>. Es esta una zona gris en los que a veces predomina un color sobre el otro. Esto es cierto si se tiene en cuenta el carácter de las consecuencias del ilícito, dado que en no pocos casos, al contrario de lo que suele ocurrir, la pena tiene en la práctica un carácter resarcitorio y en otros la consecuencia civil reviste caracteres retributivos, es decir, lo contrario de cada una de las consecuencias civiles o penales.

En segundo lugar es poco frecuente en el derecho positivo norteamericano el tratamiento de las consecuencias civiles derivadas de los delitos penales, especialmente respecto de la responsabilidad penal de los directores, porque dentro de ella se tiende a separar cada tipo de responsabilidad específica -civil, penal, medioambiental, laboral, fiscal, etc. etc.- en compartimientos independientes y autónomos, sin conexión entre ellas.

### 2. Distinción entre consecuencias civiles y penales.

Frente a un ilícito pueden darse dos consecuencias: la civil y la penal, con tres posibles legitimados activos, en Estados Unidos: el damnificado civilmente, en beneficio propio; el Estado respecto de la pretensión punitiva en sede penal, en beneficio de toda la sociedad; y una repartición pública en sede administrativa, también en beneficio de la comunidad y respecto de los daños civiles o patrimoniales<sup>147</sup>.

Existen ámbitos en los que la justificación, el régimen y las consecuencias civiles y penales del ilícito se solapan o superponen, como han puesto de relieve algunos autores<sup>148</sup>. Así, por ejemplo, ocurre en el caso de la *False Claims Act* ("FCA"): vg., si se da una sociedad farmacéutica que viola la norma penal y la civil brindando incentivos a médicos que prescriben medicamentos a sus pacientes, existe un estatuto anti-soborno que criminaliza esa conducta en lo referente a las sociedades prestadoras de servicios médicos<sup>149</sup>. En este

---

<sup>146</sup> Puede verse sobre esta distinción, no siempre completamente bien demarcada, por ejemplo, entre otros, Sharon Finegan, *The False Claims Act and Corporate Criminal Liability: Qui Tam Actions, Corporate Integrity Agreements and the Overlap of Criminal and Civil Law*, 111 *Penn St. L. Rev.* 625 (2007).

<sup>147</sup> Cfr. *Ibidem*, ps. 625-627.

<sup>148</sup> Cfr. *Ibidem*, ps. 627-628.

<sup>149</sup> cfr. 42 *U.S.C. §1320a-7b* (2000).

caso el Estado puede procesar a la sociedad penalmente, persiguiendo penas monetarias y la imposición de un “*Corporate Integrity Agreement*”<sup>150</sup> a fin de regular futuras prácticas societarias. Una acción civil para remediar la conducta errónea puede ser iniciada por el Estado por violación de la *False Claims Act* (“FCA”) que penaliza las declaraciones falsas entregadas al gobierno federal<sup>151</sup>. En esta acción, pueden ser impuestas sanciones monetarias y también un “*Corporate Integrity Agreement*”. Finalmente, la *False Claims Act* (“FCA”)<sup>152</sup> permite a ciudadanos particulares demandar a la sociedad en representación del gobierno de acuerdo a las prescripciones “*qui tam action*”<sup>153</sup>, en virtud de las cuales ese sujeto privado está legitimado para iniciar acciones civiles incluso cuando no hubiera sido damnificado del daño causado por el ilícito porque está demandando en nombre de los Estados Unidos<sup>154</sup> y puede demandar no sólo indemnizaciones civiles sino también la imposición de un “*Corporate Integrity Program*” o “*Corporate Integrity Agreement*” por un lapso de tiempo<sup>155</sup>. De acuerdo a este sistema, puede verse el solapamiento del derecho penal y del derecho civil: un particular puede seguir una acción civil y hasta penal en beneficio público, a pesar de no haber sido dañado personalmente por el ilícito. Cuando el agente del ilícito es una sociedad el particular también puede demandar daños que son resarcidos en una acción penal. De este modo, un particular puede, efectivamente, perseguir

---

<sup>150</sup> Este es un acuerdo en el cual una sociedad acepta someterse a los estándares más estrictos que los establecidos por mandatos legales. Este acuerdo es usualmente negociado con el gobierno, pero programas similares pueden ser también impuestos por sujetos privados.

<sup>151</sup> cfr. The False Claims Act, 31 U.S.C. §§3729-3733 (2000).

<sup>152</sup> Sobre las características de la *False Claims Act* y su historia en el derecho de los Estados Unidos puede verse Sharon Finegan, The False Claims Act and Corporate Criminal Liability: Qui Tam Actions, Corporate Integrity Agreements and the Overlap of Criminal and Civil Law, 111 Penn St. L. Rev. 625, 641-652 (2007).

<sup>153</sup> La “*qui tam action*” se define como una acción que es iniciada por un informante (llamado usualmente “*whistle-blower*”), de acuerdo a una norma estatutaria que establece una sanción criminal por la comisión u omisión de un cierto acto y que también dicha acción hará surgir una indemnización civil en la que el actor participará en parte en beneficio propio. Es llamada “*qui tam action*” porque el actor demanda no sólo en nombre del Estado sino “también” en nombre propio. El origen de la expresión es una abreviación de la frase latina “*qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*”, que significa “aquel que demanda en representación del rey así como en nombre propio”. Ver el caso U.S. v. Florida-Vanderbilt Development Corp., D.C.Fla., 326 F. Supp. 289, 290 (cfr. *Black’s Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black*, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 6th. Ed., 1990, p. 1251). Este tipo de acciones nacieron en el siglo XIV en Inglaterra y existieron allí hasta 1951, año en el que el Parlamento las abolió debido a motivos de corrupción pública, abusos por parte de los denunciantes, incremento de los poderes de las reparticiones públicas y la consiguiente pérdida de relevancia de las denuncias privadas. Se difundieron también en los Estados Unidos, especialmente en el siglo XX, pero actualmente pocos estatutos las prevén, habiendo disminuido su popularidad, salvo en lo referente a la *False Claims Act*, especialmente luego de una reforma de 1986.

<sup>154</sup> Cfr. Stephanie Greene, False Claims Act Liability for Off-Label Promotion of Pharmaceutical Products, 110 Penn. St. L. Rev. 41, 54 (2005).

<sup>155</sup> Cfr. 31 U.S.C. §3729; Ken Blickenstaff, Strong Medicine: The Evolution of Healthcare Fraud Enforcement, *Advocate*, Sept. 1999, p. 15.

a los causantes del ilícito y reclamar sanciones, al igual que el Estado en acciones criminales, desdibujando las distinciones básicas entre derecho penal y derecho civil<sup>156</sup>.

Otro ejemplo es el del derecho “*antitrust*”, en el que el Congreso Nacional dejó expresamente la tarea de distinguir los ilícitos penales de los civiles en manos de los jueces<sup>157</sup> y en numerosas oportunidades el derecho *antitrust* puede colisionar y ser desplazado por el derecho federal, económico o estatutario (frecuentemente codificado)<sup>158</sup>.

Finalmente, existen autores que, a modo de resumen, han señalado las relaciones entre las acciones civiles y las penales, en el derecho de Estados Unidos, que pueden resumirse en los siguientes principios, a saber<sup>159</sup>:

1. Las acciones civiles tienen un marcado interés privado, y las penales un interés público.
2. Las acciones civiles admiten una cuantificación monetaria o patrimonial, que mide la cantidad del daño ocasionado, mientras que la pretensión punitiva no está medida en términos económicos.
3. Las penas criminales quizá importan una mayor censura moral que las penas civiles, al menos de modo primario y atendiendo al código moral implícito en la norma penal. Esa desaprobación moral es más fuerte en el derecho penal que en el derecho civil.
4. En ciertas materias se está ampliando el espectro criminal tomando como modelos anteriores penas civiles, como ocurre, por ejemplo, en la expansión criminal adoptada por la *Sarbanes-Oxley Act*, con cuatro nuevas figuras delictivas.
5. El objetivo penal es sancionar y prevenir conductas, mientras que el objetivo civil es compensar daños.
6. Las penas criminales son más graves que los resarcimientos civiles, que son más graduales y sofisticados.
7. Las acciones penales protegen el bien común, mientras que las civiles protegen el interés particular.
8. Las medidas cautelares civiles y penales tienen objetos diferentes.

---

<sup>156</sup> Sharon Finegan, *The False Claims Act and Corporate Criminal Liability: Qui Tam Actions, Corporate Integrity Agreements and the Overlap of Criminal and Civil Law*, *Penn State Law Review* 111 *Penn St. L. Rev.* 628, y 677-679 (2007). En este trabajo se describe la evolución de la distinción entre los ilícitos civiles y los penales y la intervención de los particulares en ambos.

<sup>157</sup> Para una discusión sobre esta distinción entre ambos ilícitos puede verse, entre otros, Note, *Antitrust Injury and Standing: A Question of Legal Cause*, 67 *MINN. L. REV.* 1011, 1013 *n.8* (1983) y Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, § 312b-c (rev. ed. 1995), p. 2, y Phillip E. Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis* (4th ed. 1988), p. 51, en que se diferencian los casos civiles de los penales.

<sup>158</sup> Cfr. Earl W. Kintner & Joseph P. Bauer, *Federal Antitrust Law* § 65.2 (1980).

<sup>159</sup> Cfr. Sharon Finegan, *The False Claims Act and Corporate Criminal Liability: Qui Tam Actions, Corporate Integrity Agreements and the Overlap of Criminal and Civil Law*, 111 *Penn St. L. Rev.* 625, (2007), especialmente las ps. 628-641; 652-655 y 677-678.

9. El derecho criminal se está expandiendo hacia materias que antes estaban reguladas sólo por normas civiles y, paralelamente, las normas civiles están adoptando una justificación y operatividad más publicística que antes y también están adquiriendo aspectos punitivos que tradicionalmente eran propios de las normas penales.
10. Los costos procesales son mayores en las acciones criminales, mientras que en las acciones civiles las obligaciones o cargas procesales son más fáciles de cumplir, especialmente para las reparticiones públicas.
11. La efectividad –sobre todo la económica- es al parecer, mayor en las acciones civiles que en las acciones penales. De ahí el incremento en el número de las primeras respecto de las segundas.
12. Las acciones colectivas de daños civiles ("*class actions*") están protegiendo en mayor grado y medida a más numerosas víctimas de perjuicios patrimoniales, cobrando un mayor protagonismo social, más allá del mero perjuicio individual.
13. Algunos estatutos como el ya aquí estudiado *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations statute ("RICO")* están proveyendo a los damnificados civiles de remedios punitivos en un proceso civil, a fin de reforzar la efectividad de las normas penales federales allí establecidas.
14. Estatutos que contienen normas sobre un "*citizen suit*" admiten a los particulares que no han sido damnificados por actos ilícitos a demandar civilmente a los causantes que hayan violado el estatuto y hayan causado daños. Esto ocurre en áreas como el derecho de los consumidores, medioambiental, etc. En estos casos el particular suele tener dos vías: demandar a la repartición pública que no haya hecho efectivo el estatuto o demandar a otro particular que lo haya violado causando un daño. En algunos de estos "*citizen suit*", al contrario de las tradicionales acciones civiles, no benefician directamente al actor y permiten la intervención facultativa del Estado en el proceso judicial. Los actores pueden requerir medidas cautelares y a veces la condena sólo beneficiará al Estado, no a ellos, pero sí pueden serles compensados los gastos causídicos en que hubieran incurrido.
15. Respecto de las "*qui tam actions*", además de lo que ya se ha dicho *supra* en este trabajo, podemos agregar que no es necesario que el actor haya sufrido personalmente el daño que pretende reparar. Asimismo puede recibir una compensación ("*reward*") por haber iniciado el proceso, de acuerdo a lo que establezca cada estatuto que regule esas acciones. Prácticamente pocos estatutos prevén este tipo de acciones en la actualidad, especialmente el *False Claims Act*, que ha tenido un fortalecimiento por una reforma de 1986.
16. Un campo en el que se solapan las esferas penales y civiles es típicamente el de las sociedades comerciales, especialmente en virtud de normas penales sancionadas en los últimos años. En virtud de ellas las diferencias entre ambos campos han disminuido, al haber en mayor o menor medida equiparado las sociedades a los sujetos físicos, especialmente en el campo penal. Así, fuera del caso de ir a prisión una sociedad, ésta puede ser condenada al pago de multas,

servicios comunitarios, restituciones o incluso una “*probation*”<sup>160</sup>. Ello sin perjuicio de sanciones como el retiro de la personalidad jurídica societaria, equiparable a la pena de muerte física.

Desde otro punto de vista existen autores para quienes uno de los fenómenos más sorprendentes sobre el tema de la responsabilidad corporativa es el distanciamiento que se ha verificado entre la responsabilidad corporativa penal y la civil, puesto que a pesar de que el observador pudiera considerar que la civil fuera más amplia que la penal, de hecho ocurre en muchos casos lo contrario. En la actualidad las sociedades son penalmente responsables conforme los principios de la responsabilidad vicaria. Los requerimientos son claros y simples: si el empleado -u órgano- cometió un ilícito penal dentro de la órbita de su empleo y tuvo la intención –al menos mínimamente- de actuar en beneficio de la sociedad, entonces los actos y la intención pueden ser imputados a la sociedad de acuerdo a los principios de la “*agency*” o representante. Y ello es cierto no obstante cuales sean las políticas societarias para desbaratar esa conducta criminal, cuán grande es la sociedad y cuán baja es la jerarquía del empleado en la estructura empresarial. Esto es así en dos casos: acoso sexual y penas punitivas por daños<sup>161</sup>.

### 3. Normas positivas sobre responsabilidad civil derivada de ilícitos penales.

Llegamos, por fin, a los principios generales aplicables a las consecuencias civiles de los ilícitos penales en Estados Unidos.

Cuando los actos criminales de los directores u *officers* constituyen violaciones a sus deberes fiduciarios respecto de la sociedad y ella no es imputable, ella y los terceros tienen derecho a resarcirse de los daños causados por la mala acción<sup>162</sup>. En los Estados Unidos está ampliamente reconocido que la sociedad responsable por el sólo hecho de ser “la principal” en la relación obligacional de daño, puede resarcirse del causante del mismo, lo mismo que un responsable secundario puede resarcirse del responsable primario por los daños causados<sup>163</sup>. Asimismo los directores u *officers* deben indemnizar a la sociedad los daños derivados de violaciones de los sistemas de defensa de la competencia (derecho penal *antitrust*)<sup>164</sup>. Los casos sostienen como fundamento general que los intereses

---

<sup>160</sup> Sobre algunos aspectos de las tres formas de “*probation*” aplicables al caso de las sociedades puede verse Annie Geraghty, *Corporate Criminal Liability*, 39 *American Criminal Law Review* 327 (2002).

<sup>161</sup> Cfr. Andrew Weissmann & David Newman, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, 82 *Ind. L.J.* 411, 433 (2007), con cita de los correspondientes fallos de la Corte Suprema.

<sup>162</sup> Cfr., en sentido general, *Clayton v. Farish*, 191 Misc. 136, 73 N.Y.S. 2d 727 (1947).

<sup>163</sup> Cfr. *Herrero v. Atkinson*, 227 Cal. App. 2d 69, 38 Cal. Rptr. 490 (1964), *hearing denied by Sup. Ct. July 1, 1964*.

<sup>164</sup> Cfr. *Wilshire Oil Co. v. Riffe*, 409 F.2d 1277 (10th Cir. 1969). En este caso la sociedad demandó el resarcimiento de multas penales, daños civiles y costas del juicio.

personales de los directores no pueden entrar en conflicto o competir con los intereses de la sociedad y que deben atenerse a sus deberes fiduciarios respecto de ella en todas sus actuaciones<sup>165</sup>.

Las acciones de responsabilidad pueden ser ejercitadas o bien por la sociedad en forma directa o bien en forma subsidiaria (la así denominada “*derivative action*”) por los accionistas a nombre o en beneficio de la sociedad. Dado que los directores tienen el control de la iniciativa de las acciones de responsabilidad<sup>166</sup>, su responsabilidad tradicionalmente se ejerce mediante una “*derivative action*”. Existen algunos casos referenciados de responsabilidades civiles derivadas de ilícitos penales desde antiguo<sup>167</sup>.

Las pólizas de seguros excluyen la cobertura de indemnizaciones civiles por ilícitos penales cometidos por directores u *officers*<sup>168</sup>.

#### **4. Necesidad y conveniencia de una regulación específica o de brindar mayores pautas interpretativas.**

En mi opinión sería deseable y conveniente que se regule la compensación patrimonial derivada de ilícitos penales en detalle para cada delito en que pueden incurrir los directores de sociedades, o al menos en cada grupo de delitos semejantes. En la actualidad esta es una materia muy poco regulada –o, al menos, no con criterios pormenorizados- y en la que se registran –al parecer- muy pocos casos de responsabilidad civil derivada de ilícitos penales. La necesidad de compensar acabadamente los daños civiles justificaría una elaboración de reglas de responsabilidad civil aplicables a cada supuesto de responsabilidad penal, o al menos de modo homogéneo para cada sector de ilícitos conforme la sistemática que siguen los autores norteamericanos. O bien, si no se considera oportuno esa determinación legislativa, sería oportuno y conveniente brindar, en el futuro, pautas interpretativas para una correcta hermenéutica de los principios generales en vigor, a fin de alcanzar una adecuada satisfacción patrimonial por los daños causados por delitos penales.

Como fundamento de esta postura puede hablarse –en mi opinión- de una relación entre la configuración del ilícito penal y la entidad de los daños patrimoniales, especialmente respecto de la imputación, de la relación de causalidad y de la cuantía del daño. Esta postura puede facilitar una satisfacción más adecuada del daño patrimonial derivada de delitos penales. En el futuro será menester un estudio específico de esa relación entre el

---

<sup>165</sup> Cfr., por ejemplo, *Women’s Fed. Sav. & Loan Ass’n v. Nevada Nat’l Bank*, 811 F.2d 1255, 1260 (9<sup>th</sup> Cir. 1987).

<sup>166</sup> Cfr. *Koster v. American Lumbermen’s Mut. Cas. Co.*, 330 U.S. 518, 67 S. Ct. 828, 91 L.Ed. 1067, 1072 (1947).

<sup>167</sup> Cfr., por ejemplo, *Broderick v. Marcus*, 152 Misc. 413, 272 N.Y.S. 455 (1934) (responsabilidad por negligencia por violación del máximo de endeudamiento de un banco) y *Shields v. Singleton*, 15 Cal. App. 4th 1611, 19 Cal. Rptr. 2d 459 (1993).

<sup>168</sup> Cfr., por ejemplo, para el caso de California, el *California Insurance Code* Section 533.5(a).

ilícito penal y el civil, describiendo sus características y las consecuencias que tiene el delito criminal respecto de la indemnización civil o patrimonial.

## 5. Conclusiones esenciales de la investigación.

Como consecuencia de lo estudiado *supra*, la tesis fundamental de este trabajo consiste en afirmar que:

1. La evolución de las normas sobre responsabilidad civil y penal de las sociedades y de los directores en Estados Unidos se encuentra muy desarrollado en el marco del derecho comparado, lo que amerita un estudio pormenorizado y comparatístico sobre sus posibles virtudes, ventajas y desventajas, desde la óptica del sistema continental europeo, previo un proceso de evaluación caso por caso.
2. En la actualidad la responsabilidad penal de las sociedades está firmemente asentada en el derecho de los Estados Unidos y de ahí surge históricamente la responsabilidad penal de los directores de ellas.
3. La responsabilidad penal de las sociedades y la responsabilidad penal y civil de los directores de sociedades (de ella derivada) están inseparablemente unidas en cada Estado de los Estados Unidos, tanto en lo que se refiere al tratamiento estatutario como, principalmente, en casos judiciales locales y en menor medida casos judiciales federales. Lo mismo cabe afirmar, en el tratamiento por parte de los autores de la materia. Por ello el modo de abordar los problemas es sistemáticamente muy diferente que el que suelen tener los autores en el sistema continental europeo: en Estados Unidos no hay una tan marcada diferencia entre consecuencias civiles y penales de los ilícitos, como ocurre en los países de derecho continental europeo.
4. En este sentido no existe en los Estados Unidos un tratamiento discriminado de la responsabilidad civil específicamente derivada de ilícitos penales, al menos como norma general, como existe típicamente en los sistemas de derecho continental europeo. Sólo existen algunas normas dispersas y generales. Es destacable que en numerosas ocasiones se confunden las finalidades retributivas y disuasorias típicas del derecho penal con las finalidades patrimonialmente resarcitorias propias de las normas civiles, mezcladas en las normas penales y civiles. En este *approach* el enfoque sistemático en los Estados Unidos es muy diferente del exhibido por el sistema continental europeo.
5. En la mayoría de los casos de responsabilidad penal de los directores de sociedades las reglas no hacen referencia a normas de responsabilidad civil derivada de esos ilícitos penales y cuando lo hacen –en muy pocos casos- esa referencia es meramente tangencial.

6. En los Estados Unidos son aplicables algunas normas penales que regulan específicamente las consecuencias civiles de la responsabilidad penal de los directores de sociedades. Por otra parte también son aplicables los principios generales de responsabilidad civil de ellos. Entre los segundos se incluyen las reglas de la *Business Judgment Rule* y las de las violaciones de los deberes fundamentales de los directores de sociedades. En este trabajo sólo se han analizado las primeras, habiéndose tratado éstos últimos en otros trabajos del autor.
7. Es deseable y quizá conveniente que se regule la compensación patrimonial derivada de ilícitos penales en detalle para cada delito en que pueden incurrir los directores de sociedades, o al menos que se brinden pautas interpretativas de los textos genéricos sobre responsabilidad civil derivada de ilícitos penales. En la actualidad esta es una materia muy poco regulada y en la que se registran muy pocos casos –al parecer- de responsabilidad civil derivada de ilícitos penales específicos. La necesidad de compensar adecuadamente los daños civiles justificaría una elaboración de reglas de responsabilidad civil aplicables a cada supuesto de responsabilidad penal, o al menos en cada sector de ilícitos conforme la sistemática que siguen los autores norteamericanos y que se ha seguido en este trabajo. O bien, alternativamente puede ser prudente brindar pautas interpretativas de esas normas. Un estudio más profundo de estas cuestiones puede ser más ilustrativo, al menos como criterio interpretativo de las normas más generales existentes, para una más adecuada y justa aplicación de los principios del resarcimiento patrimonial en esta materia.