

# *De las palabras a la acción: La experiencia de la OCDE en la lucha contra la corrupción*

Mark Pieth<sup>†</sup>

Este artículo toma como punto de partida la regulación internacional anti-corrupción y también aquella que existe a nivel local, para preguntarse cómo se puede pasar de los dichos a los hechos. Más puntualmente, analiza las responsabilidades y la capacidad de las organizaciones internacionales y de los Estados nacionales para generar ese salto de las palabras a la acción. Haciendo especial hincapié en el funcionamiento de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), describe la experiencia del Grupo de Trabajo sobre Soborno (GTS) de la OCDE, resaltando dos de sus elementos característicos: el monitoreo del desempeño de los países miembro y la Guía de buenas prácticas sobre controles, ética y cumplimiento, destinada a las empresas. Seguidamente, examina el rol del sector

---

<sup>†</sup> Mark Pieth es especialista en Derecho Penal y posee un doctorado en Criminología. Actualmente se desempeña como profesor en la Universidad de Basilea, y es consultor de empresas privadas, organizaciones internacionales y gobiernos extranjeros, brindando asesoramiento en temas de delitos económicos, crimen organizado, corrupción y blanqueo de activos. Mark Pieth ha sido miembro de diversos organismos internacionales, incluidos el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Grupo Wolfsberg contra el Lavado de Dinero, el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE, el Instituto de Basilea sobre la Gobernanza y el Grupo de Expertos de la Comisión Intergubernamental de la ONU para Determinar el Alcance del Tráfico Ilegal de Drogas.

privado en la lucha contra la corrupción; centrándose en el potencial cambio de paradigma que se está gestando en cuanto al cumplimiento y a la atribución de responsabilidad, como así también en cómo manejar la solicitud de sobornos. Por último, el artículo muestra cómo la responsabilidad corporativa y el cumplimiento encajan, y enfatiza la necesidad de generar una sinergia entre el sector público y el privado, para poder generar una verdadera diferencia en la lucha anticorrupción.

---

Palabras clave: corrupción, cumplimiento, evaluación mutua, FCPA, monitoreo, OCDE, programa de cumplimiento, responsabilidad corporativa, sector privado, soborno

---

## **I. EL RECIENTE EMPUJE ANTICORRUPCIÓN**

La corrupción es un fenómeno antiguo y prácticamente todas las culturas han condenado las prácticas corruptas de manera continua. Sin embargo, las mismas aun resultan generalizadas. La corrupción ha mantenido su atractivo porque es un uso tradicional del poder y representa una alternativa al ejercicio de la dominación a través de la fuerza explícita.

No obstante, durante aproximadamente los últimos veinte años, el reducir la corrupción se ha convertido en un objetivo político de moda. Sin embargo, a pesar de los recientes esfuerzos globales, las dañinas prácticas corruptas han persistido. Estas prácticas han sido identificadas, desde la perspectiva del creciente ritmo de la globalización económica, como un obstáculo particularmente grave tanto para el desarrollo como para el comercio mundial (Pieth, Low y Cullen, 2007, pág. 5).

Las iniciativas regionales, la Convención de la OCDE y, más recientemente, la Convención de la ONU contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) han marcado una diferencia en la lucha contra la corrupción, ya que ahora resulta posible hablar sobre el tema de manera organizada. Los bancos multinacionales de desarrollo se han dado cuenta que la corrupción y el fraude, junto con la mala administración y las pérdidas, se encuentran entre los mayores riesgos para la eficacia de sus operaciones. En el arbitraje los mensajes son mixtos: sí, una vez que está probado, el soborno resulta contrario al orden público; pero, ¿quién será capaz de probarlo? ¿cuáles son los estándares probatorios requeridos? Hasta el momento se aplican estándares muy desiguales en la práctica. La OMC, finalmente, está dispuesta a reconocer que la transparencia y la

desregulación, particularmente en materia de contrataciones públicas, son herramientas útiles para reducir la corrupción; aunque a la OMC no le gusta pronunciar la palabra que comienza con “C” muy explícitamente.

Los nuevos estándares han dado lugar a cambios en las legislaciones nacionales, en ambos lados, tanto en la denominada “oferta”, como en la “demanda” de corrupción. Algunas de estas leyes, en particular las relativas a la “oferta”, se han aplicado cada vez más, incluso cuando los patrones de cumplimiento de los distintos países han resultado desiguales (Transparencia Internacional, 2012). Por un lado, el aumento de la aplicación de estas normas ha generado un riesgo sustancial para las empresas y sus directores en caso que se descubran sobornos. Por otro lado, el perder negocios ante competidores inescrupulosos y entidades poco reguladas continúa siendo un riesgo real.

En líneas generales, la corrupción se encuentra en la agenda política; sin embargo, las prácticas corruptas siguen siendo generalizadas. Un gran número de conferencias políticas sobre lucha anticorrupción permite que los países hablen acerca de sus nuevas políticas y planes de acción. Rara vez se les requiere que demuestren la eficacia de las mismas. Las conversaciones sobre el tema están por todos lados, pero la existencia de acciones anticorrupción creíbles aun resulta inusual.

Este artículo analiza las responsabilidades y la capacidad de las organizaciones internacionales, especialmente la OCDE, y de los Estados nacionales para pasar de dichos a hechos. También examina detenidamente el rol del sector privado en la lucha contra la corrupción; centrándose, por un lado, en el potencial cambio de paradigma en materia de cumplimiento, y, por otro lado, en cómo manejar la solicitud de sobornos. Por último, este trabajo muestra cómo la responsabilidad corporativa y el cumplimiento encajan el uno con el otro.

## **II. LA EXPERIENCIA DE LA OCDE**

Resulta obvio que un esfuerzo anticorrupción holístico necesita abordar la temática desde varios ángulos a la vez, desde el lado de la “oferta” y la “demanda”, e incluir a los intermediarios y operadores financieros. Debe abordar tanto los aspectos preventivos como los represivos, y es necesario que el sector público y el privado compartan roles. Sin embargo, algunas personas argumentarían que la responsabilidad fundamental sigue recayendo en el Estado.

El enfoque de la Convención de la OCDE es bastante selectivo comparado con los instrumentos de la ONU o las iniciativas regionales. Se

centra en el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros en un contexto de negocios. Su ventaja, no obstante, es que aplica todos los medios legales disponibles (incluyendo el derecho penal, basado en la Convención de 1997, y también un amplio espectro de medidas no penales, basado tanto en la Recomendación de 2009 como en los dos anexos). Más allá de todo, la OCDE monitorea de cerca la implementación y aplicación de sus estándares por parte de los países miembro.

Me gustaría ilustrar la forma en que el Grupo de Trabajo sobre Soborno (GTS) de la OCDE está abordando la corrupción con dos ejemplos: el monitoreo del desempeño de los países y la recientemente promulgada Guía de buenas prácticas sobre controles, ética y cumplimiento.

### A. Monitoreo

El GTS de la OCDE emplea medios atípicos de ejecución, combinando un programa de “hard law” con herramientas de aplicación “soft law”. Para hacer cumplir las normas de “soft law” y de “hard law”, utiliza el típico método del “soft law” de la revisión por pares y de las denuncias públicas en los casos que ameritan una crítica (“naming and shaming”). Hay dos aspectos que tornan estos métodos en desafiantes para los países: primero, el país examinado es plenamente escuchado, pero no tiene voz ni voto en la evaluación real. Las decisiones del GTS se toman conforme al principio del “consenso menos uno”. Segundo, la publicación inmediata y completa del informe es obligatoria.

El GTS de la OCDE ha desarrollado diferentes tipos de procedimientos de evaluación. El proceso denominado “Fase 1” (o sus repeticiones “1bis, 1er”, etc.) está centrado en la legislación y el cumplimiento con los estándares de la Convención de 1997 y la Recomendación de 2009. Las “Fases 2 y 3” están mucho más focalizadas en la aplicación adecuada de la ley. Examinan la concientización de los sectores público y privado, las actividades de cumplimiento de la ley y la organización de agencias de ejecución junto con sus recursos y programas de capacitación.

Las Fases 2 y 3 siguen básicamente el mismo criterio. Comienzan con cuestionarios; luego, un equipo formado por expertos de los Estados miembro junto con la Secretaría, visita el país y mantiene entrevistas en profundidad con funcionarios públicos, miembros del sector privado y representantes de la sociedad civil. El reporte resultante, preparado por la Secretaría y los examinadores, se discute de manera informal con el país y luego se somete a una audiencia formal en la sesión plenaria del

GTS con tres lecturas consecutivas dentro de un mismo período de sesiones del GTS de la OCDE.

En última instancia, el GTS de la OCDE formula recomendaciones al país evaluado. A este le dará seguimiento, primero oralmente, un año después de la publicación, y dos años después de la evaluación, a través de un procedimiento escrito.

El procedimiento es, en general, bastante largo y técnico. Sin embargo, conduce a un corto y explícito registro sumario y a un comunicado de prensa, los cuales envían un fuerte mensaje político al país examinado.

Si los países no se muestran predispuestos a reaccionar ante las recomendaciones, el GTS dispone de un conjunto de medidas de seguimiento o sanciones políticas y técnicas para fomentar el cumplimiento por parte de los Estados miembro. Hasta el momento, la medida más extrema adoptada ha sido la de amenazar con requerir “una mayor diligencia debida” por parte de todos los socios co-contratantes cuando lidien con las compañías de un país específico. Esta amenaza fue emitida en 2008 contra el Reino Unido, país que, en ese momento, fue considerado como insuficientemente regulado.<sup>1</sup> Si esta se hubiese llevado a cabo, habría significado la colocación de la economía británica en la lista negra por parte del mundo de la OCDE.

Hasta ahora, las experiencias respecto a las evaluaciones de los países han resultado mixtas. Los países sí toman en serio a la evaluación pública, ya que los informes son recogidos por la prensa y pueden afectar su reputación. Sin embargo, la implementación de las legislaciones domésticas destinadas al cumplimiento resulta muy desigual. A veces se mantienen obstáculos legales que inhiben el procesamiento efectivo (por ejemplo, plazos de prescripción cortos<sup>2</sup> o normas jurisdiccionales limitadas<sup>3</sup>); otras veces, la inactividad de las agencias de aplicación tiene más que ver con la reticencia cultural.<sup>4</sup> Finalmente, en varias ocasiones los países han creado la impresión de que sus organismos están protegiendo la industria de exportación local (especialmente el sector de defensa<sup>5</sup>) y también existe una resistencia explícita por parte de la comunidad empresarial en algunos Estados miembro de la OCDE.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Reino Unido, Reporte de Fase 2bis, octubre 2008, página 71.

<sup>2</sup> Francia o Italia.

<sup>3</sup> Canadá o Suecia.

<sup>4</sup> Japón.

<sup>5</sup> Suecia, Reino Unido.

<sup>6</sup> Especialmente en los Estados Unidos.

El reto de avanzar hacia la acción es mantener normas igualmente estrictas. En lugar de “hacer lobby” para que los funcionarios públicos diluyan los estándares, las empresas estarían mejor insistiendo en la creación de condiciones de competencia equitativas para el comercio. Actualmente, existe una contra-reacción dentro de la OCDE alimentada por una especie de venganza proveniente de países, como Canadá, que se sienten maltratados en el proceso de monitoreo. Para decirlo de una manera muy directa: los esfuerzos anticorrupción de la OCDE resultan una labor intensa y difícil, y podrían, en la práctica, generar una diferencia; sin embargo, por el momento se encuentran potencialmente en un punto crítico.<sup>7</sup>

### B. Cumplimiento

Una segunda área de interés del trabajo de la OCDE es la de sus esfuerzos por motivar a las empresas a que implementen sistemas de cumplimiento creíbles. En los últimos diez a quince años, la totalidad de la industria del cumplimiento ha impulsado el proceso de refinación de las reglas vinculadas al cumplimiento anticorrupción. Estas -y las empresas que compran los productos de cumplimiento- han sido estimuladas por las prácticas nacionales de aplicación de la ley; en particular, por el Departamento de Justicia (DoJ, por sus siglas en inglés) y la Comisión de Vigilancia y Control del Mercado de Valores (SEC, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos. Las Directrices de Condena de EE. UU (USSG, por sus siglas en inglés) definen lo que el DoJ considera como “un programa de cumplimiento creíble para las empresas” en el contexto de la responsabilidad corporativa penal. La esencia de estos estándares fue copiada en la recientemente publicada Guía de Recursos del FCPA\* del DoJ y la SEC. Más allá de los requisitos mínimos para la organización de estructuras de cumplimiento, así como para el entrenamiento y control, y para las líneas de asistencia y protección a los denunciantes, las directrices también incluyen normas sustantivas, sobre todo en cuanto al empleo de intermediarios.

Las normas empresariales genéricas, tales como los estándares emitidos por la Cámara Internacional de Comercio (CIC), el Foro Económico Mundial (FEM) o por Transparencia Internacional (TI), se han basado en estos requisitos. Más recientemente, el GTS de la OCDE, con el

---

<sup>7</sup> Un esfuerzo continuo por destituir al presidente quien necesita ser elegido unánimemente de forma anual -cuando el monitoreo es por unanimidad menos uno- es una expresión de esta política (ejemplos: Italia en 2005, Reino Unido en 2007 y Canadá en 2011).

apoyo del Consejo de la OCDE, se ha esforzado por elaborar un estándar global común. Como un documento del sector público, el Anexo II de la Recomendación de 2009, la “Guía de buenas prácticas sobre controles, ética y cumplimiento”, muy probablemente servirá a escala internacional- como un prototipo del componente de la debida diligencia en las leyes de responsabilidad corporativa para toda la región de la OCDE. A pesar de que la Guía está dirigida principalmente a empresas y aunque los estándares sean de soft law, representan una contribución sustancial, a través del mecanismo de monitoreo del GTS y de los respectivos poderes judiciales locales, para poder pasar de los discursos a la acción.

### **III. EL ROL DEL SECTOR PRIVADO**

En cuanto al papel del sector privado, en particular de las industrias exportadoras, dos temas resultan de central importancia. ¿Debería haber un nuevo paradigma de cumplimiento? ¿Cómo debería lidiar la industria con los pedidos de sobornos?

#### **A. ¿Un nuevo enfoque para el cumplimiento?**

Mientras que las pequeñas y medianas empresas (PyMEs) generalmente luchan para poder reunir los, siempre en aumento, requisitos de cumplimiento anticorrupción definidos por las agencias de aplicación de la ley y ampliados aún más por la creciente “industria del cumplimiento”; las grandes empresas multinacionales (EMN) suelen tener estos programas ya en funcionamiento. Para estas últimas, sus principales retos radican en incorporar los conceptos a la práctica diaria en todas sus subsidiarias y agentes globales, y refinar aún más los estándares en ciertas áreas, en particular en cuanto a la selección y gestión de terceros (agentes, representantes de ventas, etc., los cuales normalmente son conocidos como “socios de negocios”<sup>8</sup>).

El sector privado, en general, se queja del creciente costo del cumplimiento (New York City Bar, 2011). Obviamente, suavizar los estándares no es una opción. Sin embargo, sí podría hacérselos más significativos. La industria de los servicios financieros muestra un ejemplo posible en lo que respecta a sus esfuerzos en materia de cumplimiento anti-lavado de dinero. En la última década, ha sido la

---

<sup>8</sup> OCDE, Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 26 de noviembre de 2009, Anexo II: A6.

propia industria la que ha logrado convencer a los reguladores y emisores de estándares internacionales (principalmente, el Grupo de Acción Financiera Internacional) sobre la necesidad de cambiar el tradicional “enfoque basado en normas” por un “enfoque basado en el riesgo”.<sup>9</sup> En términos simples, esto significa que en relaciones con clientes de bajo riesgo los esfuerzos de cumplimiento pueden mantenerse al mínimo, mientras que en las situaciones de mayor riesgo, el trabajo de cumplimiento resulta central y cobra intensidad de acuerdo a los riesgos específicos.

¿Cómo podría el “enfoque basado en el riesgo” resultar fructífero para el cumplimiento anticorrupción? Ese tren, de hecho, ya ha abandonado la estación. Para volver al ejemplo de la debida diligencia en la selección de terceros, algunos consultores, incluso en entornos de alto riesgo, representarán riesgos relativamente bajos: imagine un abogado asesorando en abstracto sobre la situación jurídica de un país en desarrollo. La historia es totalmente diferente en cuanto se contrata a alguien para contacte a las agencias gubernamentales locales (por ejemplo, para elaborar una oferta de contratación pública). Del mismo modo en que las instituciones financieras han creado tablas de riesgo complejas en materia de lavado de dinero, tomando en cuenta los riesgos relacionados a los clientes, el sector, la región o el producto; tales análisis también resultan posibles en el área de lucha contra la corrupción. Idealmente -y aquí el sector privado tiene un punto- las empresas necesitarán alguna dirección proveniente del sector público y el reconocimiento del principio por parte la comunidad internacional.

### B. Lidiando con el pedido de sobornos

Existe un desafío diferente que actualmente resulta de gran preocupación para el sector privado. En muchas partes del mundo a las empresas se les sigue solicitando que paguen sobornos, especialmente en los escenarios de contratación pública. Al mismo tiempo, a los países no se les permite ofrecer una defensa ante el pedido de sobornos. La nueva Recomendación de la OCDE de 2009 lo describe de manera contundente en su Anexo I, Parte A.<sup>10</sup> En general, los Estados miembro solamente

---

<sup>9</sup> Cf. Recomendaciones del GAFI, Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de activos y el financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, febrero de 2012. Recomendaciones 1, 10 y sus respectivas Notas Interpretativas.

<sup>10</sup> “El Artículo 1 de la Convención Anticohecho de la OCDE debe aplicarse de tal manera que no ofrezca defensa ni excepción cuando el servidor público extranjero solicite un soborno”.

aceptan las formas de coacción más intensas como excusa, de lo contrario esperan que el licitante se resista a la demanda de soborno<sup>11</sup> y aun así, en situaciones complejas puede llegar a resultar casi imposible estar a la altura de los estándares jurídicos nacionales e internacionales y, al mismo tiempo, hacer negocios. La solución ofrecida por la sociedad civil en sus debates con el sector privado resulta un subconjunto de la cada vez más atractiva cuestión de la acción colectiva: la instalación, en los mercados difíciles, de un denominado “Mecanismo de notificación de alto nivel” (Pieth 2011, pág.105). Este Mecanismo funcionaría como una especie de defensor del pueblo, ubicado cerca del centro del poder público y estaría facultado para tomar medidas preventivas. En lugar de alertar a la policía y posiblemente detener el proceso de licitación por completo (con un costo considerable para todos los oferentes); el defensor del pueblo impulsaría un aumento en los esfuerzos de auditoría del proceso de contratación pública ya en marcha, sin necesidad de interrumpirlo, a menos que el proyecto estuviese profundamente corrompido (Heimann, 2012). Estos y otros esfuerzos similares son parte del movimiento que busca diseñar alianzas creativas público-privadas orientadas a reducir la corrupción.

#### **IV. ARMANDO EL ROMPECABEZAS**

Los esfuerzos por marcar una genuina diferencia en la lucha contra la corrupción abordan el problema, ya sea desde el lado del sector público o desde el privado. Si bien estos pueden parecer proyectos desconectados, en realidad existen fuertes vínculos entre ellos. En el sector público, los Estados miembro de las organizaciones internacionales están trabajando en la introducción de una significativa responsabilidad corporativa (Pieth e Ivory, 2011), y se los mantiene fieles a sus promesas mediante una supervisión intensa por parte de todos los organismos.

Cada vez más los conceptos de responsabilidad corporativa se adaptan entre sí. Usualmente comienzan como una especie de responsabilidad objetiva por los actos realizados por los empleados o agentes. Sin embargo, normalmente se prevé una causa de exculpación para los sistemas cumplimiento corporativo que demuestren ser adecuados. Si el delito parece ser el acto criminal de un empleado en

---

<sup>11</sup> Pacto Mundial de las Naciones Unidas, Foro Económico Mundial, CPI, TI; Resist, Resisting Extortion and Solicitation in International Transactions, 2011.

particular, es decir de una “manzana podrida” o de un “rebelde”, la compañía puede verse liberada de responsabilidad.<sup>12</sup> Este concepto está gradualmente convirtiéndose en un estándar general a nivel global (Pieth e Ivory, 2011, nota de pie de página 17 y ss. pág. 393).

Las organizaciones internacionales, tales como la OCDE, están garantizando a través de sus actividades de regulación y supervisión, que los Estados miembro adopten -como mínimo- el mencionado enfoque.<sup>13</sup> Ellas, por lo tanto, ayudan a vincular las responsabilidades del sector público con las del privado, y están contribuyendo a pasar de las simples palabras a la acción en la lucha anticorrupción.

Foto de Richard Prince

---

#### TRABAJOS CITADOS

Heimann, Fritz. 2012. “High-level reporting: overcoming extortion,” en *Collective Action: Innovative Strategies to Prevent Corruption*, Mark Pieth, ed. (Zurich, Suiza: Dike Publishers).

New York City Bar. 2011. *The FCPA and its Impact on International Business Transactions*. (Nueva York, NY: New York City Bar, Committee on International Business Transactions): diciembre. Disponible en: <http://bit.ly/urTSrr>

Pieth, Mark. 2011. *Harmonising Anti-Corruption Compliance: The OECD Good Practice Guidance 2010* (Zurich, Suiza: Dike Publishers).

Pieth, Mark; y Radha Ivory. 2011. *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk* (Nueva York, NY: Springer Publishers).

Pieth, Mark; Lucinda A. Low; y Peter J. Cullen. 2007. *The OECD Convention on Bribery: A Commentary* (Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press).

Transparency International. 2012. *Exporting Bribery: Status Report 2012 on Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*. (Berlín, Alemania: Transparency International): septiembre.

---

<sup>12</sup> Cf. Australia, Suiza, Reino Unido y posiblemente Estados Unidos.

<sup>13</sup> Recomendación de la OCDE de 2009 (Nota de pie de página 9), Anexo I: B; y el Anexo II.