

Trabajo de actualización de Embajadores
Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia

RÉGIMEN INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

**Régimen eficaz contra la corrupción a funcionarios públicos extranjeros en las
transacciones comerciales internacionales**

Por: Sonia Marina Pereira Portilla

Embajadora de Carrera Diplomática y Consular de Colombia
Ministra Plenipotenciaria en la Embajada de Colombia en Francia

Tutor: Profesor Eric Tremolada

Profesor de la Universidad Externado de Colombia
Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia

París, 30 de septiembre de 2020

Tabla de contenido

Introducción	1
Definición de Régimen.....	3
Definición de Transacciones Comerciales Internacionales	6
Naturaleza, objetivos y alcance de la UNCAC, la CICC y la Convención Anticohecho de la OCDE.	7
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC	8
Convención Interamericana contra la Corrupción CICC.....	11
Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.....	14
Procedimientos de Monitoreo y Seguimiento, y eficacia de la Convención	20
Artículo 12, fases y elementos del Sistema de Monitoreo y Seguimiento.	20
Fases del Monitoreo y Seguimiento	21
Conclusiones	29
Bibliografía	31

Introducción

La corrupción es uno de los problemas más preocupante en el mundo, por cuanto debilita las instituciones y el buen gobierno, genera pérdida de credibilidad e inestabilidad política, disminuye la inversión nacional por el desvío del presupuesto público, frena el crecimiento económico y el desarrollo sostenible de los países. El saqueo de los presupuestos públicos perpetúa la pobreza, acentúa las desigualdades sociales y arrebató a los más vulnerables las oportunidades de lograr una mejor calidad de vida.

Al abordar la problemática de la corrupción, se encuentra que una de sus manifestaciones más generalizada y nefasta, es la corrupción a servidores públicos extranjeros en los contratos de los Estados abiertos a las empresas extranjeras. La mayoría de los Estados se han visto sacudidos por escándalos de corrupción que involucran a grandes empresas y a funcionarios públicos de países industrializados y en vía de desarrollo, la corrupción no hace distinción. Un ejemplo es el reciente caso Odebrecht, el cual en su entramada internacional, también envolvió a Colombia.

Al analizar los esfuerzos internacionales para combatir la corrupción, encontramos que tan solo hasta principios de los 90s apremió la necesidad de incluir el tema en la agenda mundial. Antes era prácticamente un tabú. Sin embargo, la preocupación se dirigía a la corrupción en su connotación general, sin enfocarse de manera exclusiva en el lado oferente de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, es decir, en la multinacional, la empresa, la persona que ofrece, promete o da una prebenda a un funcionario público extranjero para que actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de sus funciones, con el propósito de obtener un negocio, un contrato o cualquier otra ventaja indebida, lo que se conoce como cohecho internacional.

En décadas pasadas, incluso a principios de 2000, las empresas consideraban estos pagos como “un costo de la transacción” y eran objeto de deducción fiscal. La responsabilidad recaía en el servidor público

y en el Estado donde éste ejercía, no en el oferente, es decir, las empresas no respondían por estos actos, lo cual generó la proliferación de esta práctica y, por ende, de la corrupción de servidores públicos extranjeros en las transacciones internacionales.

¿Qué ha cambiado desde entonces? Este escrito ofrece una panorámica de esos cambios y aborda una cuestión central: ¿Existe actualmente un régimen internacional eficaz contra la corrupción a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?

En una primera parte, se incluye una introducción conceptual sobre qué se entiende por régimen, régimen internacional y transacciones comerciales internacionales.

En una segunda parte, se aborda de manera general la naturaleza, objetivos y alcance de Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC; la Convención Interamericana contra la Corrupción CICC; y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. Este análisis ofrecerá las bases para comprender cómo abordan estas Convenciones el cohecho internacional, perfilar sus diferencias, determinar si constituyen un régimen internacional exclusivo contra el mismo y si reúnen las condiciones para considerarse eficaces.

El tercer apartado, se centra en los elementos particulares, procedimientos de monitoreo, y aplicación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE y en sus resultados prácticos, para determinar su eficacia.

De esta manera partiendo de lo general a lo particular, empleando el método deductivo, desarrollaré las premisas que nos llevarán a determinar si existe un régimen eficaz contra la corrupción a servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Marco Conceptual

Definición de Régimen

El marco teórico permite aclarar los conceptos que al final, junto con su aplicación al caso concreto, conducirán a resolver el interrogante planteado.

Los distintos diccionarios señalan que la palabra “régimen” procede del latín *regimen* y permite hacer referencia al sistema político y social que rige un determinado territorio. Por extensión, el término se refiere al conjunto de normas que rigen una actividad, una institución o una entidad.

Hasta la década de los 70s, es indudable la preferencia de los autores de utilizar el término “régimen” para la connotación política del concepto. Resume bien esa tendencia, Thierry Ménissier (2009), filósofo e historiador francés, quien remite la noción de régimen a la filosofía política de Platón y Aristóteles, señalando que por su naturaleza “este término se refiere al proyecto mismo de la política” (Ménissier, 2009)

No obstante, a medida que las sociedades avanzaron y se volvieron más complejas, surgió también la necesidad de regular actividades, sectores, dominios de saber, etc., y el concepto de régimen se fue consolidando como un conjunto de normas que rigen una actividad, una institución o una entidad. A nivel nacional los Estados adoptaron regímenes social, aduanero, fiscal, penitenciario, etc.

En el ámbito internacional, la interacción y cooperación entre los Estados aumentó, surgieron los organismos internacionales como nuevos sujetos de derecho internacional, se generaron nuevas necesidades y se fue perfilando la noción de régimen internacional. Sin embargo, este concepto también ha sido difícil de definir y de precisar, como se analizará a continuación.

Teoría del régimen internacional

Desde los setentas, el análisis del concepto de régimen internacional tomó especial relevancia debido al dinamismo de las relaciones internacionales y la complejidad de los acontecimientos del momento, Esther Barbé (1989), profesora de la Universidad de Barcelona, lo explica claramente:

La aparición de un nuevo instrumento de análisis en los años setenta, como es el régimen internacional, se explica en base a las condiciones cambiantes de la realidad. De este modo, el régimen internacional pretende explicar una situación para la que no existían instrumentos adecuados, pues el impacto de los acontecimientos internacionales durante los setenta y más adelante se produjo de un modo para el que no se disponía de explicaciones elaboradas de antemano. (p. 57)

Algunos de los autores más relevantes en la teoría de los regímenes internacionales son Robert O. Keohane, neoliberal¹, quien definió la teoría de los regímenes internacionales como un “conjunto de normas, instituciones y procedimientos de toma de decisiones implícitos o explícitos, que permiten a los Estados ajustar sus expectativas y mantener canales de cooperación” (Keohane, 1984)

Igualmente, Joseph Nye, coincidiendo con la teoría de Keohane, define régimen internacional como “conjuntos de acuerdos de gobierno” que incluyen “redes de reglas, normas y procedimientos que configuran el comportamiento y controlan sus efectos en un campo de actividad” (Keohane & Nye, 1977, pág. 19).

Por su parte, Ernest B. Hass, fundador del neofuncionalismo², afirma que un “régimen abarca un conjunto de procedimientos mutuamente coherentes, reglas y normas” (Krasner, 1982, pág. 186).

¹ Mientras que para los realistas y neorealistas la existencia de una potencia hegemónica es necesaria para la formación de un orden económico internacional, los neoliberales consideran que aún con el debilitamiento de la potencia hegemónica, la cooperación entre naciones es posible a través de las instituciones internacionales.

² La corriente funcionalista discute la capacidad de los Estados para hacer frente a problemas globales, porque centran su actuación en un territorio y las necesidades humanas superan las fronteras. El principio básico de la teoría funcionalista sostiene que la cooperación internacional (no solamente económica), y mejor aún la integración regional, es el mejor método para suavizar antagonismos en el sistema político internacional.

Mientras que, Stephen Krasner (Krasner, 1982), autor que ha sido determinante en la teoría de los regímenes internacionales, plantea una propuesta de definición que generó un importante consenso, aunque tampoco estuvo exenta de contradictores:

“régimen internacional es un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área de las relaciones internacionales. Principios son creencias de hechos, causalidad y rectitud. Normas son estándares de comportamientos definidos en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son prescripciones o proscipciones específicas para la acción; los procedimientos de toma de decisiones son prácticas predominantes para tomar e implementar la elección colectiva” (p. 186)

Levy, Young y Zürn (1994), complementan a Krasner, agregando el componente social a la definición de régimen internacional, entendiéndolo como: “instituciones sociales que consisten en acuerdos sobre principios, normas, reglas, procedimientos y programas que gobiernan las interacciones de actores en áreas específicas” (Levy, Young, & Zurn, 1994, pág. 6)

Se puede entonces identificar unos elementos claves en la noción de régimen internacional: la existencia de una convergencia de voluntades de los Estados; la necesidad de resolver una problemática concreta o asunto de mutuo interés a través de un conjunto de normas, reglas, procedimientos u otros; y un acuerdo que plasme esas voluntades. Es de anotar, que ese acuerdo puede ser de carácter vinculante (tratados), de *soft law*, (declaraciones, resoluciones de organismos internacionales) o costumbre internacional.

Se habla entonces de regímenes de Derechos Humanos, de medio Ambiente, del Mar, de comercio internacional, etc. Importante tener en cuenta que no existe una norma o costumbre internacional que establezca un número mínimo de Estados para que se configure un régimen.

Teniendo claro el concepto de régimen internacional, se analizará qué se entiende por “transacciones comerciales internacionales”, para después determinar si existe un régimen internacional contra la corrupción a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Definición de Transacciones Comerciales Internacionales

Las definiciones más generales señalan que las transacciones internacionales se refieren al “conjunto de transacciones transfronterizas entre los agentes residentes de una nación y los del resto del mundo. Por tanto, agrupan los flujos de bienes, servicios, trabajadores, medios de pago y capital” (SES.Webclass.fr, 2020).

Mas puntualmente, Frank Emmert (2017), define una transacción comercial internacional (IBT, por sus siglas en inglés) como

un contrato comercial celebrado entre dos o más partes privadas que tienen su lugar principal de negocios en diferentes estados o países (...) Incluso si el vendedor y el comprador están en el mismo país, se introduce una dimensión internacional si el contrato se refiere a bienes o servicios importados o exportados a otro país. (p. 2)

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), precisa que el término incluye el comercio y las inversiones. (OCDE, Recommandation de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, 1994)

Igualmente, la OCDE (2014) menciona algunos sectores respecto de los cuales se realizan transacciones o negocios internacionales: “Dos tercios de los casos de soborno en el extranjero tuvieron lugar en cuatro sectores: industrias extractivas (19%), construcción (15%), transporte y almacenamiento (15%) y el sector de la información y las comunicaciones (10%).” (OCDE, 2014, pág. 8)

¿Quiénes intervienen en una transacción comercial internacional? La OCDE (2009) precisa que, además de las partes principales, intervienen los llamados intermediarios:

en una transacción comercial internacional pueden intervenir agentes, representantes de ventas, consultores o empresas de consultoría, proveedores, distribuidores, subcontratistas, revendedores, franquicias, socios en coinversión, subsidiarias y otros socios empresariales, entre ellos abogados y contables. Abarca tanto las personas físicas como las morales, como las empresas de consultoría y las coinversiones están incluidas (p. 9).

Por otra parte, es de tener en cuenta que las características de la transacción comercial internacional dependen del medio o del contexto en el cual se realiza, es decir, se ve afectada, ya sea de manera directa o indirecta, por los factores económicos, socioculturales, políticos, jurídicos etc., propios del entorno donde se desarrolla.

Partiendo de estos elementos se puede concluir que una transacción comercial internacional es un acuerdo de negocios entre dos o más sujetos, de manera directa o a través de intermediarios, bien sean personas naturales o jurídicas, de carácter privado o público, que tienen su domicilio principal en diferentes países o que, encontrándose en el mismo país, el acuerdo o contrato se refiera a bienes o servicios importados o exportados a otro país, también incluye el comercio y las inversiones.

Teniendo claras las definiciones de régimen internacional y de transacción comercial internacional, se va a analizar si existe un régimen eficaz contra quien corrompe - el lado oferente- a los servidores públicos extranjeros en las transacciones internacionales, que en adelante se denomina cohecho internacional, salvo cuando se aborda desde la UNCAC y la CICC, las cuales utilizan el término “soborno”.

Naturaleza, objetivos y alcance de la UNCAC, la CICC y la Convención Anticohecho de la OCDE.

Existen tres instrumentos internacionales, ejes en la lucha contra la corrupción: la UNCAC, la CICC; y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, de las cuales Colombia es parte. Se analizará de manera general,

la naturaleza, objetivos, y alcance de estos tratados para determinar si constituyen un régimen internacional contra el cohecho internacional.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC

Se trata de un tratado de vocación universal adoptada en las Naciones Unidas, el 31 de octubre de 2003 en Nueva York, suscrita por Colombia el 10 de diciembre de 2003, entró en vigor internacional el 14 de diciembre de 2005 y para Colombia el 26 de noviembre de 2006. A la fecha cuenta con 187 Estados parte.

Es de carácter vinculante para las Partes. La UNCAC respondió a la necesidad de insertar en la agenda mundial el tema de la corrupción en general y concertar las voluntades de los Estados para tener unas reglas, normas y procedimientos claros y comunes para combatirla. Esa era la necesidad que impulsó la suscripción de la UNCAC y no particularmente la de resolver una problemática concreta como la parte oferente en el cohecho internacional.

La UNCAC fue el resultado de difíciles negociaciones entre los Estados y de muchos esfuerzos tanto en el ámbito técnico como político, para lograr su concertación. Así lo resaltó Kofi A. Annan (UNODC, 2004), entonces Secretario General de la ONU, cuando se adoptó la Convención:

Para las Naciones Unidas la Convención es la culminación de una labor que se inició hace muchos años, cuando la palabra “corrupción” apenas se pronunciaba en los círculos oficiales. Fue necesario hacer esfuerzos sistemáticos —primero de carácter técnico y luego, gradualmente, político— para llevar la lucha contra la corrupción a la agenda mundial... La Convención también es resultado de largas y difíciles negociaciones. Había que abordar muchas cuestiones complejas y numerosas inquietudes de diversos círculos. Fue todo un reto elaborar, en menos de dos años, un instrumento que reflejara todas esas inquietudes. Todos los países tuvieron que demostrar flexibilidad y hacer concesiones. Pero podemos estar orgullosos del resultado (p. IV).

La necesidad de acomodarse a las exigencias, posiciones e intereses de los Estados para lograr el consenso conllevó a que varias de las disposiciones pactadas tuvieran un carácter considerativo o facultativo que diera la suficiente flexibilidad y amplitud para permitir su aprobación por los Estados.

En este sentido, desde el preámbulo de la Convención se reconoce la necesidad de un enfoque amplio y multidisciplinario para luchar contra la corrupción (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003).

Igualmente, los objetivos y el ámbito de aplicación de la Convención (2003) dan cuenta de su alcance general, en el artículo 1, se establece que la finalidad es combatir más eficaz y eficientemente la corrupción y en el 3, establece que la Convención se aplica a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción en general.

El artículo 16, define el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas y la obligación de tipificarlo como delito:

Art 16 (1). Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de

otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003)

En el numeral 1 de este artículo, se refiere al que ofrece la prebenda y en el 2, al funcionario público extranjero que la solicita o recibe, sujeta su tipificación a la consideración de cada Estado. Contempla entonces al sujeto activo y al pasivo del soborno.

Sin embargo, salvo este artículo, las demás disposiciones de la UNCAC son reglas aplicables a todos los demás actos de corrupción previstos en la misma, tales como el soborno de funcionarios públicos nacionales, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado, malversación o peculado de bienes en el sector privado, blanqueo del producto del delito.

Así, es evidente que las voluntades de los Estados convergieron en la UNCAC para resolver la necesidad de combatir la corrupción en su más amplio alcance, es, por tanto, un régimen internacional contra la corrupción.

Lo que se presta a interpretación es si dicha Convención constituye en sí misma un régimen internacional contra el lado oferente en la corrupción de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, ya que la convergencia de voluntades de los Estados no se dirigió a resolver directa y exclusivamente esta problemática ni a establecer reglas concretas para afrontarla, por el contrario se observa que, además de referirse también el sujeto pasivo del soborno, fue un elemento más dentro del abanico de actos de corrupción que contempla la Convención.

Sin embargo, dentro del régimen establecido en la UNCAC, podrían acomodarse las reglas generales para abordar la conducta descrita en el artículo 16 y construir una argumentación en el sentido de que, implícitamente, constituiría un régimen internacional contra el cohecho internacional, aunque no exclusivamente.

Independientemente de esta discusión, lo que sí es evidente es que el solo hecho de no contar con unas normas y procedimientos propios contra el cohecho internacional, dada su naturaleza compleja, disminuye la eficacia de la UNCAC para combatir esta modalidad de la corrupción transnacional. Esto, unido a que muchas de las medidas previstas en la UNCAC son de carácter considerativo e incluso facultativo, lo que también limita su eficacia.

En diálogo con funcionarios de la OCDE, estos resaltaron dos debilidades de la Convención de las Naciones Unidas: que abarca todas las dimensiones del fenómeno de la corrupción y que son demasiados Estados.

Renata de Assis Calsing³ (2014) coincide con este planteamiento y precisa que debido al elevado número de Estados parte de la UNCAC, los informes de evaluación de los países no son tratados ni aprobados en las sesiones plenarias. El análisis de los informes se limita a los países participantes (2 evaluadores y del que se analiza) y cada Estado evaluado escoge publicar el reporte completo o el resumen ejecutivo del reporte. No se genera entonces la presión de perder la buena reputación ante el plenario.

Sin un mecanismo de presión efectivo, si una recomendación no se acoge no hay una herramienta que obligue a su cumplimiento. No se puede, entonces, concluir que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un régimen exclusivo y eficaz contra el cohecho internacional. Esto, sin desconocer sus logros y significativos aportes en la lucha contra el flagelo de la corrupción en general.

Convención Interamericana contra la Corrupción CICC

Su naturaleza: un tratado de carácter regional, adoptado por la Organización de Estados Americanos – OEA, el 29 de marzo de 1996 en Caracas, suscrito por Colombia en la misma fecha, entró en vigor

³ Renata de Assis Calsing, Analista de Control Financiero de la Oficina de la Contraloría General de Brasil y profesora de la Universidad Católica de Brasilia. La Srta. Calsing recibió su Doctorado en Leyes a través de la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne.

internacional el 6 de marzo de 1997 y para Colombia el 18 de marzo de 1999. A la fecha tiene 34 Estados parte. Esta Convención fue el primer acuerdo internacional para luchar contra la corrupción.

Desde comienzos de 1990, los Estados miembros de la OEA expresaron su preocupación por la corrupción y la necesidad de abordarlo en el seno de la Organización, pero sólo hasta marzo de 1996, se adoptó el texto final de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, CICC.

La CICC (1996), en sus considerandos perfila su propósito de “combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.”

El objetivo principal de la CICC (1996), está contemplado en su artículo II, y consiste, por una parte, en promover y fortalecer el desarrollo, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar **la corrupción**; y, por otra, en promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los **actos de corrupción** en el ejercicio de las funciones públicas y los **actos de corrupción** específicamente vinculados con tal ejercicio.

Muy importante para tener en cuenta, el hecho de que el artículo VI, el cual enumera los actos de corrupción a los que hace alusión el art. II, **no incluye al cohecho internacional**.

Solo el artículo VIII, se refiere al soborno transnacional así;

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan. (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003)

Del texto claramente, se puede observar, como primera debilidad, que no es una obligación tipificar el soborno transnacional, sino que depende del ordenamiento jurídico de cada Estado. Segunda, sólo se puede considerar como un acto de corrupción de competencia de la CICC, entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, es decir, si un Estado lo tipificó y otro no, no se puede considerar como acto de corrupción en el marco de la CICC. Tercera debilidad, si un Estado Parte no tipifica el soborno transnacional, solo si sus leyes lo permiten, debe brindar la asistencia y cooperación previstas en la CICC, en relación con este delito.

Esto evidencia, que la problemática que los Estados deseaban resolver y por la cual convergieron en la CICC eran los actos de corrupción en ejercicio de funciones públicas previstos en el artículo IV y no el soborno transnacional, el cual de entrada no está incluido en esa lista y queda sujeto a la voluntad de los Estados parte en tanto su ordenamiento jurídico lo permita y otros Estados también lo tipifiquen. En estas condiciones, es claro que la CICC es un régimen internacional contra la corrupción, pero no se puede afirmar lo mismo y con igual contundencia, en relación con el cohecho internacional.

Por otra parte, estas debilidades también limitan la acción del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción – MESICIC, en relación con el cohecho activo (el oferente), por cuanto, al no estar incluido el soborno transnacional en la lista del artículo VI, éste solo revisa solo los avances en su tipificación. Además, se reúne solo dos veces al año y varias de las disposiciones de la CICC son considerativas o facultativas.

En estas circunstancias, aun en el caso que el soborno trasnacional estuviera tipificado en todos los Estados miembros y constituyera un acto de corrupción en el marco de la CICC, no sería un régimen internacional exclusivo contra el mismo y tampoco se podría esperar, en las condiciones actuales, un resultado eficaz de la CICC contra el lado oferente en la corrupción a servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Lo anterior, sin demeritar los resultados efectivos que puedan tener la CICC y el MESICIC en la lucha contra los actos de corrupción previstos en el artículo VI.

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE

Esta Convención se suscribió en París, el 17 de diciembre de 1997, entró en vigor internacional el 15 de febrero 1999, Colombia adhirió el 20 de noviembre de 2012 y entró en vigor para el país el 19 de enero de 2013.

A diferencia de las dos convenciones anteriores, ésta tiene un origen muy preciso y los acontecimientos del momento llevaron a que los Estados unieran sus voluntades para combatir, concretamente, el cohecho internacional en este tratado. En esta historia Estados Unidos tuvo un papel relevante, como bien lo narra Shigeru Kochi en su artículo “Diseñando Convenciones para Combatir la Corrupción”, 2002.

En efecto, en la década de los 70s, Estados Unidos fue sacudido por varios escándalos debido a las prácticas corruptas de algunas de sus empresas multinacionales tanto en el país como en el extranjero, que afectaron su prestigio internacional y ponían en riesgo la estrategia de la expansión de las empresas estadounidenses en el mundo.

Uno de esos escándalos fue por el “dinero negro” que entró a la campaña de Richard Nixon, a través de bancos extranjeros, y que salió a la luz pública con el famoso caso Watergate, que terminó con la dimisión de Nixon el 8 de agosto de 1974.

En junio de 1979, otro escándalo, la compañía aeronáutica norteamericana Lockheed se declaró culpable, ante un tribunal federal de Washington, por sobornar a altos funcionarios gubernamentales de Japón - con pagos por 2.600.000 dólares a políticos japoneses, incluyendo 1.800.000 dólares que fueron a la oficina del entonces Primer Ministro- para conseguir contratos para la venta de aviones comerciales para las líneas aéreas niponas (Yuste, 1979)

A raíz de este y muchos más escándalos de corrupción de sus empresas, más de 400 en aquella época, Estados Unidos expidió en 1977, la primera ley contra el soborno internacional (Foreign Corrupt Practices Act , 1977), con el fin de recuperar la credibilidad en sus empresas y facilitar su posicionamiento a nivel internacional necesario para afianzar su poder económico. La ley sancionaba con duras multas al oferente de la prebenda y exigía un fuerte control de las transacciones.

Sin embargo, en Europa y en otras latitudes estas prácticas eran toleradas y las empresas estadounidenses quedaron entonces en desventaja para competir en los mercados internacionales.

En efecto, el tema de la corrupción de las empresas no estaba en las agendas domésticas y menos en la internacional. En consecuencia, Estados Unidos empezó a formular, sin éxito, propuestas para la firma de un acuerdo que prohibiera y sancionara el cohecho internacional.

Posteriormente, a inicios de los 90s, ante el incremento del fenómeno de la corrupción a nivel internacional, impulsado también por los temas del lavado de activos y del narcotráfico, el asunto empezó a estar presente en las agendas nacionales y aumentaron las exigencias de incluirlo en la agenda mundial.

Varios escándalos a nivel mundial involucraron a empresas francesas, alemanas, así como en Asia. En los países europeos se consideraba las prebendas que pagaban, como “costo de la transacción” para ser competitivos.

Los medios de comunicación empiezan a enfocarse en estos escándalos, al igual que varias ONGs, entre ellas Transparencia Internacional, generando que la opinión pública mundial presione por soluciones y acciones concretas.

Estados Unidos, con Clinton como Presidente, renovó sus esfuerzos para que en el marco de la OCDE se concertara un acuerdo internacional sobre el cohecho internacional, argumentando también su efecto nocivo en los países en vía de desarrollo. Algunos países miembros alegaban que los actos de corrupción eran responsabilidad del Estado donde los funcionarios públicos los cometían y no de sus empresas.

Sin embargo, el contexto internacional (impacto de la transición de Rusia a una economía capitalista, auge del narcotráfico, lavado de activos, etc.) y los crecientes escándalos de corrupción de varias multinacionales, permitió que avanzaran las negociaciones.

Así, el 27 de mayo de 1994, el Consejo de la OCDE adoptó la recomendación para combatir colectivamente la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Con motivo de su adopción, la Secretaria General destacó que era el primer acuerdo destinado a ese objetivo y que “casi todos los países tienen leyes contra corrupción de sus funcionarios públicos, pero la mayoría no sanciona el soborno a funcionarios públicos extranjeros por parte de sus nacionales o empresas nacionales” (OCDE, 1994).

La Recomendación también hizo un llamado a la cooperación internacional y a las instituciones financieras para luchar contra esta corrupción. Igualmente, en 1994 se estableció el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Soborno en Transacciones Comerciales Internacionales (Grupo de Trabajo), y se le confirió la tarea de monitorear la implementación de la citada Recomendación.

El 11 de abril de 1996, el Consejo adopta la “Recomendación sobre la Deducibilidad Fiscal de los Pagos Ilícitos a Funcionarios Públicos Extranjeros”, en la cual recomienda rechazar esa deducibilidad.

Seguidamente, el 23 de mayo de 1997, el Consejo aprueba la “Recomendación Corregida para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales”, la cual recogió las recomendaciones de 1994 y de 1996. Aquí, el Consejo decide iniciar sin demora las negociaciones sobre una convención que penalice internacionalmente el cohecho internacional.

Así, el 17 de diciembre de 1997 se firmó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, siendo claramente, el primer y único instrumento internacional que se focaliza, exclusivamente, en el oferente internacional, a diferencia de la UNCAC y la CICC.

La Convención ha tenido importantes desarrollos, entre ellos destaco la 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 y su anexo 1 “Guía de Buenas Prácticas para Aplicar Artículos Específicos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”.

Alcance y objetivo de la Convención.

Todos los Estados Miembros de la OCDE son parte de la Convención y también está abierta a terceros Estados. En la actualidad, 44 Estados son parte, entre ellos Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Perú, Rusia y Sur África (terceros).

Los terceros Estados que deseen ser parte de esta Convención deben someterse a un riguroso proceso dentro de la OCDE, que dura un año, tienen que responder un extenso formulario y cumplir con unos estándares mínimos. El Grupo de Trabajo estudia la solicitud y los miembros de la OCDE deciden.

El objetivo es establecer normas, reglamentos y procedimientos contra el cohecho internacional. La Convención tiene sólo 17 artículos. Es como una Carta Magna, como una Constitución con los lineamientos precisos con los cuales la OCDE ha podido desarrollar un régimen coherente para la lucha

contra el cohecho internacional, que le ha valido el calificativo de “estándar de oro” por parte de la ONG Transparencia Internacional.

La primera obligación que establece la Convención para las Partes es tipificar el cohecho de servidores públicos extranjeros como delito, no les exige una definición precisa y uniforme en sus ordenamientos jurídicos, pero si da unos lineamientos básicos para esa tipificación, así:

es un delito que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales. (Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales., 1997, artículo 1, pág. 6)

En esta definición se destaca que, al establecer que la conducta puede ser “de forma directa o mediante intermediarios”, incluye las actuaciones realizadas por las empresas subsidiarias o de sus agentes, comprometiendo a la matriz, que antes eludía su responsabilidad.

Asimismo, el delito también se configura cuando la dádiva beneficia a la familia del funcionario, a un partido político, o a cualquier otra persona natural o jurídica, por ejemplo, una fundación o compañía en la que el servidor tenga intereses.

El delito se tipifica aún en el caso de que la compañía hubiere ganado el contrato por ser en realidad la mejor calificada. La ventaja indebida, consiste en obtener algo a lo cual no se tendría derecho, por ejemplo, permisos reglamentarios o solicitar un trato preferente en procedimientos fiscales, aduaneros, judiciales y legislativos.

Igualmente, para establecer el ámbito de aplicación de la Convención (1997), es importante la definición de servidor público extranjero, el artículo 1(4), establece que:

(a) —servidor público extranjero significa cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo, en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional.

Se precisa que la calidad de servidor público se extiende a la persona que ejerce temporalmente una función pública, según lo establezca el ordenamiento jurídico del respectivo país. Asimismo, por regla general, un servidor de una empresa pública cumple una función pública.

Otra disposición importante, el artículo 2 que establece la obligación de cada Estado Parte de tomar las medidas para establecer la responsabilidad de las personas morales (ej. empresas) por el cohecho a un servidor público extranjero.

En cuanto a las sanciones, en el artículo 3, se exige a las Partes que dispongan “sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias”. Si en un Estado no está establecida la sanción de carácter penal para las empresas o personas jurídicas, se deben establecer sanciones de otra naturaleza, incluidas las sanciones monetarias, pero igualmente efectivas, proporcionales y disuasorias.

Muy importante la precisión que hace la OCDE (1997) en el sentido que, entre esas otras sanciones, aparte de las multas no penales, figuran: la exclusión del derecho a recibir ayuda o beneficios públicos; la descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales; la colocación bajo supervisión judicial; y una orden judicial de liquidación. También les exige a los Estados tomar medidas para que el producto del cohecho esté sujetos a incautación y decomiso, o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.

Sin embargo, no es suficiente con tipificar el delito y establecer sanciones, el artículo 8, sobre la contabilidad, establece la exigencia de transparencia y auditorías a libros contables, registros, cuentas y estados financieros de las empresas. Las mismas empresas deben modificar la cultura empresarial para evitar el cohecho y eliminar la corrupción activa y pasiva. La OCDE ha establecido las Directrices para tal efecto.

Ahora bien, para lograr la aplicación de la Convención y el cumplimiento de las obligaciones allí previstas y de las que se han derivado de la misma es clave contar con un sistema de monitoreo y seguimiento eficaz.

Procedimientos de Monitoreo y Seguimiento, y eficacia de la Convención

Artículo 12, fases y elementos del Sistema de Monitoreo y Seguimiento.

El artículo 12 de la Convención (1997) establece la obligación de implementar un programa de seguimiento sistemático de la Convención, según el mandato del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Este artículo se ha desarrollado a través de las Recomendaciones del Consejo, que todos los Estados parte se han comprometido a seguir, y con las guías que establece el Grupo de Trabajo. El Consejo⁴ es el cuerpo principal de la Organización, del que emanan todos los actos de la Organización, en forma de decisiones, recomendaciones o tratados. Está compuesto por todos los miembros representados a nivel de Ministros o de sus Delegados Permanentes.

El Grupo de Trabajo está conformado por expertos de los Estados miembros de la Convención, es de carácter absolutamente técnico. El Grupo de Trabajo ha creado un mecanismo de control mediante el cual se examina a todas las Partes, siguiendo un procedimiento formal, sistemático y pormenorizado, que

⁴ Artículo VII de la Convención constitutiva de la OCDE, suscrita el 14 de diciembre de 1960 en París, de la cual Colombia es miembro pleno desde el 28 de abril de 2020.

incluye la autoevaluación y el examen mutuo. Sus atribuciones se describen en la Sección VIII de la Recomendación del Consejo de la OCDE de 1997.

Se analiza a continuación en qué consiste el sistema de monitoreo y seguimiento que realiza el Grupo de Trabajo.

Fases del Monitoreo y Seguimiento

Fase 1. Se evalúa las medidas legislativas y de otra índole adoptadas por un Estado para determinar su conformidad con la Convención. En otras palabras, es una fase esencialmente de revisión de la legislación del país respectivo.

Fase 2. Evalúa las estructuras existentes para hacer cumplir estas leyes y también la aplicación práctica de la legislación por parte del país. Esta fase incluye una visita *in-situ* de una semana, al país evaluado, por parte de dos Países Parte de la Convención y de los miembros del Secretariado de la OCDE.

Fase 3. Se estableció en el 2010. Su propósito es realizar una evaluación actualizada de la efectividad para hacer cumplir las leyes y la Convención, el “*enforcement*”. Es una evaluación más especializada que la Fase 2 y se concentra en verificar el progreso en las deficiencias identificadas previamente, los problemas derivados por los cambios en la legislación o en el marco institucional y en los esfuerzos y resultados para la aplicación de la Convención. Hay visita *in situ*.

Fase 4: Es una fase que empezó a perfilarse en el 2014 y se lanzó en marzo de 2016. La fase 4 se centra en cuestiones transversales consideradas claves por el Grupo de Trabajo. La fase 4 se esfuerza por adoptar un enfoque personalizado, considerando la situación y los desafíos propios de cada país, y reflejando los logros positivos. Verifica los avances en las observaciones de evaluaciones anteriores y problemas que subsistan. El Grupo de Trabajo ha establecido un calendario de evaluaciones de la Fase 4 de 2016 a 2024. Incluye visita *in situ*.

Los procedimientos en todas las fases son similares. El país examinado recibe y contesta el cuestionario de autoevaluación que le entrega la OCDE y lo presenta diligenciado a la Secretaría. Igualmente, los funcionarios de la Secretaría y los dos países del Grupo de Trabajo que actúan como “examinadores jefes”, presentan a la OCDE la información recolectada incluyendo los resultados de las visitas *in situ* que se realizaron en las fases previas, si fuere el caso.

Con esta información, la Secretaría de la OCDE prepara un borrador de informe y lo presenta al Grupo de Trabajo, donde se revisa minuciosamente y se evalúa en plenaria, es decir, todos los Estados miembros lo conocen y estudian para proceder a su aprobación final. También se envía el proyecto al país examinado para sus comentarios, el cual puede expresar su desacuerdo, el Grupo de Trabajo lo aprueba y refleja la opinión del Estado en el informe final. El informe es publicado por la OCDE, también en su página Web.

Los informes de monitoreo, en sus distintas fases deben promover que se establezcan los estándares y principios para combatir el "lado de la oferta" del cohecho, prevenir el cohecho, abolir la deducción fiscal de sobornos, promover una conducta empresarial responsable, prevención de la corrupción en el sector público y mejorar la gobernanza a través de la asistencia para el desarrollo (OCDE , 2020).

Ahora se analizarán los elementos del mecanismo de monitoreo y seguimiento que han permitido que la Convención sea considerada como el instrumento internacional anticorrupción supremo.

La revisión inter pares es permanente. El Grupo de Trabajo se reúne cuatro veces al año: en marzo, junio, octubre y diciembre.

Hay un seguimiento minucioso. En la fase 2, el Grupo de Trabajo puede pedirle al Estado los informes que considere necesarios. En la fase 3 y 4, un año después de la publicación del informe final, el Estado debe presentar un reporte oral sobre los progresos al Grupo de Trabajo y los adicionales que sean necesarios. A los dos años, tiene que presentar un informe pormenorizado por escrito, que también se publica como parte del examen.

Hay consecuencias. Si un Estado no cumple las recomendaciones de una fase o no muestra avances, se activa el siguiente procedimiento⁵:

- Evaluaciones “Bis”, se repite la evaluación cuando un país no ha implementado adecuadamente la Convención, o no ha organizado de manera satisfactoria las visitas *in situ*.
- Exigir informes adicionales al país evaluado de forma expedita y periódicos incluso en cada reunión del Grupo de Trabajo y que cumpla con sus obligaciones dentro de un plazo fijo.
- Formación de subgrupos de seguimiento, integrado por un grupo de miembros del Grupo de trabajo, seleccionados por el plenario, junto con la Secretaría, con la responsabilidad de revisar cualquier progreso, incluida la celebración de reuniones cara a cara con el país y formular recomendaciones al Grupo de trabajo, sobre los próximos pasos a seguir.
- Envío de una carta a los ministros pertinentes del país evaluado señalando los incumplimientos.
- Organización de una misión técnica al país evaluado, para discutir sobre las preocupaciones relativas a la implementación y cumplimiento de la Convención y de las recomendaciones relevantes.
- Organización de una misión de alto nivel al país evaluado, compuesta por el Presidente del Grupo de Trabajo, el Jefe de la División Anticorrupción, varios Jefes de Delegación de los miembros del Grupo de Trabajo, se reúnen con ministros y altos funcionarios.
- Emitir una declaración pública formal en el sitio web de la OCDE, señalando que el país no cumple suficientemente con la Convención y las Recomendaciones de 2009, y solicitando la implementación rápida de la Convención.
- Requerimiento de un Plan de Acción a dicho país, con el fin de abordar las deficiencias específicas identificadas por el Grupo de Trabajo.

⁵ El Grupo de Trabajo puede utilizar cualquier medida de este procedimiento. En ninguna de las fases es exhaustivo. El Grupo de Trabajo no está obligado a seguir una secuencia particular de las medidas y puede desarrollar otras medidas sobre una base ad hoc. Así, podrá aplicar cualquier medida que estime conveniente para que el país evaluado corrija sus deficiencias. (Working Group on Bribery, 2018, pág. 24) .

- Emitir una advertencia de debida diligencia⁶ reforzada, sobre las empresas del país que no cumple con sus obligaciones
- Solicitar que para que el embajador del país evaluado u otro representante diplomático asista a la próxima sesión plenaria para discutir las preocupaciones del Grupo de Trabajo, así como posibles soluciones.
- Dar a conocer cualquier recomendación no implementada, calificándola de alta prioridad y se publica en el sitio web de la OCDE.
- Suspender el avance del país evaluado a la siguiente fase de monitoreo. El Grupo de Trabajo revisará la decisión de suspensión cada dos años o antes a solicitud de cualquier miembro del Grupo de Trabajo. Si un país evaluado es suspendido, se identificará como miembro del Grupo de Trabajo “no cumplidor”.

Cuando un Estado incumple, el costo en términos de su reputación y credibilidad es muy grande. Ningún Estado parte quiere estar bajo monitoreo constante ni ser calificado de incumplidor, esto desestimula la inversión extranjera en ese país y también sus empresas sufren las consecuencias.

Otro factor es la presión de las ONGs, parlamentarios, sindicatos, empresas, prensa etc., para que el Estado cumpla con sus obligaciones. La OCDE los invita a presentar comentarios sobre los exámenes de los Estados y se reúne con ellos en las visitas *in situ*. El Grupo de Trabajo consulta regularmente a ONGs y suministra información a los organismos públicos. Los informes de cada país están abiertos al escrutinio de la comunidad internacional. El papel de la sociedad civil es clave.

Lo que diferencia entonces el procedimiento de Monitoreo y seguimiento de la Convención de la OCDE, en relación con los mecanismos anticorrupción de la ONU y la OEA, es que el Grupo de Trabajo

⁶ El objetivo de la debida diligencia es, ante todo, evitar causar o contribuir a impactos negativos sobre las personas, el medio ambiente y la sociedad, e intentar evitar los impactos negativos directamente vinculados a las actividades, productos o servicios de las relaciones comerciales. Cuando no se puede evitar la participación en impactos negativos, la debida diligencia debe permitir a las empresas mitigarlos, prevenir su recurrencia y, cuando corresponda, repararlos, Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable. (OCDE, Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, 2018)

y las obligaciones establecidas en la Convención y las respectivas Recomendaciones, se concentran exclusivamente en la lucha contra el cohecho internacional, en el lado oferente, se enfoca en su objetivo y no tienen que abarcar la diversas y complejas manifestaciones de la corrupción como lo hacen la UNCAC y la CICC.

Claramente, se trata de un régimen internacional contra la corrupción a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, lo cual ha convertido a la OCDE en un referente mundial en esta materia.

¿Pero cuáles han sido los resultados en la práctica? ¿Qué tan efectiva ha sido esta Convención?

Eficacia de la Convención de la OCDE

Los mayores escándalos de corrupción han involucrado a multinacionales como Siemens y todos tenemos presente el caso Oderbrecht, solo para citar dos ejemplos emblemáticos de corrupción, por ello, es claro que la eficacia de la Convención no solo depende de sus propios procedimientos y dinámicas, ni de la voluntad de los Estados, hay un actor fundamental en la lucha contra el cohecho internacional: las empresas, las cuales deben comprometerse a cumplir la Convención y las obligaciones que allí se derivan.

Bajo la Convención, las graves implicaciones de incurrir cohecho internacional han conducido a muchas empresas a adoptar códigos de conducta éticos⁷, en los cuales se establecen pautas para reprimir esa conducta y la corrupción en general, y normas para crear una cultura de integridad en sus empleados, acompañados de sistemas de gestión y auditorías internas y externas.

Pero, el mayor factor de presión para las empresas lo constituye evitar las sanciones que las legislaciones nacionales han establecido, en cumplimiento de las obligaciones de la Convención.

⁷ Para tal efecto, las empresas disponen de guías en el marco de la OCDE, tales como las Directrices para las Empresas Transnacionales de la OCDE; la Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento, anexa a la Recomendación de 2009; la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable; el Manual de Integridad Pública de la OCDE, entre otros.

Sanciones de carácter penal; pecuniario; administrativo, incluyendo por ejemplo, la pérdida de la personería jurídica, la inhabilidad de participar en licitaciones públicas internacionales, etc.

En el caso de Colombia, la Ley 1778 del 2 de febrero de 2016, expedida a insistencia de la OCDE, estableció sanciones tales como multas, inhabilidad para contratar con el Estado hasta por 20 años, pérdida del derecho a recibir incentivos o subsidios por parte del Estado durante 5 años, entre otras.

Gracias a la Convención, las recomendaciones y decisiones de la OCDE y a los esfuerzos de los países miembros y de las empresas, cerca de 800 empresas y personas naturales han recibido sanciones, durante los 23 años de vigencia de la Convención.

Un caso histórico, es de Siemens, la gigante alemana, tenía como práctica ofrecer sustanciosos sobornos para quedarse con grandes contratos, en países como Argentina, Bangladesh, China, Japón, Vietnam, México, Estados Unidos, España, Grecia, Noruega, Rusia, Nigeria e Irak, entre otros. Por décadas Siemens incluyó en su contabilidad los “sobornos” como “costos de la transacción”. Después de la entrada en vigor de la Convención, Alemania la implementó y, entre otros, prohibió que esas prebendas fueran descontadas como gastos para la deducción de impuesto.

Siemens pagó más de \$ 1.6 mil millones en multas y devolución de ganancias. Esta fue la sanción monetaria más grande jamás impuesta hasta ese momento. Siemens intensificó los mecanismos de control, prevención, campanas de ética e integridad para sus empleados en todas sus filiales, para evitar futuros actos de corrupción.

Otro caso emblemático, muy actual por sus implicaciones incluso en Colombia, es el de la sanción en el 2016 del conglomerado mundial de la construcción, Odebrecht, y su subsidiaria, “que resultó en la sanción más grande jamás impuesta en un caso de soborno extranjero, por un total de USD 3,5 mil millones. Brasil, Suiza y Estados Unidos, todos signatarios de la Convención Antisoborno, trabajaron juntos en lo que el Departamento de Justicia de Estados Unidos llamó “el mayor caso de soborno

extranjero de la historia”. La multa récord sirvió para indemnizar a las víctimas y para llenar las arcas públicas. Los compromisos de Brasil en virtud de la Convención contra el Soborno también ayudaron a impulsar la adopción de una nueva ley en 2014, que permitió a Brasil responsabilizar a empresas como Odebrecht por prácticas corruptas, tanto en el país como en el extranjero” (OECD, 2020).

Son dos ejemplos de casos emblemáticos en cuyas sanciones fueron claves las medidas implementadas por los Estados parte de la Convención para cumplir con sus obligaciones para combatir el cohecho internacional.

En cuanto a los resultados globales de los Estados parte, en los informes de la OCDE (2019) con datos consolidados a 2018, se resaltan las siguientes estadísticas:

615 personas y 203 entidades han recibido sanciones penales por soborno extranjero ...; 86 personas y 108 entidades han recibido sanciones por cohecho extranjero a través de procedimientos administrativos o civiles; 53 personas y 96 entidades han sido condenadas o sancionadas penalmente por delitos relacionados (falsa contabilidad o blanqueo de capitales); 70 personas y 165 entidades han recibido sanciones por delitos conexos (falsa contabilidad o blanqueo de capitales) a través de procedimientos administrativos o civiles; 528 investigaciones en curso en 28 Partes; los procesos penales (contra 157 personas y 5 entidades) por cohecho extranjero están en curso en 12 Partes; ... (OCDE, 2019)

Por otra parte, la OCDE promueve la cooperación internacional, la cual es clave para lograr resultados más efectivos, dada la naturaleza transnacional del cohecho internacional. En este contexto, la OCDE ha entablado lazos de colaboración con varias organizaciones internacionales, entre ellas la ONU, OEA, Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio. También con el Consejo de Europa, la Unión Europea, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo. ONGs, como *Transparency International* y el *Open Society Institute*, entre otros. (OCDE, 2004)

Igualmente, con la colaboración con países miembros y del G7, el G20 y el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la OCDE trabaja con más de 130 gobiernos y jurisdicciones de África, Asia, Eurasia, Oriente Medio, América Latina y el Caribe, para promover la aplicación práctica de los estándares de la OCDE (OCDE, s.f., pág. 1).

No obstante, estos resultados, se han identificado algunos obstáculos que aún se deben superar. Algunos que dependen de la voluntad de los Estados parte de la Convención, otros se podrían considerar más “estructurales”, a saber:

- No todos los países han logrado establecer métodos efectivos para detectar el delito de cohecho internacional. La dificultad radica en que ni al sobornador ni al sobornado, les interesa que el delito se descubra. Esto hace que sea un delito difícil de detectar. La OCDE ha evidenciado que para mejorar la eficacia “el primer paso –y reto, a la vez– consiste en detectar todo acto o conducta delictivos de esta índole” (OCDE, 2017, pág. 3)
- La falta de incentivos y protección para los denunciantes, de canales seguros para las denuncias.
- Otra dificultad es el desfase en los desarrollos normativos e institucionales de los Estados parte, en el proceso de implementación de la Convención.
- Falta una mayor cooperación entre los Estados.
- Muchos Estados con niveles altos de corrupción, están por fuera de la Convención.
- La falta de una cultura de integridad. Según la OCDE, “los enfoques tradicionales, basados en creación de un mayor número de normas, observancia más estricta y cumplimiento más firme, han mostrado una eficacia limitada. Una respuesta estratégica y sostenible contra la corrupción es la integridad pública.” (OCDE, pág. 2)

La misma OCDE tiene claro sus retos y debilidades y ha dispuesto estudios, guías, recomendaciones para subsanarlos. Con todo, la práctica evidencia que la Convención anticorruptiva ha demostrado resultados concretos contra el cohecho internacional.

Conclusiones

En los 90s surge la necesidad de llevar el tema de la corrupción a la agenda internacional para aunar esfuerzos para combatir este flagelo conjuntamente por su carácter transnacional. En ese esfuerzo, sobresalen tres instrumentos internacionales: la UNCAC, la CICC y la Convención para Combatir el Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

Teniendo en cuenta que una de sus manifestaciones más generalizada y nefasta, es la corrupción a servidores públicos extranjeros en los contratos de los Estados abiertos a participación de empresas extranjeras, era importante esclarecer si existe un régimen internacional exclusivo y efectivo que se ocupe del lado oferente, esto es, de la empresa o persona que promete o concede la prebenda.

Así, el análisis de los antecedentes, naturaleza, objetivos y alcance de las Convenciones citadas permiten concluir que, si bien la UNCAC constituye un régimen internacional contra la corrupción en general, no se puede concluir que sea un régimen exclusivo y eficaz contra el cohecho internacional. La CICC en estricto sentido no se configuraría como un régimen internacional contra la corrupción a servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, pero aun en el evento en que lo fuere, no se podría esperar, en las condiciones actuales, un resultado eficaz.

Por su parte, los antecedentes, objetivo y alcance de la Convención para Combatir el Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, evidencian que los Estados unieron sus voluntades en esta Convención para establecer un régimen internacional contra el cohecho internacional.

Lo que diferencia a la Convención de la OCDE de la UNCAC, la CICC, y lo que ha determinado la eficacia, es que la Convención y su procedimiento de monitoreo, se centran exclusivamente en la lucha contra el cohecho internacional, en el lado oferente de la corrupción, y no tienen que abarcar

otras manifestaciones de la corrupción. La efectividad del sistema incluye mecanismos de presión focalizados que han fortalecido el compromiso de los Estados y de las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones bajo la Convención. Los resultados obtenidos le han permitido a la OCDE convertirse en la autoridad más destacada del mundo en la lucha contra el cohecho internacional.

Después de este análisis y conclusiones podemos responder la pregunta planteada: ¿Existe un régimen eficaz contra la corrupción a servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales?

Quedo demostrado que sí existe un régimen internacional contra el cohecho internacional, recogido en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el cual es más eficaz que los regímenes contra la corrupción previstos en la UNCAC y la CICC. Si bien aún persisten debilidades en la aplicación de la Convención, también están en curso esfuerzos por superarlos. No obstante, a manera de reflexión, se considera que no hay norma nacional o internacional que pueda ser plenamente eficaz, mientras no exista una cultura de la integridad que nutra al sector público y privado de un país, y a la misma sociedad en su conjunto, de manera que no toleren la corrupción. Este debería ser el principal compromiso y objetivo de cada Estado.

Bibliografía

Barbé, E. (1989). Cooperación y conflicto en las relaciones internacionales. (La teoría del régimen internacional). *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* (17), 55-67. Recuperado en 2020, de <https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/27818/51946>

Calsing, R. d. (2014, agosto 11). *FCPAméricas Blog*. Recuperado de Evaluación de la Fase 4 de la Convención Anti-Soborno de la OCDE: ¿Una superposición?: <https://fcpamericas.com/spanish/evaluacion-de-la-fase-4-de-la-convencion-anti-soborno-de-la-ocde-una-superposicion/#>

Emmert, F. (2017). The General Framework for International Business Transactions. En F. Emmert, *International Business Transactions: Text, Cases and Material* (pp. 1-60). Carolina Academic.

Foreign Corrupt Practices Act . (1977).

Keohane, R. O., & Nye, J. S. (1977). *Power and Interdependence*. Boston: Little Brown.

Keohane, R. O. (1984). *After hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*,. Princeton: Princeton University Press.

Krasner, S. D. (1982). Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. *International Organization*, 36(2), 185-205. Recuperado el 2020

Levy, M. A., Young, O. R., & Zurn, M. (1994). The Study of International Regimes. *European Journal of International Relations*.

Ménissier, T. (10 de mayo de 2009). *Tumultie e Ordini*. Obtenido de <http://www.tumultieordini.com/article-31234285.html#:~:text=1.%20La%20th%C3%A9orie%20des%20r%C3%A9gimes%2C%20une%20arg>

[umentation%20qui,%C3%A0%20la%20politique%2C%20et%20avec%20son%20ambigu%C3%Aft%C3%A9.%20a.](#)

Organización de Estados Americanos – OEA (1996) Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Organización de Estados Americanos. (2020). *Portal Anticorrupción de las Américas - MESICIC*.
Obtenido de Organización de Estados Americanos: <https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp>

Organización de las Naciones Unidas - ONU (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (1997) Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

OCDE. (1994). Les gouvernements de l'OCDE se mettent d'accord pour combattre la corruption. *SG/Press (94) 36*. París.

OCDE. (27 de mayo de 1994). *Recommandation de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales*. París.

OCDE. (1996). *Recomendación del Consejo sobre la Deducibilidad Fiscal de los Pagos Ilícitos a Funcionarios Públicos Extranjeros*. París.

OCDE. (1997). *Comentarios sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, París.

OCDE. (mayo de 1997). *Recomendación Corregida para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales C(97)123/FINAL*, París.

OCDE. (2004). *Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales. L'observateur OCDE*.

OCDE. (2009). *Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales*. París.

OCDE. (2009). Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

OCDE. (2014). *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale*. París: Éditions OCDE.

OCDE. (2017). *La Detección del Cohecho Internacional*. París: Ediciones OCDE .

OCDE. (2018). *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*. París.

OCDE. (18 de diciembre de 2019). *Data on enforcement of the Anti-Bribery Convention*. Obtenido de OCDE: <https://www.oecd.org/corruption/data-on-enforcement-of-the-anti-bribery-convention.htm>

OCDE. (19 de diciembre de 2019). *La OCDE acoge con satisfacción los esfuerzos de Colombia para combatir el cohecho internacional y le anima a movilizar a las autoridades del gobierno y organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes*. Recuperado el septiembre de 2020, de <https://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-acoge-con-satisfaccion-los-esfuerzos-de-colombia-para-combatir-el-cohecho-internacional-y-le-anima-a-movilizar-a-las-autoridades-del-gobierno-y-organismos-publicos-encargados-de-velar-por-el-cumplimiento-de-las-leyes>

OCDE (2020). *Fighting corruption at the OECD*. Obtenido de OECD: <https://www.oecd.org/corruption/fightingcorruptionattheoecd.htm>

OECD (septiembre de 2020). Obtenido de *Taking bribery out of business*: <https://www.oecd.org/about/impact/taking-bribery-out-of-business.htm>

OCDE. (s.f.). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública. OCDE.

OCDE. (s.f.). Contribución de la OCDE a la Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2021. París: OCDE.

OECD Working Group on Bribery. (2018). Phase 4. Monitoring Guide. OECD Anti-Bribery Convention. París: OECD.

OECD Working Group on Bribery. (2019). Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 3 Report. Colombia. París: OCDE.

SES.Webclass.fr. (2020). Obtenido de <https://ses.webclass.fr/notions/echanges-internationaux/>

UNODC. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas.

Vegalara, J. P. (31 de enero de 2020). Resultados de la Fase 3 de la implementación de la Convención de Soborno Transnacional de la OCDE. *Ámbito Jurídico*.

Yuste, J. G. (3 de junio de 1979). La Lockheed se declara culpable de sobornos a funcionarios japoneses. *El País*.