



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



Convención de las Naciones Unidas
contra la Corrupción

Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial

© Naciones Unidas, octubre de 2013. Todos los derechos reservados a nivel mundial.

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no entrañan, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información acerca de enlaces con sitios de Internet contenida en la presente publicación se brinda para comodidad del lector y es correcta en la fecha de publicación. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud constante de dicha información ni por el contenido de ningún sitio externo de Internet.

La presente publicación no ha sido objeto de revisión editorial oficial.

Sección encargada de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena

En colaboración con



OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
Viena

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2013



Agradecimientos

La preparación de esta publicación estuvo a cargo de la Subdivisión de Lucha contra la Corrupción y los Delitos Económicos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en asociación con la International Anti-Corruption Academy (IACA).

La presente *Guía* es el resultado de la colaboración entre varias organizaciones y personas, en particular los miembros de los grupos de trabajo técnicos de la UNODC en la India y en México para el proyecto “Incentivos legales a la integridad y cooperación empresariales”.

Además de las contrapartes del proyecto en la India y en México, deseamos agradecer a los participantes en la reunión del Grupo de Expertos sobre incentivos legales a la integridad y cooperación empresariales que proporcionaron ejemplos de casos, así como de buenas prácticas y lecciones derivadas de su experiencia, algunos de los cuales se han incluido en la presente *Guía*. Participaron en la reunión representantes de las siguientes organizaciones: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), International Anti-Corruption Academy (IACA), Siemens AG, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Public Interest Whistleblowing Inspection and Policy (Corea del Sur), Contraloría General (Brasil), Strategic Investment Development Group, Instituto Ethos (Brasil), Integrity Organisation (Nigeria), Malaysian Anti-Corruption Commission (Malasia), Humboldt-Viadrina School of Governance (Alemania), Secretaría de la Función Pública (México), Contraloría General Distrito Federal (México), CONCAMIN (México), Federation of Indian Chambers of Commerce and Industry (India), ICONGO (India), Centre for Policy Research (India), Confederation of Indian Industry (India) y Ministry of Personnel, Public Grievances and Pension (India).

La *Guía de recursos* se preparó con la asistencia de Michael Fine del bufete de abogados NXG Global Law & Compliance (Estados Unidos), que desempeñó la función de autor principal. Deseamos dar las gracias asimismo a los siguientes colegas por su revisión del documento: Candice Welsch (UNODC), Jason Reichelt (UNODC), Julia Pilgrim (UNODC) y Shannon Bullock (UNODC).

La UNODC reconoce con gratitud el apoyo prestado por Siemens, que financió la *Guía* como parte de la Iniciativa de Integridad de Siemens. El objetivo principal de la Iniciativa de Integridad de Siemens es crear condiciones de mercado justas para todos los participantes en el mercado mediante la lucha contra la corrupción y el fraude a través de la acción colectiva, la educación y la capacitación.



Índice

Agradecimientos	iii
Introducción	1
I. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el sector privado	7
A. Reseña general de la Convención contra la Corrupción	8
B. Disposiciones de la Convención contra la Corrupción relativas al sector privado	8
C. Funciones y responsabilidades en el contexto de la aplicación de la Convención contra la Corrupción	9
II. Participación del sector privado	13
A. Importancia de la responsabilidad a nivel directivo	14
B. Integridad empresarial: el argumento comercial	14
C. Institucionalización de la integridad mediante programas anticorrupción	15
D. Transparencia y participación pública	16
III. Aplicación de sanciones e incentivos	19
A. Sanciones	20
B. Incentivos	32
C. Otras medidas	38
Anexos	45
I. Prácticas comunes	45
II. Disposiciones de la Convención contra la Corrupción relativas al sector privado . . .	47
A. Disposiciones relativas a la penalización	48
B. Disposiciones relativas al sector privado	50
Referencias	55



Introducción

El sector privado tiene una importancia crucial para los esfuerzos de los Estados por combatir la corrupción conforme a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Aunque es posible que algunas empresas sucumban a la corrupción, ya sea deliberadamente para obtener alguna ventaja o porque estiman que no tienen otra alternativa, el sector privado también ha sido un motor de cambio al poner en marcha reformas destinadas a fomentar la integridad empresarial, las cuales están modificando el panorama de la lucha contra la corrupción a nivel mundial.

Finalidad de la *Guía*

En la presente *Guía* se exponen medidas que los Estados pueden adoptar para promover la integridad empresarial¹. La *Guía* se divide en tres partes. En una primera sección se describen los artículos de la Convención que sirven de marco para la interacción del Estado con el sector privado. Estos artículos incluyen disposiciones que exigen la penalización del cohecho y otros delitos de corrupción, así como medidas específicas relativas a la participación del sector privado. En la segunda sección se examina más a fondo el sector privado, prestando especial atención a las reformas de la gobernanza y otros factores que pueden fomentar la integridad empresarial. En esta sección también se esboza el “argumento comercial” para combatir la corrupción empresarial y los elementos básicos de un programa eficaz de lucha contra la corrupción². En la última sección de la *Guía* se describe toda una gama de sanciones e incentivos que se han formulado con miras a lograr los objetivos de la Convención contra la Corrupción de prevenir y combatir la corrupción en el sector privado.

El contexto del sector privado

Si bien la Convención define cierto número de actos corruptos, se suele percibir la corrupción como “el abuso de facultades confiadas en el contexto de una determinada función con el fin de obtener un beneficio privado”³. En el ámbito empresarial, ello puede incluir la presentación de informes financieros falsos o engañosos, el fraude en las adquisiciones, la malversación y en particular el cohecho. El soborno empresarial es un problema universal que afecta a empresas de cualquier tamaño en todos los países y en el que las empresas son a la vez víctimas y autores del delito.

La corrupción es un problema complejo y multifacético que no puede resolverse mediante la actuación aislada de gobiernos ni empresas. Las empresas son una fuente común de fondos corruptos pero al ser también víctimas de extorsión comparten el interés por los beneficios resultantes de una reforma. Las pequeñas empresas locales son especialmente vulnerables a las demandas abusivas de funcionarios públicos corruptos; por su parte, las empresas más grandes a escala nacional y mundial que logran controlar el soborno en sus propias filas deben, no obstante, afrontar el problema de la competencia desleal por parte de sus pares menos honestos. Además, los Estados pueden aprovechar los conocimientos especializados y los recursos que las empresas con sentido ético pueden aportar a la lucha contra la corrupción.

¹En la presente *Guía* se utilizan indistintamente las palabras “empresa”, “sociedad” y “empresa privada.” Para los fines de la aplicación de la Convención contra la Corrupción, el “sector privado” comprende entidades diversas, desde las pequeñas sociedades y asociaciones empresariales familiares a nivel local hasta las empresas de ámbito nacional y las empresas multinacionales.

²Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica* (2013) (en adelante denominado “Programa anticorrupción para las empresas”).

³Véase, por ejemplo, *Clean Business is Good Business: The Business Case against Corruption*, una publicación conjunta de la Cámara de Comercio Internacional, Transparency International, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Foro Económico Mundial. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no contiene una definición específica, sino que define la corrupción haciendo referencia a delitos concretos enumerados en el capítulo III de la Convención. Para un examen más detallado de las consideraciones relativas a la definición, véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Global Dynamics of Corruption, The Role of the United Nations Helping Member States Build Integrity to Curb Corruption*, págs. 2 a 4 (2002).

Importancia central de la prevención

A menudo se dice que una onza de prevención vale una libra de curación y en el contexto empresarial esto se logra mediante la aplicación, a nivel interno, de un programa eficaz de prevención y detección de infracciones de la ley o de un programa de normas de ética. Estos programas, denominados programas de “cumplimiento” o de “prevención”, han sido objeto de una guía publicada anteriormente por la UNODC⁴. Por lo general, esos programas requieren un compromiso del personal directivo respecto de las prácticas empresariales honestas, la prestación de capacitación para aumentar la sensibilización, la formulación de políticas y procedimientos anticorrupción, el establecimiento de canales para recabar orientación y plantear dudas sobre eventuales denuncias y sistemas y controles internos para garantizar la observancia de las políticas.

La aplicación de un programa anticorrupción coherente y eficaz para las empresas es principalmente una función y un deber del sector privado. Las medidas de lucha contra la corrupción son una inversión y, como otras inversiones comerciales, deben competir con otras demandas para hacerse con una parte de los escasos recursos disponibles sobre la base de los riesgos y las ventajas aparentes. Los Estados pueden ayudar a las empresas a formular esas decisiones en materia de inversión mediante una combinación de sanciones de carácter coercitivo e incentivos para fomentar las buenas prácticas⁵.

Principios generales

La presente *Guía* tiene por objeto proporcionar a los Estados parte un marco para la identificación y aplicación de una combinación apropiada de sanciones e incentivos destinados a fomentar la integridad del sector privado. La *Guía* refleja las últimas innovaciones en la lucha mundial contra la corrupción, incluidos algunos importantes avances recientes en la formulación de parámetros de referencia de las prácticas de prevención empresariales.

En su aplicación de las disposiciones vinculantes de la Convención contra la Corrupción, los Estados parte han de cumplir ciertas normas mínimas relacionadas con la corrupción en el sector privado, incluida la aplicación de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas” en caso de infracciones cometidas por “personas jurídicas”. En el marco de estos parámetros, los Estados tienen amplia discrecionalidad para determinar el equilibrio adecuado de sanciones e incentivos, así como otras medidas complementarias para reforzar la integridad empresarial.

Las recomendaciones formuladas en la presente *Guía* reflejan cinco principios básicos de aplicación:

1. El fortalecimiento de la integridad empresarial es un factor clave del éxito de la Convención contra la Corrupción.
2. Los programas anticorrupción para el sector empresarial son una herramienta primordial para reforzar la integridad y deben promoverse.
3. Los Estados pueden fomentar la adopción de mejores prácticas en el sector privado mediante una combinación de sanciones e incentivos.
4. Las sanciones empresariales son un requisito básico y deberían incluir sanciones de carácter tanto monetario como penal, conforme a lo previsto en la Convención.
5. Sin embargo, las sanciones son más eficaces cuando se combinan con incentivos que premian las buenas prácticas.

⁴Véase el Programa anticorrupción de la UNODC para las empresas, nota 2 *supra*.

⁵Los “incentivos para fomentar las buenas prácticas” se refieren al crédito o a la ventaja que puede obtener una organización como resultado de una inversión en un programa anticorrupción eficaz o de otras formas de cooperación con otros Estados en la lucha contra la corrupción. Los incentivos pueden revestir la forma de créditos contra sanciones cuando se trata de infracciones, lo que se conoce comúnmente como “mitigación de la pena”, o de una ventaja no relacionada con una infracción o con una medida de aplicación coercitiva, como un trato preferencial en la contratación por haber invertido en un programa anticorrupción eficaz. Ambos son incentivos destinados a fomentar la adopción voluntaria de buenas prácticas, como también lo son, en sentido negativo, las sanciones de carácter coercitivo.

La *Guía* reconoce que no hay una solución de talle único y que el equilibrio apropiado de sanciones de carácter coercitivo e incentivos a las buenas prácticas varía según la estructura jurídica establecida por cada Estado, las capacidades institucionales y de recursos, y las limitaciones. Además, será necesario demostrar flexibilidad a fin de adaptar esas medidas a las necesidades y circunstancias particulares de las empresas según su tamaño y experiencia. Otras medidas como los pactos de integridad y las iniciativas basadas en códigos empresariales cuya finalidad es reforzar la integridad en el contexto de proyectos o a nivel sectorial pueden ser un complemento valioso de las modalidades tradicionales de aplicación, especialmente cuando el riesgo de detección y enjuiciamiento es limitado.

Prácticas comunes

La aplicación de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas” contra toda personas o empresa que cometa un delito de corrupción es un requisito básico de la Convención contra la Corrupción⁶. En un contexto empresarial, las sanciones son eficaces y disuasivas si castigan el comportamiento indebido, eliminan las ganancias ilícitas derivadas de la corrupción y alientan las medidas encaminadas a reforzar las prácticas de prevención en la empresa. La proporcionalidad guarda relación con el tamaño de la empresa, así como con la gravedad de un delito y el daño causado.

Los Estados parte tienen a su disposición una gran variedad de medidas para sancionar la corrupción en el sector privado, las cuales se insertan en una de ocho categorías amplias. Para los fines de la Convención contra la Corrupción, una “sanción” puede incluir la restitución, la incautación de activos y otras sanciones penales. Algunas de estas sanciones tienen carácter obligatorio con arreglo a la Convención, mientras que otras son meras recomendaciones.

- **Multas.** Las multas constituyen el tipo de sanción más común para castigar los delitos de corrupción en el sector privado, aplicable tanto a particulares como a organizaciones. Estas sanciones son de carácter penal y tienen por objeto castigar el comportamiento indebido y disuadir a los infractores y a las demás personas de cometer tales delitos en el futuro.
- **Penas de prisión.** La pena de prisión es otra sanción aplicable a personas condenadas por un delito de corrupción y se considera un disuasivo especialmente eficaz.
- **Decomiso de activos ilícitos.** El decomiso de ganancias ilícitas derivadas de la corrupción tiene por objeto prevenir el enriquecimiento injusto. Al privar a los infractores de los beneficios económicos resultantes de actos corruptos se protege a la vez el interés del Estado por eliminar los factores que puedan servir de incentivo al soborno en la empresa y el interés de los competidores por que exista una mayor equidad en el ámbito económico.
- **Recursos contractuales.** La rescisión y la restitución contractuales pueden utilizarse para hacer cumplir los compromisos de la empresa en materia de integridad. Una empresa que participa en actividades corruptas en relación con un contrato público, ya sea para obtener o mantener clientes, o en el marco de su ejecución, no es digna de confianza para actuar en aras del interés público.
- **Inhabilitación.** La suspensión e inhabilitación son sanciones contractuales más extremas que se utilizan para impedir que una persona o empresa participe en una licitación o en actividades de contratación pública durante un determinado período. La amenaza de inhabilitación puede propiciar una confesión o transacción en condiciones ventajosas.
- **Denegación de beneficios.** Las personas o empresas corruptas también pueden verse denegados el acceso a beneficios o servicios públicos, como una licencia comercial o el apoyo en forma de créditos a la exportación. El vínculo entre las restricciones de los beneficios y la corrupción es especialmente fuerte para las empresas internacionales que reciben apoyo de organismos nacionales de créditos a la exportación.

⁶Conforme a lo dispuesto en el artículo 30, “cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la [...] Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”. Este es un requisito general aplicable a toda persona que cometa actos corruptos y que se hace extensivo a las “personas jurídicas” en virtud del artículo 26.

- **Responsabilidad por daños y perjuicios.** Otro requisito de la Convención es la responsabilidad civil por daños y perjuicios con arreglo al derecho de los contratos o las normas de responsabilidad civil generales de un Estado o un derecho de acción privado relacionado específicamente con la corrupción. Esta sanción es de carácter correctivo y tiene por objeto compensar a las víctimas de la corrupción, incluidos los competidores y los propios Estados, de los daños y perjuicios resultantes de un delito.
- **Daños por desmedro de la reputación.** Para muchas empresas, tanto grandes como pequeñas, es posible que la peor consecuencia derivada de un escándalo de corrupción sea el desmedro de la reputación. Aunque no se trata estrictamente de una “sanción”, cuando se cometen delitos de corrupción los Estados pueden reforzar la integridad empresarial mediante la aplicación de medidas destinadas a promover la transparencia pública.

La experiencia ha demostrado que el enfoque más eficaz suele ser una combinación de sanciones, por lo que muchos Estados facultan a sus organismos de aplicación de la ley para aplicar estos ocho tipos de sanciones con carácter discrecional. La elección de sanciones entre esas opciones debería reflejar los principios y las prácticas y normas regulatorias establecidas del Estado, así como consideraciones prácticas que pueden limitar la utilidad de ciertas medidas.

Los incentivos que premian a una empresa por sus buenas prácticas son un complemento importante de las sanciones de carácter coercitivo⁷. Los incentivos reconocen que el compromiso con los programas de lucha contra la corrupción y las inversiones sustanciales en estos, así como otras medidas de fortalecimiento de la integridad empresarial, son en gran medida voluntarios, más allá de ciertos requisitos legales mínimos. La práctica de los Estados en esta esfera se ha desarrollado más lentamente que las sanciones de carácter coercitivo; no obstante, esos incentivos están abarcados en las siguientes cuatro categorías:

- **Mitigación de la pena.** La mitigación de la pena es el tipo de incentivo más común y se utiliza principalmente para fomentar la denuncia de delitos por los propios testigos o víctimas y premiar los esfuerzos de prevención desplegados por las empresas. Esta mitigación puede surtir efecto gracias a una reducción de la pena o de los cargos o, en algunos Estados, a una salvaguardia que mitigue la responsabilidad de la empresa por delitos cometidos por un empleado o un agente⁸.
- **Alicientes en materia de adquisiciones.** Un segundo tipo de incentivo consiste en ofrecer a las empresas que demuestren un compromiso con las buenas prácticas una consideración preferente en materia de adquisiciones públicas, ya sea reconociéndole la condición de licitador (el tipo de incentivo más común) o una preferencia positiva en términos de competencia. La preferencia en materia de adquisiciones sobre la base de la integridad y confiabilidad, que constituye un aliciente tradicional del sector privado, es utilizada con creciente frecuencia por los Estados.
- **Acceso a beneficios.** El acceso al apoyo o a los servicios gubernamentales también puede estar sujeto a la condición de comprometerse a aplicar las buenas prácticas de integridad, o puede concederse sobre una base preferencial a las empresas que inviertan en algún programa anticorrupción eficaz. Este incentivo es la contrapartida de la sanción de denegación de beneficios estatales a las empresas que cometan infracciones y se utiliza para alentar y premiar los esfuerzos positivos de lucha contra la corrupción.

⁷Estos se suman a las medidas de protección de los denunciantes y los testigos, previstas en los artículos 32 y 33 de la Convención, que alientan a las personas a denunciar a las autoridades competentes toda violación de la Convención contra la Corrupción.

⁸Una salvaguardia legal formal basada en los esfuerzos de prevención de la corrupción por parte de la empresa debe concebirse con un criterio estrecho a fin de no menoscabar otros objetivos importantes de la Convención contra la Corrupción. Si bien los esfuerzos realizados de buena fe por una empresa para prevenir y detectar los delitos de corrupción cometidos por sus empleados, agentes o socios comerciales pueden constituir una justificación para eximir a la empresa de sanciones penales, no deben impedir el decomiso de toda ganancia empresarial resultante del delito ni los eventuales recursos de las víctimas para obtener indemnización por daños.

- *Alicientes relacionados con la reputación.* Estos beneficios son otra herramienta para fomentar la integridad empresarial mediante el reconocimiento público de que una empresa se compromete a aplicar las buenas prácticas y a combatir la corrupción. Como las sanciones por desmedro de la reputación, el incentivo basado en la aplicación de buenas prácticas no suele tener carácter oficial, pero puede ser promovido por los Estados⁹.

Si bien los incentivos que premian las buenas prácticas no son un sustituto de las sanciones aplicadas a la comisión de un delito, pueden ser una herramienta eficaz para fomentar la presentación directa por las víctimas o los testigos de su propia denuncia y las inversiones de las empresas en programas de prevención proactivos. Esta función complementaria puede ser especialmente valiosa para los esfuerzos que despliegan los Estados por aumentar la integridad empresarial en circunstancias en que el riesgo de detección y castigo es demasiado pequeño para que los incentivos de mitigación de la pena sean demasiado limitados. Al mismo tiempo, es importante que los incentivos dependan de que se realicen esfuerzos de prevención y no se concedan demasiado libremente. Los incentivos demasiado generosos corren el riesgo de menoscabar los objetivos de integridad de la Convención contra la Corrupción, así como la confianza pública en la administración de justicia.

⁹Las retribuciones monetarias para promover la denuncia de delitos empresariales por parte de empleados y otras personas constituyen otro posible incentivo, examinado en la parte III B de la presente *Guía*.

CAPÍTULO I.

La Convención contra la Corrupción
y el sector privado

La primera parte de la *Guía* contiene una reseña general de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de sus disposiciones relativas al sector privado en materia de penalización, sanciones y medidas para promover la cooperación y las denuncias conexas en el sector privado. En ella se examinan asimismo las funciones y responsabilidades de las partes interesadas.

A. Reseña general de la Convención contra la Corrupción

La corrupción es uno de los problemas más complejos, difíciles y corrosivos que enfrenta el mundo en la actualidad. El soborno de funcionarios públicos y otras formas de corrupción en el ámbito empresarial menoscaban la justa competencia, distorsionan las inversiones económicas y privan a los gobiernos de los recursos que requieren para promover el crecimiento y el desarrollo. Si bien estos efectos se resienten en el conjunto de regiones y países, han causado un daño desproporcionado en las comunidades pobres del mundo en desarrollo¹⁰.

Concebida para proporcionar un marco legislativo con miras a hacer frente a la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es el primer instrumento mundial de carácter vinculante en la lucha contra la corrupción. El enfoque de amplio alcance previsto en la Convención y el carácter vinculante de muchas de sus disposiciones la han convertido en una herramienta singular para dar una respuesta total al problema de la corrupción. Más de 165 Estados parte se han comprometido a aplicar una amplia gama de medidas encaminadas a prevenir la corrupción, penalizar el soborno y otras formas de corrupción, reforzar la aplicación de la ley y la cooperación internacional, establecer mecanismos legales para la recuperación de activos y facilitar la asistencia técnica y el intercambio de información.

B. Las disposiciones de la Convención contra la Corrupción relativas al sector privado

La responsabilidad de cumplir las obligaciones previstas en la Convención contra la Corrupción incumbe en última instancia a los Estados parte; sin embargo, la Convención incluye varias disposiciones relativas a la corrupción en el sector privado que son también de especial pertinencia para la comunidad empresarial. La Convención requiere que los Estados tipifiquen como delito diversas formas de corrupción, incluidos el soborno y la malversación. Además, contiene un artículo que trata de forma detallada y específica la prevención de la corrupción en el sector privado. Otros artículos guardan relación con los conceptos de denuncia (protección de los denunciantes), sanciones y recursos, y la cooperación entre las autoridades y el sector privado.

Las disposiciones relativas a la penalización contenidas en el capítulo III de la Convención contra la Corrupción, en las que se enumeran los delitos de corrupción que los Estados han de prohibir por ley, constituyen un parámetro de referencia para la integridad empresarial.

¹⁰Varios estudios confirman la correlación negativa existente entre la corrupción y la calidad de las inversiones, los servicios y reglamentaciones gubernamentales. Por ejemplo, en los Estados con altos niveles de corrupción las tasas de mortalidad infantil son tres veces más elevadas, las tasas de mortalidad de lactantes casi dos veces más elevadas y las tasas de abandono escolar cinco veces más elevadas que en los Estados con un bajo índice de corrupción. Gupta et al., "Corruption and the Provision of Health Care and Education Services", en *Governance, Corruption and Economic Performance*, Fondo Monetario Internacional (2002). El Banco Mundial (Baker 2005) ha estimado que en los presupuestos gubernamentales de los Estados en desarrollo se pierden anualmente entre 20.000 y 40.000 millones de dólares EE.UU., correspondientes a entre el 20% y el 40% de la asistencia oficial para el desarrollo, como consecuencia de la corrupción de funcionarios públicos de alto nivel.

Disposiciones relativas a la penalización

- Soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15), soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16), y soborno en el sector privado (artículo 21)
- Tráfico de influencias (artículo 18)
- Malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22)
- Blanqueo del producto del delito (artículo 23)
- Encubrimiento (artículo 24)
- Obstrucción de la justicia (artículo 25)

La Convención contra la Corrupción contiene además un conjunto de disposiciones en las que se insta a los Estados parte a que adopten o consideren la posibilidad de adoptar medidas para promover la integridad empresarial y la denuncia de la corrupción.

Disposiciones relativas al sector privado

- Sector privado (artículo 12)
- Responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 26)
- Protección de los denunciantes (artículo 33)
- Consecuencias de los actos de corrupción (artículo 34)
- Indemnización por daños y perjuicios (artículo 35)
- Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (artículo 37)
- Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado (artículo 39)

En el anexo 2 figura una reseña detallada de estas disposiciones, incluida una explicación de su pertinencia con respecto a la integridad en el sector privado.

C. Funciones y responsabilidades en el contexto de la aplicación de la Convención contra la Corrupción

La corrupción en el sector privado es un problema complejo y multifacético que los gobiernos y las empresas no pueden resolver por sí solos. Tanto el sector público como el sector privado, junto con la sociedad civil, tienen una importante función que cumplir en el fortalecimiento de la integridad empresarial.

1. Los Estados parte

La responsabilidad de aplicar la Convención contra la Corrupción incumbe principalmente a los Estados parte. En lo que respecta a la integridad en el sector privado, las principales funciones de los Estados consisten en establecer el marco jurídico para combatir la corrupción y aplicar la ley. Otra responsabilidad es la de velar por que los organismos estatales dispongan de políticas y procedimientos para prevenir la corrupción en el sector privado y su personal reciba la necesaria capacitación a este respecto.

Establecimiento de un marco jurídico

Los Estados parte tienen la responsabilidad de establecer un marco jurídico nacional para prevenir la corrupción, en consonancia con la Convención contra la Corrupción. Aunque la Convención no lo exige, la adopción de un enfoque amplio que refleje la relación entre las conductas prohibidas, sus consecuencias y las salvaguardias conexas es sumamente útil para el sector privado. Asimismo, es importante que las medidas jurídicas sean lo suficientemente detalladas para que el sector privado disponga de la información necesaria sobre la aplicabilidad y los requisitos de la ley.

Ejemplo: La legislación amplia de lucha contra la corrupción promulgada por el Reino Unido en 2010 (United Kingdom Bribery Act) contiene disposiciones pormenorizadas sobre determinados delitos, salvaguardias y principales términos aplicables al sector privado.

Los gobiernos también deberían considerar la posibilidad de brindar orientación al sector privado sobre sus obligaciones en materia de cumplimiento con arreglo a la ley. Si bien muchos aspectos del marco anticorrupción establecido por un Estado pueden resultar evidentes a partir del simple tenor de una ley, otros aspectos pueden ser más difíciles de entender o de aplicar en la práctica. Por ejemplo, para una empresa puede resultar evidente que el soborno como medio de obtener nuevos clientes está prohibido, pero no que los pagos para obtener una licencia u otra ventaja en un contexto reglamentario también lo están. De igual modo, es posible que no siempre quede claro que una empresa tendrá que rendir cuentas de las infracciones que cometa una de sus filiales o socios comerciales.

La orientación sobre este tipo de cuestiones comunes en materia de cumplimiento ayuda a sensibilizar al sector privado al respecto y, por ende, a reforzar la integridad en las operaciones comerciales. Además, es relevante para la aplicación cuando se han cometido infracciones. La orientación contribuye asimismo a alertar a las empresas sobre las expectativas mínimas de un Estado en cuanto a la formulación y aplicación de un programa eficaz de lucha contra la corrupción o de prácticas recomendadas.

Ejemplo: En una "Guía de recursos" publicada por las autoridades de los Estados Unidos se brinda a las empresas orientación detallada sobre la Ley de prácticas corruptas en el extranjero, en particular sobre cuestiones típicas de interpretación, políticas de aplicación y elementos de un programa anticorrupción eficaz. El Gobierno también cuenta con un procedimiento formal para recabar "opiniones consultivas" sobre la aplicación de la ley en casos dudosos, las cuales se ponen a disposición del público en general. En el Reino Unido se ha ofrecido orientación de esta índole mediante la publicación de "procedimientos adecuados" para la aplicación de un programa anticorrupción eficaz.

United States Department of Justice, "A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act" (2012), disponible en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/>; United Kingdom Ministry of Justice, Bribery Act 2010 Guidance (2012), disponible en <https://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>.

Aplicación de la ley

De conformidad con la Convención, los Estados tienen también la responsabilidad de aplicar esas leyes de manera "eficaz, proporcionada y disuasiva". Además, la aplicación debe ser justa, razonable, predecible y coherente. Como en otros ámbitos del derecho, las leyes anticorrupción y las medidas regulatorias tienen la mayor eficacia cuando se apoyan en una política de aplicación positiva. En cambio, la falta de una aplicación enérgica puede socavar la confianza del público en la ley y hacer que sea más difícil para las empresas honestas mantener la integridad frente a amenazas económicas de competidores con un comportamiento menos ético.

Como se expone en la parte III de la presente *Guía*, la promoción de una conducta comercial íntegra mediante una combinación apropiada de sanciones por incumplimiento e incentivos a las buenas prácticas es un elemento fundamental de la aplicación de la ley.

Fortalecimiento de las prácticas anticorrupción en los organismos estatales

Con arreglo a la Convención contra la Corrupción, los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas encaminadas a fortalecer el compromiso y las prácticas de lucha contra la corrupción en sus propios organismos. El capítulo II de la Convención contiene recomendaciones detalladas para la mejora de la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública, la contratación pública y la gestión de la hacienda pública y el mantenimiento de la integridad en el sistema judicial y el ministerio público. Asimismo, debería considerarse la posibilidad de adoptar otras medidas a fin de aumentar la sensibilización en los organismos estatales sobre la importancia de combatir la corrupción en el sector privado.

Ejemplo: El Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales contiene recomendaciones detalladas para la prevención y detección de la corrupción relacionada con exportaciones subvencionadas por el Estado. Por su parte, los organismos de crédito a la exportación han establecido políticas y procedimientos formales contra el soborno. Las buenas prácticas identificadas en un estudio reciente pueden aplicarse a las interacciones gubernamentales con el sector privado en un sentido más amplio. Ello incluye una formalización de los esfuerzos de regulación, una mejor capacitación del personal y análisis de riesgos específicos.

Transparency International, "Export Credit Agency Anti-Bribery Practices, 2010" (2010).

2. El sector privado

La responsabilidad primordial que tienen las empresas con arreglo a la Convención contra la Corrupción, aplicada por conducto de la legislación nacional, es velar por que sus empleados, agentes y socios comerciales comprendan las leyes anticorrupción aplicables y las observen. Esto se logra mediante un programa eficaz de lucha contra la corrupción que incluya mecanismos para alentar la denuncia de actos corruptos como una línea telefónica anónima, la divulgación de esos actos sin demora y la cooperación con los organismos encargados de aplicar la ley cuando se cometan tales delitos.

La comunidad empresarial, especialmente las empresas más grandes de ámbito nacional y mundial, también pueden desempeñar un papel relevante ayudando a aumentar la toma de conciencia sobre el daño que causa la corrupción, apoyando las iniciativas gubernamentales y de otra índole y proponiendo estándares de buenas prácticas en la industria y la cadena de suministro. Por lo general, estas actividades se realizan en el marco de coaliciones o asociaciones, pero también pueden constituir iniciativas de empresas individuales.

Ejemplo: En el Líbano, Tailandia y muchos otros países hay empresas que han puesto en marcha iniciativas relacionadas con la adopción de códigos de conducta a fin de reforzar las prácticas basadas en la integridad en las empresas locales. En 2004, un equipo de tareas compuesto por importantes empresas multinacionales de Europa, América del Norte y Asia, con apoyo de Transparency International, elaboró una amplia guía para la formulación de programas anticorrupción en el plano mundial.

Foro Económico Mundial, "Partnering against Corruption Initiative (PACI) Principles" (2004). Las iniciativas en Tailandia y el Líbano fueron desarrolladas respectivamente por Thai Institute of Directors Association y Lebanon Transparency Association.

Las empresas multinacionales pueden hacer una contribución particularmente valiosa a los objetivos de la Convención contra la Corrupción tratando de reforzar la integridad empresarial en sus cadenas de suministro. Mediante la capacitación en las cadenas de suministro, la asistencia técnica y los procesos de selección preferente, las grandes empresas nacionales y multinacionales tienen la oportunidad de “imponer” normas de integridad con una repercusión que puede ser incluso superior a la de las medidas estatales. Los alicientes destinados a premiar la integridad de los proveedores confieren un valor de mercado positivo a esas buenas prácticas.

Ejemplo: En su “décimo principio”, relativo a la lucha contra la corrupción, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas ha establecido como objetivo prioritario la integridad en la cadena de suministro. En 2010 se publicaron directrices para las empresas multinacionales, contenidas en el documento “Fighting Corruption in the Supply Chain: A Guide for Customers and Suppliers”.

Pacto Mundial de las Naciones Unidas, “Fighting Corruption in the Supply Chain: A Guide for Customers and Suppliers” (2010), disponible en http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/Fighting_Corruption_Supply_Chain.pdf.

3. La sociedad civil

La sociedad civil también desempeña un papel importante en la promoción de los objetivos de la Convención contra la Corrupción, tal como se refleja en el artículo 13 de la Convención. Los Estados parte tienen la obligación, dentro de los medios de que dispongan y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, “de fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público” en la lucha contra la corrupción mediante una mayor transparencia, extensión y oportunidades de participar en los procesos de adopción de decisiones, y de informar sobre los actos de corrupción. Para los fines de la Convención, la sociedad civil incluye por lo general, además de los ciudadanos particulares, a las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones comunitarias, las asociaciones comerciales, los sindicatos, las instituciones religiosas, las universidades y los medios de comunicación.

En relación con el sector privado, la intervención de la sociedad civil ocurre principalmente a través de la educación pública, la promoción de la lucha contra la corrupción y la vigilancia del cumplimiento. Estas funciones varían, en términos de aplicación, según los múltiples y diversos intereses que conforman la sociedad civil. Por ejemplo, los ciudadanos, como individuos, tienen la obligación de estar informados sobre esos problemas y exigir cuentas a los dirigentes políticos y empresariales. Las organizaciones de lucha contra la corrupción, incluidas las del sector empresarial, pueden apoyar y ayudar a formular las iniciativas anticorrupción. Los medios de comunicación, junto con las organizaciones de lucha contra la corrupción, también desempeñan una importante función de vigilancia mediante la difusión de información sobre los progresos en materia de políticas y los desafíos pendientes.

Ejemplo: Las organizaciones de la sociedad civil han desarrollado varias herramientas prácticas para la vigilancia por parte de los ciudadanos en apoyo de la integridad en la contratación pública. Transparencia Mexicana publicó recientemente una guía detallada sobre actividades emprendidas por la ciudadanía en la que se exponen normas pertinentes y se sacan conclusiones de experiencias anteriores de vigilancia ciudadana. Otra herramienta, elaborada por Transparency International en los Estados Unidos de América con apoyo del Banco Mundial, proporciona recursos en línea para la supervisión en materia de adquisiciones, incluida una guía de vigilancia, un módulo de capacitación para los ciudadanos y una lista de verificación interactiva para alertar sobre situaciones de corrupción frecuentes en la contratación pública.

Transparencia Mexicana, “A New Role for Citizens in Public Procurement” (2011) disponible en <http://corruptionresearchnetwork.org/marketplace/resources/C-M%20SERIES%20-%20A%20new%20Role%20for%20Citizens%20in%20Public%20Procurement.pdf/>.

Transparency International/USA, “Civil Society Procurement Monitoring Tool”, disponible en <http://monitoring.transparency-usa.org/>.

CAPÍTULO II.

Participación del sector privado

Antes de examinar el papel de las sanciones y los incentivos en el fortalecimiento de la integridad empresarial, es importante analizar los factores que conforman la práctica normativa empresarial.

A. Importancia de la responsabilidad a nivel directivo

El cumplimiento por parte de las empresas es en gran medida voluntario, incluso en entornos de aplicación enérgica. Ningún Estado cuenta con los recursos o la capacidad para vigilar el conjunto de actividades de una empresa a fin de detectar posibles infracciones, ni ello sería prudente o eficaz. Más bien, el objetivo de la regulación consistirá por lo general en fomentar una conducta responsable de modo voluntario, mediante incentivos y sanciones destinados a promover las buenas prácticas. El “señalamiento” de la corrupción —esto es, el envío de un claro mensaje al sector privado en el sentido de que el Estado está seriamente comprometido con la aplicación de sus leyes anticorrupción— es un aspecto central del fortalecimiento de la integridad empresarial.

El principal destinatario del señalamiento de la corrupción es el personal superior de la empresa, en particular sus directores o su comité ejecutivo. Estos dirigentes tienen la responsabilidad fiduciaria de supervisar la gestión de la empresa, lo que incluye sus esfuerzos por prevenir y detectar la corrupción¹¹. Además, junto con la gerencia general, están en condiciones de velar por que se asignen los recursos necesarios para apoyar un programa anticorrupción eficaz. Los Estados contribuyen a formular estas decisiones sobre inversión empresarial a través de sus políticas de aplicación, en particular mediante la mitigación de la pena o las salvaguardias basadas en la existencia de programas adecuados de prevención de la corrupción.

B. Integridad empresarial: el argumento comercial

En su sentido más amplio, la integridad empresarial comprende toda la gama de prácticas comerciales comúnmente asociadas con la responsabilidad social de las empresas. En un sentido más estricto, refleja un compromiso de cumplir las obligaciones y normas legales mínimas impuestas por una conducta comercial conforme a la ética. Las organizaciones que actúan con integridad respetan la ley y las normas de ética, dan un trato justo y respetuoso a sus empleados, clientes y socios comerciales, cumplen los compromisos contraídos y en general realizan sus actividades de forma socialmente responsable.

En el contexto de la lucha contra la corrupción, la integridad empresarial significa que las actividades comerciales se llevan a cabo sin recurrir al soborno u otros actos corruptos que menoscaban las operaciones y la confianza del público en el mercado. Ante todo, las empresas tienen la responsabilidad jurídica de respetar la ley de los países en los que funcionan, lo que en el marco de la Convención contra la Corrupción se aplica a todas las formas de soborno, tanto activo como pasivo, público como privado, a nivel nacional o internacional. Las empresas que utilizan el soborno se arriesgan a quedar en evidencia ante el público, así como a ser objeto de juicios y sanciones que pueden constituir un desmedro considerable para sus intereses y tener graves consecuencias para el personal implicado. Las empresas también tienen la obligación de actuar como buenas personas jurídicas, lo que entraña la observancia de las leyes aplicables a sus operaciones.

Las empresas son cada vez más conscientes de que combatir la corrupción es ventajoso desde el punto de vista comercial. En el nivel más básico, los pagos corruptos constituyen un gravamen al comercio que redundará en una disminución de las ganancias y en un menor rendimiento de las inversiones. Aunque resulta difícil calcular el alcance de esta merma debido al carácter encubierto de la corrupción, se estima que ese gravamen adicional al comercio asciende hasta un 10% en

¹¹Las normas de gobernanza empresarial están determinadas por la legislación nacional. Véase un útil compendio de buenas prácticas en “OECD Principles of Good Governance”, disponible en <http://www.oecd.org/corporate/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>. La OCDE también ha publicado directrices para evaluar la aplicación de esas prácticas. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Methodology for Assessing Implementation of the OECD Principles on Corporate Governance* (2006).

algunos mercados¹². Las empresas que rechazan el soborno también se enfrentan al problema de una posible pérdida comercial frente a competidores menos íntegros. Sin embargo, muchas de ellas ya reconocen que el daño que causa la corrupción a los intereses comerciales es aún mayor. La corrupción pone obstáculos adicionales a los gobiernos para la aplicación de las leyes y políticas y socava la confianza en las instituciones públicas. Otra consideración, la más importante en el caso de las empresas multinacionales, es que la corrupción menoscaba el estado de derecho del que a fin de cuentas depende su capacidad de realizar sus operaciones comerciales y hacer inversiones seguras¹³.

La incorporación de la integridad empresarial en las operaciones comerciales también puede arrojar beneficios más inmediatos y prácticos. La existencia de mejores sistemas y controles para prevenir la corrupción brinda mayor certeza y control sobre las operaciones. Además, ayuda a proteger la reputación de la empresa —que a menudo constituye su activo más valioso— frente a los empleados, clientes, socios comerciales y el público en general. Las empresas que han demostrado su compromiso con la integridad empresarial atraen y retienen a buenos empleados y mantienen en alto la moral de su personal más fácilmente; asimismo se benefician al relacionarse con inversionistas, clientes y socios comerciales inspirados por los mismos principios. La ventaja comparativa de una buena reputación para las empresas más pequeñas que tienen relaciones comerciales con empresas de ámbito mundial puede ser especialmente valiosa, dado que estas últimas se empeñan en reforzar esas prácticas al interior de sus cadenas de suministro. Los proveedores íntegros son más fiables y también menos tendientes a crear problemas legales o trastornos en la cadena de suministro para sus clientes multinacionales.

C. Institucionalización de la integridad mediante programas anticorrupción

Los programas de cumplimiento empresarial constituyen una herramienta primordial de las empresas para la promoción de prácticas comerciales basadas en la ética y, por tanto, son un punto de partida básico para analizar la cuestión de los incentivos y las sanciones. Brindan a la empresa un marco para la articulación de los valores, políticas y procedimientos que utiliza para formar a sus empleados y prevenir y detectar la corrupción en sus operaciones comerciales.

Los elementos fundamentales de un programa anticorrupción eficaz están bien definidos y se han expuesto detalladamente en el Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica. En esta guía se esbozan las buenas prácticas que han pasado a constituir normas a nivel mundial. En 2002, la organización no gubernamental Transparency International publicó la primera orientación detallada para el establecimiento de programas mundiales contra el soborno, que fue seguida, dos años después, de la formulación de directrices conexas en el Foro Económico Mundial¹⁴. En otras partes del mundo se han llevado a cabo iniciativas similares y en 2010 el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre el soborno publicó una guía sobre buenas prácticas para las empresas¹⁵.

¹²Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *CleanGovBiz: Integrity in Practice* (2013). Estos costos se suman a los posibles costos resultantes de un proceso judicial y sus repercusiones para la reputación de la empresa.

¹³Esto también tiene consecuencias importantes para los Estados, dado que las empresas de ámbito mundial tratan de reducir los riesgos que puedan amenazar su condición legal y su reputación en países donde se percibe una mayor vulnerabilidad a la corrupción. A la luz de un informe de 2000 del Fondo Monetario Internacional, la inversión en esos países es casi un 5% inferior que en los países considerados relativamente exentos de corrupción, diferencia que se estima ha aumentado durante el último decenio a raíz de una aplicación más estricta de las leyes anticorrupción en todo el mundo.

¹⁴Transparency International, “Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno” (2002) y Foro Económico Mundial, “PACI Principles for Countering Bribery” (2004).

¹⁵El Grupo de Trabajo vigila la aplicación del Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales por los países signatarios. Su Informe Anual de 2010 contiene un apéndice titulado “Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance”.

Los elementos centrales de un programa anticorrupción eficaz, descritos en fuentes diversas, incluyen los siguientes¹⁶:

- *Liderazgo a nivel ejecutivo.* El cumplimiento efectivo empieza por los dirigentes de una empresa, que son los responsables de establecer una política de tolerancia cero respecto de la corrupción, velar por la aplicación de un programa de cumplimiento eficaz y, en general, sentar pautas apropiadas para el resto de la organización.
- *Políticas y procedimientos para combatir la corrupción.* El programa anticorrupción debería articular los valores, políticas y procedimientos utilizados para prevenir y detectar la corrupción, prestando particular atención a las actividades de alto riesgo. Debería establecerse una estructura apropiada para las actividades de cumplimiento y confiarse a uno o varios directores la supervisión de su ejecución.
- *Capacitación y formación.* Para que las políticas y los procedimientos de lucha contra la corrupción sean eficaces deben ponerse en conocimiento de los empleados y demás personas que actúan en nombre de la empresa mediante una capacitación apropiada, materiales de orientación y otras comunicaciones programáticas.
- *Canales de asesoramiento e información.* Las empresas también deberían proporcionar medios para que los empleados y socios comerciales puedan formular preguntas, recabar asesoramiento o sugerir mejoras con respecto al programa anticorrupción. Ello debe incluir un mecanismo confidencial para presentar consultas o informes de carácter delicado, así como salvaguardias contra represalias.
- *Respuesta a situaciones problemáticas.* Toda circunstancia sospechosa debería investigarse de inmediato; cuando se detecten infracciones, deben adoptarse medidas disciplinarias y correctivas apropiadas.
- *Relaciones comerciales.* Además, deberían proporcionarse directrices a fin de regular las relaciones con los agentes y socios comerciales. Si bien estas relaciones suelen ser esenciales para llevar a cabo las actividades comerciales, pueden presentar un alto riesgo de corrupción que es necesario tener en cuenta.
- *Un enfoque centrado en los riesgos.* El programa anticorrupción debería estar centrado en los riesgos, teniendo en cuenta las características y circunstancias particulares de cada empresa, como el tamaño, la industria, las operaciones geográficas y el modelo empresarial.
- *Mejora continua: verificaciones y revisiones periódicas.* Por último, las empresas deberían establecer un proceso de verificación y revisión de su programa anticorrupción. Un buen programa de cumplimiento evolucionará a la par de los cambios que se produzcan en el perfil comercial y de riesgo de la empresa, así como de los conocimientos derivados de la experiencia adquirida en la aplicación del programa en vigor.

D. Transparencia y participación pública

La divulgación de información ha pasado a ser una herramienta central para dar a conocer el compromiso de las empresas con respecto a toda una gama de cuestiones relativas a la sostenibilidad, incluidos los esfuerzos de lucha contra la corrupción. El marco principal para los informes de sostenibilidad —la Global Reporting Initiative (GRI)— viene incluyendo desde hace muchos años ciertos requisitos básicos para la presentación de información sobre los programas anticorrupción. Otras iniciativas más recientes para la presentación de informes anticorrupción han consistido en una ampliación de los requisitos de la GRI. Entre estas cabe mencionar una amplia guía sobre presentación de informes desarrollada por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y basada en los elementos básicos de un programa anticorrupción eficaz¹⁷.

¹⁶Esta lista resumida tiene carácter ilustrativo únicamente. Para información más detallada sobre las prácticas relativas a estos programas, véase el Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, nota 2, *supra*. Véase asimismo United States Department of Justice, “A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act”, págs. 56 a 63 (2012); United Kingdom Ministry of Justice, “Bribery Act 2010-Guidance” (2011).

¹⁷Pacto Mundial de las Naciones Unidas, *Reporting Guidance on the 10th Principle Against Corruption* (2009), disponible en http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/UNGC_AntiCorruptionReporting.pdf.

La divulgación de informes sobre los programas anticorrupción se basa en varios supuestos normativos, en particular en la noción de que la transparencia puede mejorar las prácticas internas, fortalecer la credibilidad pública y facilitar información necesaria a los inversores y otras partes interesadas. Además, la divulgación de información brinda la oportunidad de aumentar la sensibilización dentro de la organización y prestar más atención a las funciones de liderazgo y los recursos.

CAPÍTULO III.

Aplicación de sanciones e incentivos

Si bien la Convención prevé la aplicación de sanciones eficaces para castigar los delitos de corrupción, también reconoce el papel esencial que cumplen los incentivos para alentar y premiar los esfuerzos de información con respecto a la propia responsabilidad y de prevención a nivel de la empresa. Ambos tipos de medidas son una señal para el sector privado de que el Estado está firmemente comprometido con el cumplimiento de las leyes anticorrupción vigentes. Al enviar un mensaje inequívoco de que la legislación penal irá acompañada de medidas de aplicación y de que las prácticas corruptas se investigarán y castigarán, los gobiernos pueden asegurarse de que en el sector privado se seguirá dando prioridad al fortalecimiento de las políticas de integridad empresarial. Con el tiempo, es probable que ello redunde en una reducción de los casos de corrupción en el sector privado.

Ambas clases de medidas muestran al sector privado el compromiso del Estado con el fortalecimiento de la integridad empresarial y la disminución de la incidencia de la corrupción en el marco de dicho sector.

A. Sanciones

Los Estados parte tienen a su disposición una gran variedad de sanciones para castigar la corrupción en el sector privado, las cuales se insertan en una de ocho categorías amplias. Para los fines de la Convención contra la Corrupción, una sanción puede tener fines correctivos, de indemnización o punitivos.

Por lo general, el requisito de la Convención contra la Corrupción de que las sanciones sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas” podrá satisfacerse mediante una combinación de sanciones, incluidas multas, el decomiso de ganancias indebidas y medidas correctivas destinadas a indemnizar a las víctimas de la corrupción. Consideradas en su conjunto, estas medidas deberían ser un disuasivo suficiente para prevenir la comisión de futuras infracciones. A este respecto, el tamaño de la organización suele ser un factor decisivo. Las medidas que serían adecuadas para desalentar futuras violaciones por parte de pequeñas empresas locales resultarían por lo general insuficientes para disuadir a una empresa más grande. Inversamente, las penas contundentes apropiadas para una gran empresa nacional o multinacional serían desproporcionadas para una empresa de menor tamaño.

Consideraciones relativas a los recursos

La investigación y el procesamiento penal de los actos de corrupción pueden presentar desafíos especiales debido a la complejidad y la naturaleza encubierta de esas infracciones. Las medidas requeridas o recomendadas por la Convención para alentar la cooperación del sector privado y la denuncia de esas violaciones son esenciales, pero deben estar apoyadas por recursos de investigación suficientes. La investigación de casos de soborno en gran escala o de carácter sistémico puede requerir un considerable volumen de recursos y suele dar lugar a diversas estrategias para sacar el máximo provecho de un volumen limitado de recursos. Una de esas estrategias ha consistido en canalizar los recursos destinados a la aplicación a un sector o tipo de corrupción específico, de modo que la información y la experiencia adquiridas en la investigación inicial puedan utilizarse en intervenciones similares relacionadas con otras empresas del mismo sector. Este tipo de iniciativa específica —lo que suele llamarse una “barrida” de una determinada industria— es la más apropiada para los Estados que cuenten con servicios de investigación y judiciales bien desarrollados.

Otro enfoque utilizado para hacer cundir los recursos para la aplicación cuando estos son escasos ha consistido en fomentar las soluciones negociadas en el caso de acciones judiciales contra la empresa, lo que permite economizar tiempo y recursos que de otro modo habría que destinar a un proceso judicial en toda regla. El objetivo de la mayoría de las acciones judiciales contra empresas es penalizar a las personas responsables, eliminar todo beneficio comercial resultante y prevenir la recurrencia futura. Si esto puede lograrse mediante una negociación, resulta una solución ventajosa para ambas partes dado que se evita un litigio costoso. Esas soluciones negociadas deben realizarse en el marco de un acuerdo formal sujeto a supervisión judicial y lo suficientemente

transparente para merecer la confianza pública en el proceso. Aunque el arreglo negociado puede ser una herramienta eficaz para resolver las causas relacionadas con actos de corrupción empresarial, la supervisión judicial y la transparencia pública son indispensables para evitar todo abuso.

Una tercera estrategia para hacer una utilización óptima de los limitados recursos asignados a la investigación es el aprovechamiento, por los organismos encargados de aplicar la ley, de los esfuerzos de aplicación realizados por sus contrapartes en otros Estados. Estas medidas de aplicación “copiadas” a otros organismos se apoyan en los artículos de la Convención sobre la asistencia judicial recíproca, el intercambio de información en relación con delitos de corrupción y otras formas de cooperación internacional y pueden facilitar en gran medida a los Estados la laboriosa tarea de reunión de información.

1. Multas

Las multas o sanciones pecuniarias son el tipo de sanción más común impuesto por la legislación anticorrupción a las infracciones de esta índole en el sector privado. En la mayoría de los Estados esta sanción se aplica tanto a particulares como a organizaciones. Las multas son una sanción de carácter penal y tienen por objeto castigar un comportamiento indebido y desalentar infracciones futuras.

Naturaleza y alcance

La multa como sanción para castigar un delito de corrupción puede ser de carácter penal, civil o administrativo. Las multas de carácter penal constituyen el disuasivo más fuerte dado el estigma asociado a una condena penal; no obstante, suponen también una mayor exigencia por parte de los organismos encargados de aplicar la ley en lo que respecta a la carga de la prueba y entrañan por tanto una mayor dificultad y lentitud de ejecución. La imposición de multas de carácter civil puede ser una alternativa eficaz a la sanción de carácter penal, a la vez que evita las complejidades de una acción judicial por corrupción. En algunos Estados, esta clase de multas está vinculada a los informes financieros o a delitos análogos de carácter más técnico. Por ejemplo, una empresa pública puede ser castigada con una multa en un procedimiento civil por no haber declarado pagos de soborno en sus informes financieros publicados o por haber imputado un pago de soborno no declarado a los gastos comerciales. Las multas de carácter administrativo constituyen otra opción en el plano civil y se gestionan por conducto de un organismo público y no en el marco de un procedimiento judicial.

Ejemplo: Con arreglo a la Ley de prácticas corruptas en el extranjero de los Estados Unidos, la persona natural o jurídica que soborna a un funcionario público extranjero puede ser procesada penalmente por el propio acto de soborno o civilmente a tenor de las disposiciones de la ley en materia de contabilidad. Las infracciones contables de carácter civil son mucho más fáciles de probar y casi siempre están vinculadas a una acusación penal de soborno. La evasión fiscal basada en la omisión de declarar un pago de soborno es también motivo de sanciones civiles.

Las multas pueden imponerse a cualquier violación de la legislación nacional contra la corrupción, incluida —cuando proceda— la omisión por parte de una empresa de prevenir el comportamiento indebido de sus empleados o agentes. En algunos Estados la responsabilidad de una empresa por las infracciones cometidas por sus empleados se basa en principios de derecho consuetudinario, mientras que en otros Estados esa imputación de responsabilidad está prevista en la legislación. Una ventaja del enfoque legislativo es que permite notificar con antelación a las empresas de su responsabilidad a fin de evitar actos de soborno u otros actos corruptos por parte de los empleados, lo que a su vez alienta a las empresas a tomar una actitud preventiva mediante el fortalecimiento de sus programas anticorrupción y además refuerza la base jurídica para la aplicación de sanciones en caso de infracciones.

Ejemplo: La ley contra el soborno del Reino Unido ("Bribery Act"), en su artículo 7, tipifica un delito empresarial concreto consistente en la omisión de prevenir la comisión de actos de soborno por un empleado o persona vinculada a la empresa, e incluye una salvaguardia respecto de esta disposición cuando estén en vigor programas anticorrupción. Uno de los principales objetivos de la tipificación de este delito era alentar a un mayor número de empresas a establecer programas de prevención. Una gran parte del efecto deseado de esta disposición se logró incluso antes de que se incoara la primera acción judicial, en la medida en que todas las industrias con operaciones en el Reino Unido rápidamente adoptaron las prácticas de cumplimiento mínimas sugeridas en un informe destinado a proporcionar orientación a este respecto.

United Kingdom Ministry of Justice, Bribery Act 2010 Guidance (2012), disponible en <https://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>.

Cálculo

Las multas deberían reflejar la gravedad del delito, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, el grado de culpabilidad y otros factores como el daño causado por la infracción. En general, la ley establecerá ya sea una multa máxima o un nivel básico de la pena, y el monto exacto se determinará a la luz de las circunstancias agravantes o atenuantes. Por ejemplo, en el modelo de sentencia utilizado en los Estados Unidos, las autoridades encargadas de aplicar la ley establecen una "multa básica" (que podrá ser una suma específica prevista en la ley o un monto equivalente al beneficio pecuniario obtenido por una organización o al daño causado a la víctima, si este fuere mayor) y luego aplican un "multiplicador" de culpabilidad a fin de determinar una escala de multas¹⁸. Entre los factores relativos a la culpabilidad que pueden incidir en una multa de carácter penal se incluyen los siguientes: la participación de funcionarios de categoría superior en el acto indebido o su condonación de dicha conducta; la existencia de antecedentes penales; la existencia en la empresa de un programa de cumplimiento y ética en curso de ejecución; la declaración voluntaria; la cooperación; y la aceptación de responsabilidad.

Ejemplo: Las multas son una sanción estándar que se aplica a los actos de corrupción en muchas partes del mundo. Por ejemplo, el fabricante estadounidense de dispositivos médicos Biomet Inc. fue condenado a pagar una multa de 17 millones de dólares EE.UU. como parte de un arreglo negociado de 23 millones de dólares EE.UU. por cargos de soborno, incluidos pagos a proveedores de servicios de salud del sector público en la Argentina, el Brasil y China. En 2011, un tribunal de Múnich impuso a la empresa de ingeniería alemana Ferrostaal AG una multa de 140 millones de euros en un caso de soborno con pagos ilícitos en Grecia y Portugal. También en 2011, la empresa farmacéutica Missionpharma convino en pagar una multa de 1,5 millones de coronas danesas (250.000 dólares EE.UU.) y en el decomiso de otros 20 millones de coronas danesas (3,5 millones de dólares EE.UU.) a fin de concertar un arreglo negociado en el contexto de una investigación realizada por las autoridades danesas sobre un pago sospechoso efectuado en relación con un contrato de las Naciones Unidas para entregar medicamentos a la República Democrática del Congo.

Las multas de carácter penal impuestas con arreglo a la Ley de prácticas corruptas en el extranjero están especificadas en comunicados de prensa publicados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, disponibles en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/a.html>. Otros ejemplos de sanciones impuestas en otros Estados pueden consultarse en los informes de supervisión presentados por los países con arreglo al Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/antibribery/countryreports/onthetheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>. Véase también Transparency International, "Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention 2012", disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/exporting_corruption_country_enforcement_of_the_oecd_anti_bribery_convention.

¹⁸United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, disponible en <http://www.ussc.gov/index.cfm>.

Ejemplo: La mayoría de los casos de corrupción en los Estados Unidos son objeto de negociación. Las soluciones negociadas se rigen por un “acuerdo de enjuiciamiento diferido” por el que se suspende la aplicación de una sanción con carácter condicional a cambio del compromiso de intensificar los esfuerzos de prevención y pagar una multa negociada. La presunta infracción empresarial y las condiciones del arreglo negociado se publican en documentos oficiales sometidos a revisión por los tribunales. Es común que se imponga una vigilancia obligatoria del programa anticorrupción de la empresa a cargo de terceros.

Los “acuerdos de no enjuiciamiento” son otra forma de negociación a la que se recurre cuando las pruebas de conducta indebida por parte de la empresa o de la responsabilidad directa de esta por una infracción cometida por su personal son menos concluyentes.

2. Penas de prisión

El enjuiciamiento de los infractores puede ser una herramienta poderosa para fortalecer la integridad empresarial, especialmente cuando dé lugar a una pena de prisión. Las penas de prisión se imponen por lo general a las violaciones de las leyes anticorrupción y en muchos Estados son sanciones que revisten expresa prioridad. En las encuestas del sector empresarial se menciona frecuentemente este tipo de sanción como uno de los disuasivos más eficaces de la corrupción en las empresas, especialmente cuando la responsabilidad atañe a las funciones de supervisión y gestión¹⁹.

Las penas de prisión son sanciones fuertes reservadas a los delitos más graves. Como en otros contextos penales, el enjuiciamiento de los autores de actos corruptos está supeditado a la existencia de normas de conducta claramente estipuladas en la ley, un sistema judicial justo e imparcial, y garantías procesales a fin de prevenir abusos. Por lo general los fiscales deben satisfacer las exigencias de una pesada carga de la prueba y estar preparados para iniciar acciones ante los tribunales. Aunque en algunos ordenamientos jurídicos que permiten la negociación de los cargos es posible obtener soluciones negociadas, es mucho menos probable que las personas naturales recurran a ese procedimiento, en comparación con las empresas, especialmente si ello conduce a una pena de prisión.

Ejemplo: En sus declaraciones públicas, los funcionarios de los servicios de aplicación de la ley de los Estados Unidos insisten periódicamente en la prioridad otorgada al enjuiciamiento tanto de personas como de empresas por violaciones de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero. Desde 2006, se han formulado cargos penales contra casi 100 personas y varias docenas de ellas han recibido penas de prisión de dos años o más. En un caso reciente, el ex presidente de Terra Telecommunications fue condenado a 15 años de prisión por soborno de funcionarios públicos en Haití. En otro caso prominente, el ex presidente y director general de la empresa de contratación mundial KBR fue sentenciado a 30 meses de prisión por un plan para sobornar a las autoridades nigerianas a cambio de contratos para construir instalaciones de gas natural licuado.

Si bien la amenaza de encarcelamiento se limita a las personas, la suspensión y la inhabilitación pueden ser disuasivos comparables para las empresas que dependen de contratos gubernamentales. Las empresas también pueden verse obligadas a despedir a los empleados culpables como condición para un arreglo negociado. Aunque técnicamente no es una sanción del Estado, puede ser un disuasivo muy eficaz para las personas, especialmente los gerentes u otros funcionarios superiores a los que pueda resultar difícil encontrar otros cargos comparables. La dirección y el personal de las empresas deberían entender, como parte de su capacitación anticorrupción, que el soborno

¹⁹Véase, por ejemplo, Humboldt-Viadrina School of Governance, “*Motivating Business to Counter Corruption - A Global Survey on Anti-corruption Incentives and Sanctions*” (2012), disponible en www.humboldt-viadrina.org/anti-corruption.

es un delito que tiene como consecuencia el despido y que la terminación del empleo en esas circunstancias constituye una señal de alerta para otros empleadores potenciales.

El enjuiciamiento de los autores de delitos es un elemento fundamental de una política eficaz de aplicación de la ley, aunque no debería inhibir las medidas contra la organización empleadora que participa en un delito de corrupción o se beneficia de este. Como se señaló anteriormente, el artículo 26 de la Convención, relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas, requiere que los Estados establezcan la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción, habida cuenta de que a menudo estos tienen fines comerciales y su comisión puede incluso ser alentada o facilitada por dicha organización. La exposición legal de las empresas también es un factor importante como elemento catalizador de la inversión del empleador en su programa anticorrupción.

Ejemplo: Hay muchos ejemplos de empresas multinacionales que han reforzado sus programas anticorrupción como respuesta a una medida formal de coerción legal, y en algunos Estados esto supone un requisito normal para un arreglo negociado. Por ejemplo, Siemens AG invirtió cuantiosas sumas en la puesta en marcha de nuevos planes de capacitación y otras medidas de prevención como parte de su arreglo negociado concertado en 2008 con las autoridades de aplicación de la ley de Alemania y los Estados Unidos en relación con un caso de soborno. Normalmente los arreglos negociados requieren que las empresas se comprometan a intensificar sus esfuerzos de prevención, a menudo con inclusión de la contratación con cargo a la empresa de un supervisor independiente que informa al gobierno de los progresos realizados.

Un resumen de los elementos del programa anticorrupción establecido por Siemens a raíz de este caso figura en "Siemens Anti-Corruption Compliance Guide", disponible en http://w3.siemens.no/home/no/no/omsiemens/Documents/sc_upload_file_anticorruption_handbook.pdf.

La supervisión independiente es muy común en los Estados Unidos, donde los supervisores independientes de empresas son nombrados de conformidad con directrices fiscales publicadas por primera vez en 2009, las cuales pueden consultarse en <http://www.justice.gov/dag/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>.

3. Decomiso del producto

El decomiso del producto de la corrupción es otra de las principales sanciones impuestas al sector privado, que en casos de corrupción empresarial en gran escala puede incluso representar un castigo mucho mayor que una multa legal.

El decomiso o confiscación de activos se utiliza para privar a los infractores de las ganancias obtenidas ilegalmente y desalentar las violaciones de la legislación anticorrupción. Se trata de una práctica común, especialmente en lo que respecta a violaciones de la legislación antimonopolio y las leyes de la competencia, así como a la lucha contra la delincuencia organizada. El decomiso tiene varios fines, entre los que cabe mencionar la disuasión de potenciales infractores, la rectificación del enriquecimiento resultante del acto corrupto o la reparación del daño causado a las víctimas como consecuencia de la corrupción.

Por lo general, las reparaciones se limitan a la recuperación del monto estimado obtenido gracias al acto corrupto. Puede tratarse de la ganancia resultante de la adjudicación de un determinado contrato obtenida mediante soborno, las economías realizadas gracias a la "simplificación" de los requisitos reglamentarios o la ventaja comparativa lograda mediante el soborno estratégico. Por ejemplo, los beneficios comerciales obtenidos por una empresa multinacional que ha alcanzado una posición dominante en un nuevo mercado gracias al soborno sistemático podrían ser objeto de decomiso en virtud de una sanción apropiada.

Al privar a los infractores de los beneficios económicos resultantes de la corrupción se protegen simultáneamente el interés del Estado de eliminar los alicientes comerciales a la corrupción y el interés de los competidores de crear condiciones económicas más equitativas. Las sanciones que consisten simplemente en multar a una empresa por una conducta impropia sin afectar los

beneficios económicos resultantes son menos eficaces para desalentar infracciones futuras, particularmente en entornos en que el riesgo de exposición y enjuiciamiento ya es limitado.

Aunque no constituyen estrictamente una “sanción”, las medidas de decomiso pueden tener un importante efecto disuasivo para las empresas. En varias acciones judiciales recientes entabladas contra empresas extranjeras en relación con casos de soborno, esas medidas de decomiso han permitido concertar arreglos negociados por valor de más de 100 millones de dólares EE.UU.²⁰. Los métodos para calcular las ganancias ilícitas se examinan en un estudio reciente de la OCDE y la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR)²¹.

Ejemplo: Una empresa que vendió redes de comunicaciones y sistemas de control a empresas estatales durante un período de cuatro años pagó un soborno de 5 millones de dólares EE.UU., lo que redundó en ingresos del orden de 100 millones de dólares EE.UU. para el proyecto. Los costos del proyecto ascendieron a 25 millones de dólares EE.UU. y, una vez restados los 5 millones de dólares del soborno, el monto decomisado se fijó en 80 millones de dólares EE.UU.

Los beneficios económicos decomisados pueden ser devueltos a sus legítimos dueños, utilizados para indemnizar a las partes afectadas con arreglo al artículo 57 3) c) de la Convención, o asignados a otros fines estatales. Entre estos últimos pueden incluirse donaciones destinadas a reducir el impacto corrosivo de la corrupción. Un ejemplo de ello es el arreglo concertado con el Banco Mundial en 2009 que contribuyó a financiar la Iniciativa de Integridad de Siemens, lo que permitió canalizar importantes sumas a iniciativas de lucha contra la corrupción durante un período de diez años²².

Ejemplo: En el marco de su arreglo negociado con el Gobierno de los Estados Unidos por cargos de soborno en 2008, Siemens AG convino en pagar 350 millones de dólares EE.UU. en concepto de devolución de ganancias (una forma de decomiso), y una multa de 100 millones de dólares EE.UU., además de otras multas impuestas por las autoridades alemanas. En un ulterior arreglo negociado con el Grupo del Banco Mundial, Siemens se comprometió a invertir otros 100 millones de dólares en una iniciativa mundial en apoyo de organizaciones y proyectos de lucha contra la corrupción con el fin de mejorar el entorno comercial. Hasta la fecha, 31 proyectos en más de 20 países han recibido este apoyo.

En otro ejemplo de este tipo de inversión social, en 2010 la empresa aeroespacial británica BAE Systems se comprometió a desembolsar 29,5 millones de libras esterlinas (47 millones de dólares EE.UU.) para proporcionar libros de textos y guías para maestros a escuelas primarias de Tanzania como parte de un arreglo negociado en relación con una investigación pendiente en el Reino Unido. Este compromiso fue consignado en un Memorando de Entendimiento firmado por el Gobierno de Tanzania, BAE Systems y la Oficina de Delitos Monetarios Graves del Reino Unido (United Kingdom Serious Fraud Office).

Para una descripción de la iniciativa y los proyectos financiados véase “Siemens Integrity Initiative Annual Report 2012”, disponible en http://www.siemens.com/sustainability/pool/en/core_topics/collective-action/siemens_annual_report_world_bank_2012_en.pdf.

UK Serious Fraud Office Press Release, “BAE Systems will pay towards educating children in Tanzania after signing an agreement brokered by the Serious Fraud Office” (comunicado de prensa, 15 de marzo de 2012).

²⁰Véase, por ejemplo, este componente en arreglos negociados por empresas, como los de Siemens (350 millones de dólares EE.UU.), KBR (177 millones de dólares EE.UU.), Snamprogetti (125 millones de dólares EE.UU.) y Technip (98 millones de dólares EE.UU.).

²¹OECD-StAR, *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery* (Identificación y cuantificación de fondos provenientes de actos de soborno) (2012). Además de una descripción de los métodos de cálculo, el análisis incluye varios ejemplos de casos. Disponible en <http://star.worldbank.org/star/publication/identification-and-quantification-proceeds-bribery>.

²²World Bank Press Release No. 2009/001, comunicado de prensa del Banco Mundial en el que se describe el fondo de 100 millones de dólares EE.UU. establecido en el marco del arreglo negociado de Siemens.

4. Recursos contractuales

Los recursos contractuales son otra vía para combatir la corrupción en el sector privado. Las violaciones de normas legales pueden ser motivo para la terminación de un contrato o para una restitución contractual. La mayoría de los Estados dispone de recursos comunes en caso de incumplimiento general de un contrato, los cuales pueden aplicarse asimismo a los delitos de corrupción.

En el posible caso de que los propios Estados sean víctimas de corrupción, el artículo 34 de la Convención les alienta a considerar la posibilidad de anular o dejar sin efecto un contrato o concesión viciados de corrupción. En circunstancias en que no se justifique la anulación de un contrato o concesión, otras medidas correctivas pueden incluir la imposición de una multa como sanción menos grave. Este tipo de sanción es de carácter restitutivo y tiene por objeto preservar los recursos públicos y la integridad del proceso de contratación. Una empresa que emprenda actividades corruptas en relación con la adjudicación de un contrato público, ya sea para obtener o mantener clientes, o que participa en la ejecución de dicho contrato, no puede ser considerada fiable para desempeñar sus funciones en aras del interés público. Los contratos obtenidos por medios corruptos también menoscaban la integridad del proceso de contratación, lo que puede afectar los esfuerzos que realizan los Estados parte en cumplimiento del artículo 9 de la Convención²³.

Los recursos contractuales suelen estar reglamentados y pueden reforzarse mediante cláusulas explícitas en las condiciones y los requisitos contractuales. Una práctica frecuente de los Estados ha sido, como procedimiento de rutina, la inclusión obligatoria de disposiciones anticorrupción en sus contratos de adquisiciones y arreglos de concesión. Ya tengan carácter reglamentario o contractual, las disposiciones anticorrupción pueden servir para: *a)* establecer las expectativas generales de integridad; *b)* prever la denuncia obligatoria de toda potencial infracción; *c)* obtener acceso a documentación u otras formas de cooperación en el contexto de investigaciones; y *d)* determinar los recursos pertinentes en el caso de infracciones confirmadas.

Ejemplo: La contratación pública en los Estados Unidos se rige por una compleja reglamentación en materia de adquisiciones denominada Federal Acquisition Regulation (FAR). En 2008, los Estados Unidos añadieron a la FAR un requisito específico por el que todos los proveedores gubernamentales deben contar con un programa de ética y cumplimiento en su empresa. La reglamentación establece las normas mínimas del programa y estas se incorporan en las disposiciones contractuales obligatorias aplicables a todos los contratos por encima de un determinado umbral, fijado por lo general en 5 millones de dólares EE.UU. Esas disposiciones incluyen las siguientes: *a)* asignación de responsabilidad por el programa y establecimiento de controles en la organización del contratista; *b)* prevención de la participación de personas que hayan infringido las reglas de la ética en la gestión de la empresa; *c)* examen periódico de las políticas, prácticas, procedimientos y controles de la empresa; *d)* establecimiento de una línea telefónica especial u otro mecanismo de denuncia análogo; *e)* aplicación de medidas disciplinarias a toda persona que tenga una conducta impropia u omita prevenirla o detectarla; *f)* declaración efectuada por escrito y oportunamente a fin de informar a las autoridades gubernamentales de todo indicio creíble de que se ha cometido una violación de una ley federal pertinente; y *g)* cooperación plena con las autoridades estatales cuando se realice una investigación.

Este requisito reglamentario figura en la sección 3.10 de la FAR, que incluye enlaces a las cláusulas contractuales obligatorias. La regla 52-203.13 de la FAR contiene una cláusula contractual obligatoria en la que se enumeran las normas mínimas en relación con el establecimiento de un programa de ética y cumplimiento por los contratistas.

²³De conformidad con el artículo 9, los Estados parte deben “establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”. Por lo general, esos sistemas incluirán medidas destinadas a desalentar las conductas indebidas en el sector privado, incluso mediante la rescisión de los contratos viciados por el soborno u otras medidas correctivas apropiadas.

Las empresas que realizan actividades comerciales con el gobierno o reciben concesiones u otros beneficios deberían comprender el alcance de sus responsabilidades con arreglo a la ley y recibir información clara sobre las posibles consecuencias de toda violación conexa. Ello contribuirá a garantizar que los contratistas y destinatarios de tales beneficios tomen en serio sus responsabilidades y puede además fortalecer la base jurídica para la adopción de medidas correctivas.

Ejemplo: Las expectativas y los recursos estipulados en el marco de reglamentaciones y confirmados en las condiciones contractuales permiten garantizar que el Estado no se verá obligado a seguir trabajando con un contratista corrupto. Como los funcionarios de contratación de un Estado comprobaron recientemente, la falta de una normativa que establezca los recursos correctivos disponibles puede inhibir la posibilidad de terminar un contrato aunque existan pruebas de corrupción. En el caso en cuestión se trataba de un contrato corrupto que el tribunal no tuvo atribuciones para anular.

5. Suspensión e inhabilitación

Las restricciones relacionadas con la suspensión e inhabilitación constituyen sanciones más radicales aplicables a actos de corrupción en el sector privado que, cuando se imponen a nivel empresarial, pueden tener un efecto comparable al de una pena de prisión para las personas naturales.

Este tipo de sanción impide que un particular o una empresa participen en contratos, subcontratos, préstamos, donaciones u otros programas de asistencia gubernamentales. Las restricciones aplicables en materia de suspensión e inhabilitación se imponen por lo general a nivel de todo el gobierno y pueden dar lugar a que otros Estados apliquen a su vez una medida de inhabilitación análoga. La suspensión supone medidas temporales, por lo general de hasta un año de duración, mientras que la inhabilitación implica restricciones de hasta tres años o más. La inhabilitación tiene consecuencias graves para las empresas, pues puede significar la pérdida de su ventaja competitiva en su sector al verse excluida del mercado durante un tiempo considerable.

En la mayoría de los Estados, la ley determina qué autoridad está facultada para imponer sanciones de suspensión e inhabilitación y limita la aplicación de esa facultad a los actos cometidos por contratistas en violación de un determinado conjunto de leyes o reglamentaciones. Los motivos para la inhabilitación varían, pero suelen incluir el fraude contractual, las declaraciones falsas, el cumplimiento insuficiente o nulo de una obligación contractual, y el incumplimiento de determinados requisitos en materia de integridad, protección ambiental u otros requisitos legales. Las sanciones pueden aplicarse de forma amplia o limitarse a ciertas categorías de actividad o a determinadas filiales de una empresa. Por ejemplo, la inhabilitación de una gran empresa multinacional se aplicará por lo general a la filial responsable de la infracción y no a toda la empresa en su conjunto.

La inhabilitación descansa sobre dos bases conceptuales distintas, una de índole punitiva y la otra de índole correctiva. Conforme al modelo punitivo, la inhabilitación es un castigo al soborno o a la conducta indebida que suele imponerse de forma automática en cuanto se dicta un fallo que los confirma. El otro modelo se basa en la integridad en la contratación y en el principio de que los gobiernos solo deben entablar relaciones comerciales con contratistas “responsables”. En este enfoque, el soborno es un factor importante, pero también se tienen en cuenta otros factores, como los esfuerzos de reparación y prevención realizados por la empresa y la disponibilidad de otros proveedores.

Rara vez se han aplicado estos enfoques para inhabilitar a grandes empresas nacionales y multinacionales debido a las posibles consecuencias colaterales de una exclusión. Es también posible que las agencias de contratación se abstengan de utilizar el recurso a la inhabilitación dado el trastorno que puede causar a las operaciones o a la dificultad práctica de hallar otras fuentes de bienes y servicios. Además, las sanciones que ponen en peligro la viabilidad de una gran empresa pueden suponer el desplazamiento de decenas de miles de empleos en la organización y en su

cadena de suministro. Aunque pueden citarse casos en que se ha impuesto la inhabilitación, la práctica más común utilizada por los organismos encargados de aplicar la ley ha consistido en intensificar la amenaza de inhabilitación para las grandes empresas nacionales y multinacionales a fin de garantizar que todo arreglo negociado se realice bajo condiciones rigurosas.

Conforme al modelo discrecional, las cartas de advertencia en las que se pide a la empresa que explique las razones por las que no se debe imponer la inhabilitación han contribuido a lograr importantes concesiones en la negociación de un arreglo, incluido el compromiso de reforzar las prácticas de prevención internas. En algunos casos, las cartas de advertencia han permitido condicionar el arreglo negociado a la obligación de aceptar la supervisión del cumplimiento a cargo de una entidad independiente durante un determinado período, normalmente de tres a cinco años. Esta táctica de negociación no siempre puede ser una opción en casos de inhabilitación cuando se aplica el enfoque punitivo, en la medida en que la inhabilitación deja de ser discrecional una vez que hay pruebas de que se ha cometido una infracción²⁴.

Ejemplo: En 2010, la empresa aeroespacial británica BAE convino en pagar una multa penal de 400 millones de dólares EE.UU. en el marco de un arreglo negociado tras la aplicación de una sanción en los Estados Unidos. Antes de la concertación del arreglo se consideró la posibilidad de aplicar sanciones de suspensión e inhabilitación. Si bien estas no se impusieron, se nombró a un supervisor independiente para que vigilara las modificaciones que habrían de hacerse al programa de cumplimiento de la empresa durante un período de tres años.

La inhabilitación ha sido una sanción aplicada más frecuentemente a particulares y empresas más pequeñas debido al menor impacto colateral y a las dificultades prácticas asociadas con la aplicación de medidas de prevención más enérgicas. Las empresas más pequeñas no suelen tener el mismo interés o los mismos recursos que empresas más grandes para invertir en un costoso programa anticorrupción y la supervisión gubernamental necesaria para garantizar el funcionamiento de un programa de esa índole rara vez es eficaz en función de los costos. En el caso de inhabilitaciones que entrañan la pérdida o suspensión de una licencia para prestar servicios profesionales o de otra índole se presume a menudo que los autores de actos corruptos no modificarán su conducta (conforme al modelo basado en medidas correctivas) o no merecen tal castigo (conforme al modelo punitivo).

Dada la gravedad de esta sanción, especialmente para los particulares y las empresas más pequeñas, es fundamental establecer normas de conducta y salvaguardias procesales a fin de prevenir los abusos.

Ejemplo: El Grupo del Banco Mundial ha formulado procedimientos detallados para investigar y sancionar el fraude o la corrupción relacionados con el Banco y los proyectos apoyados por el Banco. En más de diez años de aplicación de esos procedimientos se ha impuesto la inhabilitación a cientos de personas y organizaciones. Las denuncias de corrupción o fraude se transmiten al Departamento de Integridad Institucional, que lleva a cabo una investigación preliminar y puede recomendar a un comité de alto nivel, el Comité de Sanciones, que se publique una "notificación de inhabilitación". Si este es el caso, la persona o empresa afectada tendrá la oportunidad de responder por escrito y participar en una audiencia formal destinada a determinar si se justifica la inhabilitación u otro tipo de sanción. La inhabilitación es de carácter discrecional y tiene en cuenta factores exculpatorios o atenuantes como la calidad de los esfuerzos de prevención desplegados por la empresa.

²⁴Un enfoque basado en la inhabilitación obligatoria podría poner en peligro otros importantes objetivos de la Convención contra la Corrupción, en particular el de fomentar la declaración voluntaria y la cooperación por parte de personas u organizaciones que tendrían escaso interés en denunciar violaciones que podrían significar su ulterior exclusión de actividades comerciales esenciales. En la práctica, esta grave y desalentadora consecuencia para la cooperación por el sector privado se ha mitigado al evitar la determinación de la infracción según un umbral prefijado. No obstante, al evitar esa forma de evaluar la gravedad de la infracción se da lugar a otras consecuencias involuntarias, como una mayor dificultad para administrar el decomiso u otras medidas correctivas o para conseguir la indemnización de las víctimas.

Posteriormente, el Comité recomendará al Presidente del Banco una sanción, que puede incluir sanciones menores, como una amonestación, para que adopte una decisión final al respecto. Toda sanción impuesta se hace pública y el Banco también puede compartir la información relativa a posibles infracciones con las autoridades nacionales pertinentes encargadas de hacer cumplir la ley.

Procedimientos del Banco Mundial en materia de sanciones (World Bank Sanctions Procedures), adoptados el 1 de enero de 2011.

La coordinación con los organismos de contratación es importante para velar por que las decisiones sobre inhabilitación se adopten y apliquen de forma coherente. Si bien los organismos encargados de hacer cumplir la ley suelen tener la función de investigar las denuncias y determinar la culpabilidad, es frecuente que otros organismos gubernamentales adopten dichas decisiones de forma independiente. Es posible que estos organismos no siempre concuerden con una perspectiva más amplia del cumplimiento de la ley o pueden tener en cuenta consideraciones de carácter compensatorio sobre el posible trastorno de las operaciones resultante de una decisión de inhabilitación. La mejor manera de resolver estas diferencias es mediante un mecanismo apropiado de coordinación interinstitucional.

La coordinación interinstitucional también puede ayudar a descubrir eventuales delitos de corrupción. Los organismos de contratación constituyen frecuentemente una vía para detectar posibles infracciones y deben ser conscientes de que esto forma parte de su mandato. Las directrices de la Convención contra la Corrupción para garantizar la prevención de la corrupción en los sistemas de contratación figuran en el artículo 9 de la Convención. A nivel operacional, el personal encargado de la contratación pública debería recibir capacitación sobre los requisitos y procedimientos anticorrupción, así como sobre su responsabilidad de comunicar las inquietudes o circunstancias sospechosas para que sean investigadas. También puede exigirse a los contratistas y concesionarios del gobierno, como condición para la adjudicación del contrato, que denuncien todo incidente importante de corrupción²⁵.

6. Denegación de beneficios estatales

La limitación del acceso a beneficios o servicios es otra posible sanción contra la corrupción, análoga a la suspensión e inhabilitación en el ámbito de la contratación pública.

Los gobiernos brindan toda una gama de beneficios y apoyo a sus ciudadanos y empresas, desde licencias para el comercio y la exportación hasta incentivos fiscales y creación de empleo para las operaciones de exportación. Estos son privilegios otorgados por el gobierno que pueden ser restringidos o retirados para castigar las violaciones de la ley, incluidos los delitos de corrupción. El vínculo entre la restricción de esos beneficios y la corrupción es especialmente fuerte para las actividades comerciales internacionales apoyadas por un organismo nacional de crédito a la exportación. El Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales incluye una obligación general de detectar y prevenir el soborno en las operaciones comerciales internacionales apoyadas por el Estado, la cual se ha enunciado de forma más detallada en una adición de 2006 sobre las prácticas de los organismos de crédito a la exportación²⁶.

²⁵La capacitación del personal pertinente en la lucha contra la corrupción forma parte de las obligaciones de los Estados en relación con la aplicación de la Convención contra la Corrupción, tal como se ha descrito anteriormente. La comunicación obligatoria de toda infracción de la ley por parte de los contratistas públicos es una de las medidas esbozadas en la sección precedente, relativa a los recursos contractuales.

²⁶Convenio de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, "Recommendation on Bribery and Officially Supported Export Credits" (2006).

Ejemplo: El acceso a créditos, garantías y otras formas de apoyo a la exportación está expresamente condicionado por Export Development Canada (EDC) al cumplimiento de las leyes anticorrupción. EDC cuenta con un programa formal de lucha contra la corrupción, supervisado por un funcionario superior de la organización, que incluye directrices de política y un código de conducta para los exportadores, capacitación y apoyo operacional para el personal y una base de datos y herramientas de inspección internas para identificar los riesgos de corrupción. Además, EDC tiene una página dedicada especialmente a la corrupción en su sitio web y envía a todo nuevo solicitante de empleo una carta en la que se exponen los requisitos institucionales para combatir la corrupción. Un grupo de trabajo institucional interno supervisa y revisa periódicamente las actividades del programa a fin de garantizar su eficacia.

Export Development Canada, Business Ethics, disponible en <http://www.edc.ca/EN/About-Us/Corporate-Social-Responsibility/Pages/business-ethics.aspx>.

7. Responsabilidad por daños y perjuicios

La responsabilidad por daños y perjuicios derivada de un delito de corrupción puede ser otra importante sanción aplicable al sector privado. Conforme al artículo 35, los Estados adoptarán las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción, incluidos los competidores y el propio Estado, tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

En la mayoría de los Estados, el derecho interno autoriza automáticamente a las personas y las organizaciones a iniciar una acción legal. Los Estados también pueden considerar la posibilidad de establecer un procedimiento rápido para iniciar una acción privada para obtener indemnización por daños y perjuicios resultantes de un delito de corrupción. Como en otras acciones civiles, la víctima normalmente tendrá que probar la infracción y los daños sufridos y establecer un vínculo causal entre el delito de corrupción y los daños y perjuicios. En un entorno comercial, la indemnización puede incluir el lucro cesante y otros daños indirectos o no financieros.

Otras normativas generales del derecho comercial también pueden servir de base para una acción civil contra empresas que participen en actos corruptos. Por ejemplo, en algunos Estados los competidores se han apoyado en las leyes de “competencia desleal” para pedir indemnización por lucro cesante. En otros Estados, los clientes que han sido víctimas de un proceso de contratación corrupto han recurrido a la legislación penal relativa a la conspiración o la participación en la delincuencia organizada.

Ejemplo: En 2012, el fabricante de aluminio Alcoa Inc. convino en pagar 85 millones de dólares EE.UU. en el marco de un arreglo negociado relacionado con una acción civil por daños y perjuicios entablada por uno de sus clientes, Aluminum Bahrain B.S.C. (Alba). La acción civil se basó en el alegato de que Alcoa había sobornado a funcionarios de Alba y cobrado un precio excesivo por materias primas. La acción civil se inició a raíz de una sanción contra Alcoa impuesta por el Estado.

Las acciones “derivadas” iniciadas por accionistas son acciones judiciales entabladas por accionistas en nombre de una empresa contra la plana mayor de esta. Estas acciones se han utilizado para llevar a los tribunales a empresas públicas por delitos de soborno alegando estafas de valores u omisión de vigilancia. Aunque en tales casos rara vez se otorga indemnización por daños y perjuicios, estas acciones sirven de advertencia a la gerencia y pueden ser catalizadoras de inversiones en apoyo de los esfuerzos desplegados por la empresa para combatir la corrupción.

Ejemplo: En respuesta a informes publicados de que una de las filiales de Wal-Mart había participado en sobornos sistemáticos en México a fin de obtener permisos para la apertura de nuevas tiendas, un grupo de accionistas entabló una “acción derivada” alegando que los funcionarios superiores y directores nombrados habían incumplido su deber fiduciario y causado perjuicios a la empresa. La acción se entabló en nombre de Wal-Mart y toda indemnización por daños y perjuicios se pagaría a la empresa y no a los accionistas que incoaron la causa. La cuestión aún está pendiente. Como consecuencia de este caso, se alertó públicamente a los miembros de la Bolsa de Valores de Nueva York de que “las juntas directivas de las empresas mundiales deben mantenerse vigilantes en el ejercicio de sus responsabilidades de supervisión o exponerse al riesgo de responsabilidad individual”.

Corporate Board Member/NYSE Governance Services, “Derivative Actions Based on FCPA Violations: The Case of Wal-Mart de Mexico”.

8. Daños por desmedro de la reputación

Para muchas empresas, tanto grandes como pequeñas, el mayor riesgo que entraña un escándalo de corrupción suele ser el de desmedro de la reputación. Como ocurre con las personas, la reputación de integridad y fiabilidad de una empresa es difícil de obtener y fácil de perder. La protección de ese activo es una de las principales responsabilidades de la dirección de una empresa y una motivación importante para la inversión en programas anticorrupción y otras medidas de fomento de la integridad.

Aunque la responsabilidad por daños en desmedro de la reputación no es estrictamente una sanción, las repercusiones de un escándalo de corrupción pueden ser muy superiores al efecto inmediato de una multa o incluso de una pena de devolución. Las grandes empresas nacionales y multinacionales hacen una enorme inversión en su “imagen de marca” y dependen de su buena reputación para atraer y retener a sus empleados, inversionistas, socios comerciales y clientes. Se requieren años para establecer la reputación de integridad de una empresa y e incluso más para repararla tras un escándalo de corrupción. Mientras que para imponer sanciones legales el Estado debe aportar pruebas en apoyo de su causa, la reputación depende de la opinión pública y puede ganarse o perderse en un breve espacio de tiempo.

El riesgo para la reputación es sobre todo pertinente para las grandes empresas con un perfil nacional o internacional, aunque también puede ser un factor considerable para empresas más pequeñas. Las pequeñas y medianas empresas (pymes) también son juzgadas sobre la base de su integridad por sus empleados, clientes y socios comerciales y pueden sufrir consecuencias económicas como consecuencia de una mala reputación. A medida que las empresas nacionales y multinacionales se esfuerzan por reforzar sus prácticas de integridad en sus cadenas de suministro, los socios locales que tienen mala reputación o prácticas anticorrupción inadecuadas irán quedando cada vez más desplazados²⁷.

La información sobre la reputación de una empresa se transmite por conducto de canales diversos, principalmente de índole no gubernamental. Entre estos se incluyen los medios de comunicación, los servicios de diligencia debida de inversionistas y entidades comerciales y los informes de organizaciones de la sociedad civil. Los informes procedentes de los medios de comunicación y de los servicios de diligencia debida se basan en parte en la información proporcionada por los organismos encargados de hacer cumplir la ley, aunque muchos Estados limitan la difusión de información por esos organismos mientras esté en curso una investigación.

²⁷La creciente atención asignada a la integridad en las cadenas de suministro en relación con el análisis de las funciones y obligaciones del sector privado con arreglo a la Convención se examina en la parte II C) de la presente *Guía*. Las recomendaciones para reducir los riesgos de corrupción en las cadenas de suministro se examinan detalladamente en una guía del Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2010 titulada *Fighting Corruption in the Supply Chain; A Guide for Customers and Suppliers*.

Ejemplo: Muchos gobiernos publican información sobre casos de corrupción en sus sitios de Internet, en particular comunicados de prensa en los que se describen las resoluciones relativas a las medidas coercitivas y los expedientes judiciales en que se resumen los presuntos delitos. Al divulgar una gran variedad de información, incluida la justificación de la sanción, esta práctica añade a las sanciones legales impuestas un aspecto vinculado a la reputación.

Los informes financieros que presentan las empresas a los reguladores de valores son una fuente común de información sobre las investigaciones pendientes, así como los expedientes judiciales oficiales relativos a la imposición o el arreglo negociado de una medida coercitiva. Los informes proporcionados por la sociedad civil también se basan en información facilitada por las empresas sobre sus programas de prevención mediante las declaraciones empresariales de responsabilidad social y otros medios. Varios de los informes publicados por organizaciones de la sociedad civil incluyen una clasificación de los esfuerzos de cumplimiento de las empresas en comparación con organizaciones afines.

Ejemplo: Varias organizaciones de la sociedad civil han publicado estudios en los que se clasifica a las empresas sobre la base de sus prácticas anticorrupción. En 2011, Revenue Watch Institute y Transparency International publicaron un informe sobre la promoción de la transparencia en los ingresos con una evaluación de la transparencia institucional de las compañías de petróleo y gas y de su divulgación de información sobre programas contra la corrupción. El informe incluye una lista de empresas clasificadas como las de peor desempeño a ese respecto. En el marco de una iniciativa posterior de Transparency International, Transparency in Corporate Reporting, se aplicó esta metodología a las 100 mayores empresas multinacionales registradas públicamente.

Revenue Watch y Transparency International, "Promoting Revenue Transparency: 2011 Report on Oil and Gas Companies", disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/promoting_revenue_transparency_2011_report_on_oil_and_gas_companies.

Transparency International, "Transparency in Corporate Reporting: Assessing the World's Largest Companies", disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/transparency_in_corporate_reporting_assessing_the_worlds_largest_companies.

B. Incentivos

Los incentivos que premian a una empresa por sus buenas prácticas son un importante complemento de la aplicación de sanciones. Constituyen un reconocimiento de que el compromiso efectivo con los programas anticorrupción y las inversiones en estos y otras medidas destinadas a reforzar la integridad empresarial son en gran medida voluntarios y pueden fomentarse mediante alicientes que indican su prioridad para la dirección de la empresa.

1. Mitigación de la pena

La mitigación de la pena es la forma más común de incentivo a las buenas prácticas. Las empresas que han hecho importantes esfuerzos por detectar y desalentar la corrupción pueden ser premiadas con una reducción de las multas o los cargos o incluso una salvaguardia contra la responsabilidad por actos corruptos de sus empleados o agentes. En el contexto de la negociación de la pena, la percepción de que una empresa toma seriamente el desafío de combatir la corrupción puede suavizar considerablemente las condiciones para la conclusión de una investigación.

Consideraciones de política

La mitigación de la pena y otros incentivos destinados a alentar a los participantes en un delito a denunciar las violaciones y cooperar en la investigación se tratan en el artículo 37 de la Convención contra la Corrupción. Como se ha señalado, la corrupción puede permanecer encubierta si no se

cuenta con la cooperación de uno de los autores o testigos del delito. La Convención reconoce la necesidad de disponer de medios prácticos para alentar a los participantes a declarar, lo que puede tener su precio en términos, por ejemplo, de mitigación de la pena o inmunidad de enjuiciamiento. Estos incentivos también contribuyen a apoyar el objetivo más general de la Convención de privar a los infractores del producto del delito y recuperar esas ganancias ilícitas.

Aunque por lo general se utilizan principalmente en el caso de denuncias hechas por particulares, los incentivos de mitigación de la pena son también una valiosa herramienta para alentar a las empresas a cooperar. Un mecanismo de incentivos bien concebido puede ayudar a fomentar la inversión en medidas de lucha contra la corrupción, como la capacitación del personal y los controles de auditoría, así como la pronta notificación de presuntas infracciones a la empresa. Las declaraciones voluntarias por parte de las empresas han constituido una fuente primordial de información para las investigaciones que realizan los organismos encargados de hacer cumplir la ley en varios Estados, especialmente en casos relacionados con el soborno de funcionarios públicos extranjeros por empresas multinacionales. La mitigación de la pena y los programas de indulgencia han sido importantes factores de motivación para esas declaraciones voluntarias.

Los incentivos deberían lograr un equilibrio apropiado entre los beneficios potenciales para la investigación derivados de la cooperación de los autores del delito y la administración de justicia, habida cuenta en particular de la percepción pública de las ventajas para esa cooperación. Por una parte, si se conceden de forma demasiado liberal a una empresa privada, la mitigación de la pena o la inmunidad pueden ser contraproducentes, por ejemplo si se otorga inmunidad plena sobre la base de un programa anticorrupción que figura en el papel pero que no es necesariamente efectivo en la práctica. Por otra parte, los infractores deben estar convencidos de que los beneficios derivados de la cooperación compensan con creces los posibles riesgos resultantes de su declaración. Cuando se estima que el costo de la asunción de responsabilidad es demasiado alto, es probable que las empresas sean menos cooperadoras y prefieran guardar silencio y arriesgarse a ser descubiertas.

La mitigación de la pena no es sino uno de los factores que tienen en cuenta las empresas al considerar la posibilidad de declarar voluntariamente una infracción. En esa decisión entran también consideraciones sobre el riesgo de exposición o enjuiciamiento y las consecuencias de esa declaración. Si se estima que la asunción de responsabilidad dará lugar a un largo procedimiento de investigación o judicial es posible que se considere menos arriesgado guardar silencio, especialmente si se piensa que el riesgo de exposición y enjuiciamiento no es muy grande. Los Estados que han establecido procesos de investigación y judiciales razonables y eficientes suelen alentar a las empresas dispuestas a declarar a que sean más cooperadoras. No obstante, la divulgación de un incidente aislado puede sugerir la existencia de problemas sistémicos en la empresa que justifiquen una investigación más amplia, y por tanto prolongada, así como ajustes a su programa de prevención.

Aplicaciones

Los incentivos a las buenas prácticas son un método probado para fomentar la integridad empresarial. Varios Estados han adoptado un sistema para premiar las buenas prácticas que consiste en conceder una salvaguardia contra la responsabilidad por delitos empresariales. De este modo, una empresa imputada penalmente porque no impidió un acto de soborno por parte de un empleado o asociado podrá esgrimir como prueba en su defensa la existencia de un programa adecuado de prevención de la corrupción. En cambio, las empresas que no hubiesen establecido tales sistemas podrían recibir una condena por dicho delito.

En el marco de la ley contra el soborno (“Bribery Act”), el Gobierno del Reino Unido ha publicado orientaciones sobre los elementos de un programa anticorrupción que satisfarían los requisitos para gozar de esa salvaguardia, a saber: procedimientos proporcionados, compromiso a nivel directivo, evaluación de los riesgos, diligencia debida, comunicación (incluida la capacitación), y supervisión y revisión²⁸.

²⁸United Kingdom Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 - Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*, págs. 20 a 31.

En algunos países existe un modelo distinto que consiste en que la prueba de la existencia de un programa anticorrupción adecuado para prevenir la corrupción permite reducir la pena correspondiente al delito pero no proporciona una salvaguardia completa. En los Estados Unidos, los fiscales y jueces, al decidir si imputan o no cargos a una empresa por infracciones cometidas por empleados y al determinar las sanciones aplicables, se basan en los criterios específicos incluidos en las directrices publicadas en materia de sentencias institucionales²⁹. En estas directrices se enumeran los factores agravantes y atenuantes, es decir, los factores que pueden elevar o reducir los cargos o las penas aplicables a una organización. Los factores atenuantes guardan relación con la calidad del programa interno establecido por la empresa para prevenir y detectar la conducta delictiva, promover la vigilancia, denunciar presuntas violaciones, cooperar con los organismos encargados de hacer cumplir la ley y adoptar medidas correctivas en respuesta a las infracciones.

Los criterios mínimos básicos para un programa eficaz de lucha contra la corrupción son una dirección visible y activa, así como la existencia de directrices operacionales y de capacitación basadas en los riesgos, canales para obtener asesoramiento y comunicar sospechas, y sistemas y controles para supervisar y perfeccionar periódicamente el programa³⁰. Las empresas también deberían administrar los riesgos relacionados con sus relaciones con terceros y establecer una cultura institucional propicia para fomentar el comportamiento ético y el cumplimiento.

Los Estados parte que establezcan esta clase de incentivo a las buenas prácticas para reforzar la integridad empresarial tal vez deseen considerar la posibilidad de prestar capacitación especializada al personal encargado de hacer cumplir la ley a fin de velar por que los incentivos reflejen exactamente la calidad del programa anticorrupción y de su aplicación. La publicación y actualización periódica de directrices para el sector privado sobre las expectativas de los Estados respecto de un programa anticorrupción eficaz pueden ser otra herramienta útil para determinar la naturaleza evolutiva de las buenas prácticas.

Ejemplo: Las primeras directrices formales sobre mitigación de la pena en el ámbito empresarial fueron publicadas en 1991 por la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos (United States Sentencing Commission) e incluían los requisitos mínimos para otorgar reconocimiento a las empresas por disponer de un programa de cumplimiento eficaz y otros factores atenuantes como los mecanismos de declaración de la propia responsabilidad. Las directrices se revisaron a fondo en 2004, a la par de las reformas legales destinadas a fomentar la responsabilidad, las declaraciones voluntarias y la auditoría en el ámbito empresarial, y se revisan y actualizan anualmente. Aunque técnicamente se limitan a las sentencias relativas a acciones penales, en la práctica las directrices revisten una importancia mucho mayor. El Gobierno de los Estados Unidos se basa en ellas para decidir si ha de emprender una acción contra una empresa por infracciones cometidas por su personal y para gestionar los arreglos negociados. Las directrices han pasado a ser también un estándar común para los programas anticorrupción de las empresas, así como para los especialistas en materia de cumplimiento y los grupos empresariales.

Las directrices sobre sentencias institucionales figuran en el capítulo 8 del manual titulado *United States Federal Sentencing Guidelines Manual*, disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/index.cfm.

2. Alicientes en materia de adquisiciones

Otra clase de incentivos son los beneficios en materia de adquisiciones otorgados a las empresas que demuestren un compromiso efectivo con las prácticas de integridad. Esos beneficios pueden consistir en el cumplimiento de ciertos requisitos o en una preferencia competitiva positiva y son aplicables tanto en el sector público como en el privado.

²⁹United States Sentencing Commission, *2012 US Sentencing Guidelines Manual* §8B 2.1.

³⁰Estos factores se describen de forma pormenorizada en la parte II C) de la *Guía* y se examinan más a fondo en el *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, nota 2, *supra*.

La forma más simple de este incentivo es el requisito de que las empresas cumplan con determinadas normas mínimas en materia de buenas prácticas como condición para tener derecho a participar en licitaciones de organismos públicos. El requisito de contar con un programa obligatorio puede ser una forma muy eficaz de reforzar las prácticas de integridad empresarial, aunque también puede presentar un particular desafío para empresas más pequeñas que no dispongan de la experiencia o los recursos suficientes para competir a este respecto. Con creciente frecuencia, las empresas multinacionales proporcionan orientación y capacitación sobre buenas prácticas a sus principales asociados en sus cadenas de suministro. Los gobiernos también han hecho lo propio y prestan asistencia técnica a las empresas más pequeñas mediante seminarios de capacitación, contenidos modelos y otros medios. Otra medida ha consistido en reducir los requisitos relativos a esos programas en el caso de empresas más pequeñas teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias y perfil de riesgos, así como el hecho de que la evolución de las actitudes y prácticas arraigadas toma su tiempo. A veces esto se logra estableciendo un umbral mínimo con respecto a determinadas prácticas formales y permitiendo a las empresas muy pequeñas que cumplan los requisitos de integridad por medios más apropiados a su tamaño y circunstancias³¹.

Las buenas prácticas también pueden fomentarse mediante la concesión de un trato preferencial en materia de contratación pública con el que se premian las medidas voluntarias adoptadas por una empresa para reforzar su integridad. Esta clase de incentivo —a veces denominado incentivo “genuino”— es la contraparte de la suspensión e inhabilitación por actos corruptos. En un modelo de contratación pública con contratistas responsables, el desempeño o la práctica deficientes de una empresa con respecto a la corrupción redundarán en perjuicio de su idoneidad como socio comercial del gobierno. Inversamente, las empresas que han dado prioridad a la integridad empresarial serán probablemente más responsables y fiables, lo que les valdrá un reconocimiento preferencial en el proceso competitivo.

Este principio básico es fundamental para las actividades de las empresas comerciales, especialmente para los procesos de selección preferencial en los que se da prioridad a socios comerciales locales con un probado historial de fiabilidad e integridad. La contratación pública se basa en consideraciones análogas, que contribuyen a proteger los intereses fiscales y adquisitivos del Estado y a fomentar las prácticas modelo en materia de integridad de los contratistas. Como en el caso de los requisitos relativos a la existencia obligatoria de programas, las posibles repercusiones negativas para las empresas más pequeñas pueden mitigarse mediante normas flexibles, asistencia técnica y aplicación escalonada.

La preferencia en materia de adquisiciones también puede ser una alternativa práctica para fomentar la integridad en el sector privado en Estados que enfrenten restricciones de recursos u otros obstáculos para satisfacer los requisitos tradicionales. Los incentivos destinados a reducir el impacto de las sanciones solo pueden tener un efecto limitado en entornos en que el riesgo de exposición y enjuiciamiento se considera escaso o inexistente. En contraste, los incentivos que premian las buenas prácticas per se pueden ser eficaces incluso si no existe un riesgo de penalización apreciable.

Ejemplo: En 2006, el Grupo del Banco Mundial inhabilitó a Lahmeyer International GmbH para obtener contratos financiados por el Banco durante un período de siete años debido a sus actividades corruptas relacionadas con un proyecto hídrico en las tierras altas de Lesotho (Lesotho Highlands Water Project). El período de inhabilitación era susceptible de una reducción opcional de cuatro años si el Banco determinaba que Lahmeyer había cumplido ciertas condiciones específicas y cooperado plenamente en la divulgación de otras conductas

³¹ Aunque no siempre son una opción práctica, las iniciativas que aplican normas de integridad mínimas flexibles para las empresas pequeñas y apoyan los esfuerzos de cumplimiento por parte de esas empresas son generalmente recomendables. Independientemente de que se eliminen o solo se reduzcan los requisitos de integridad, las condiciones para obtener ese trato especial deben enunciarse claramente sobre la base del tamaño de la empresa y con exclusión de empresas que, aunque se consideren pequeñas, tienen los recursos y la capacidad para satisfacer requisitos de integridad normales. Ello incluiría, por ejemplo, a entidades que generan ingresos por valor de decenas de millones de dólares anuales pero que para ciertos efectos reglamentarios pueden estar clasificadas como pequeñas empresas.

sancionables anteriores. En agosto de 2011, el Banco levantó la inhabilitación contra Lahmeyer tras determinar que la empresa había adoptado y aplicado satisfactoriamente un sistema eficaz de gestión del cumplimiento. Esta medida fue acompañada de su retiro de la lista de empresas inhabilitadas y de un comunicado de prensa en el que se reconocieron las mejoras efectuadas por la empresa.

Comunicados de prensa del Banco Mundial: World Bank Press Release No.129/2007/INT y World Bank Press Release (15 de agosto de 2012).

3. Acceso preferente a beneficios gubernamentales

El acceso preferente al apoyo o los servicios gubernamentales es otro posible incentivo a las buenas prácticas.

Este incentivo es la contraparte de la sanción de denegación de beneficios. Como se señaló anteriormente, la prueba de soborno o de falta de integridad en las operaciones de una empresa pueden ser motivos para la denegación o la retirada de ayudas a la exportación u otros beneficios comerciales. En contraste, estos beneficios también pueden concederse en condiciones preferentes a los particulares y empresas capaces de demostrar su compromiso con las buenas prácticas. Como en el caso de los alicientes en materia de adquisiciones, este incentivo puede concederse sobre la base del cumplimiento de un requisito por la empresa, por ejemplo, la exigencia de que la empresa que solicita beneficios gubernamentales cumpla determinadas normas mínimas en relación con un programa. La preferencia también puede otorgarse en reconocimiento de la adopción por la empresa de medidas para reforzar su integridad.

Por lo general, el acceso preferente suele estar relacionado con las oportunidades de contratación pública examinadas en la sección anterior, aunque también puede aplicarse a otras categorías de beneficios o servicios gubernamentales. Por ejemplo, una empresa capaz de demostrar su compromiso con las prácticas éticas podría obtener un acceso especialmente rápido a los servicios aduaneros o un trato preferente en materia de créditos a la exportación. Las inversiones en sistemas y controles eficaces de lucha contra la corrupción también pueden premiarse mediante beneficios fiscales especialmente concebidos para las empresas, similares a las deducciones de gastos y los créditos generalmente aplicables a las actividades generadoras de ingresos comerciales. Esto puede constituir una señal para el sector privado de que las inversiones en programas de prevención eficaces son tan importantes como estas otras inversiones comerciales.

Independientemente de que el acceso preferente a los beneficios se base en normas obligatorias o en la aplicación voluntaria de buenas prácticas, será importante velar por que las medidas de prevención específicas identificadas como buenas prácticas sean efectivas y que no tengan efectos imprevistos no deseados para las empresas más pequeñas.

Ejemplo: Como parte de un esfuerzo más amplio de lucha contra la corrupción, el Paraguay ha racionalizado su oficina de aduanas y creado un mecanismo de ventanilla única para la importación y exportación de mercancías. Las empresas de demostrada integridad se han beneficiado gracias a un procesamiento más expedito. Uno de los métodos para acceder a este mecanismo es a través de un sistema de capacitación y certificación desarrollado por Pacto Ético Comercial, una iniciativa de acción colectiva del sector privado.

Para más información sobre esta iniciativa de certificación, véase <http://www.pactoetico.com.py/>.

4. Beneficios relacionados con la reputación

Los beneficios relacionados con la reputación pueden ser otra herramienta para fomentar la integridad empresarial mediante el reconocimiento público del compromiso de una empresa con las buenas prácticas y la lucha contra la corrupción.

Como en el caso de las sanciones por desmedro de la reputación, la información positiva sobre la integridad de una empresa se comunica generalmente a través de canales no gubernamentales en el sector privado, los medios de información y la sociedad civil. Las personas relacionadas con una determinada industria suelen saber qué empresas funcionan con integridad y son fiables, y lo tienen presente en su planificación de riesgos y planes comerciales. Las empresas que se han forjado una buena reputación son mejores socios comerciales, lo que a menudo se reflejará en la preferencia competitiva en materia de contratación y en otros procesos de selección comercial. Por su parte, los Estados pueden reforzar esta señal positiva del mercado mediante la adopción de medidas destinadas a alentar y premiar las buenas prácticas.

Los juicios sobre la integridad empresarial también dependen de los informes públicos de la propia empresa sobre sus actividades de lucha contra la corrupción, por conducto de la Iniciativa Mundial sobre la Presentación de Informes y otros canales análogos, así como del reconocimiento público de su participación en iniciativas de fomento de la integridad o de su apoyo a estas. De modo similar, el reconocimiento positivo en el marco de un estudio comparativo a cargo de la sociedad civil puede realzar la reputación de integridad de una empresa.

Ejemplo: Mientras que algunas empresas han tenido resultados deficientes en recientes estudios comparativos realizados por la sociedad civil sobre la base del enfoque de “denuncia y descrédito”, otras empresas se han beneficiado de sus buenos resultados. Por ejemplo, Statoil, la empresa noruega de petróleo y gas, recibió la clasificación general más alta en una encuesta sobre la transparencia en la información difundida por las empresas, “Transparency in Corporate Reporting”, realizada por Transparency International en 2011, y obtuvo reconocimiento asimismo por su excelente desempeño en materia de información pública.

Otro notable acontecimiento reciente guarda relación con la creación de “listas blancas” en las que se otorga reconocimiento a las empresas que aplican buenas prácticas, por oposición a la descalificación tradicional por medio de la inclusión en una “lista negra”. El mejor ejemplo de esta modalidad es una innovadora iniciativa brasileña desarrollada por la organización no gubernamental O Instituto Ethos. Este Instituto, que cuenta con el apoyo de la Contraloría General del Brasil, ha creado una “lista pro ética” a fin de reconocer a las empresas que aplican un elevado estándar de prácticas anticorrupción. Entre los requisitos para entrar en esta lista se cuentan un riguroso código de conducta, capacitación eficaz, un sistema de presentación de denuncias y un procedimiento de queja, declaraciones financieras, y participación en acciones colectivas. O Instituto Ethos lleva a cabo las evaluaciones bajo la supervisión de un grupo de expertos independientes, además de actualizaciones periódicas de las normas de referencia y las evaluaciones de empresas.

Es posible que en el futuro se disponga de otras opciones más formales de “certificación” de programas. La iniciativa brasileña no es, evidentemente, un proceso de certificación, pero este tipo de servicio a cargo de terceros está en alza. La certificación comercial sigue en una etapa incipiente y no hay consenso aún sobre las normas de referencia para la evaluación cualitativa de los programas ni sobre los procedimientos de examen para la certificación.

5. Premios a los denunciantes

Si bien los incentivos de índole preventiva tienen principalmente por objeto alentar las inversiones empresariales en la aplicación de buenas prácticas en el marco de programas anticorrupción, los incentivos también pueden utilizarse para fomentar la denuncia de posibles infracciones cometidas por particulares. Estos incentivos se han utilizado durante muchos años en los Estados Unidos para alentar y premiar las denuncias de fraude en las adquisiciones y otras violaciones en la esfera de la contratación pública, con ahorros por valor de más de 30.000 millones de dólares EE.UU. declarados por el gobierno en un período de 20 años³².

³²US Department of Justice, “Justice Department Celebrates 25th Anniversary of False Claims Act Amendments of 1986: Considered Single Most Important Tool US Taxpayers Have to Recover Funds Lost Due to Fraud Against the Government” (2012), disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-ag-142.html>.

La aplicación de esta forma de incentivo a los denunciantes se hizo extensiva recientemente a las violaciones de la legislación sobre títulos y valores por empresas públicas, incluida la omisión de registrar debidamente y comunicar los casos de soborno. Con arreglo a esa legislación, un denunciante puede recibir entre un 10% y un 30% de las sumas recuperadas como resultado de una medida coercitiva³³. Esos pagos son obligatorios, con sujeción a un umbral de recuperación de un millón de dólares EE.UU. y algunos otros requisitos. Para obtener tales premios para denunciantes, el solicitante tiene que haber sido la fuente original de información “de alta calidad”, que haya sido facilitada voluntariamente y haya conducido a la aplicación efectiva de la sanción. Quedan excluidos de este incentivo los funcionarios públicos, así como las personas condenadas de un delito relacionado con la información relativa a la denuncia o que tengan acceso a esta como resultado de la prestación de servicios de auditoría con arreglo a la legislación sobre títulos y valores. Además, se han adoptado disposiciones para alentar a los empleados a comunicar internamente las infracciones a la empresa antes de denunciarlas a los reguladores de títulos y valores.

Ejemplo: Un denunciante que facilitó documentos y otras informaciones importantes que permitieron exponer ante la justicia un plan multimillonario destinado a estafar a inversionistas recibió el 30% de la multa de un millón de dólares EE.UU. impuesta por el tribunal. La cantidad otorgada se limitó a un porcentaje de la suma recaudada por el gobierno y se hizo pública en un comunicado de prensa.

C. Otras medidas

En esta última sección se reseñan brevemente otras medidas que los Estados pueden aplicar para reducir la corrupción en el sector privado, como complemento de las sanciones para castigar los actos corruptos y los incentivos para fomentar las buenas prácticas. Varias de estas medidas adicionales responden a necesidades de recursos y otros problemas de índole práctica que pueden menoscabar la aplicación de sanciones más tradicionales.

1. Pactos de integridad

Los pactos de integridad son una herramienta aplicable a diversas partes a fin de reforzar la integridad en la contratación pública. Como su nombre indica, son un arreglo contractual entre un organismo estatal encargado de la contratación de bienes o servicios y empresas que desean participar en el proceso de contratación, en el cual todas las partes se comprometen a cumplir ciertas normas mínimas de integridad y transparencia. La vigilancia del cumplimiento suele estar a cargo de un supervisor independiente, por lo general de la sociedad civil, y todo incumplimiento es objeto de sanciones.

El concepto de pacto de integridad se originó en la organización no gubernamental Transparency International en el decenio de 1990 y desde entonces se ha aplicado en más de 15 países y 300 proyectos. Los elementos básicos de un pacto de integridad incluyen el compromiso por parte del gobierno y de los licitadores de no ofrecer o aceptar sobornos, la aplicación de restricciones de “puerta giratoria” al empleo después de la participación en procesos estatales, requisitos de transparencia en materia de contratación, declaraciones públicas sobre agentes e intermediarios y nombramiento de un supervisor independiente. Los pormenores, que pueden variar considerablemente, se exponen en un documento de contrato formal. El incumplimiento puede significar que un licitador tenga que retirarse de un proyecto, así como la posible aplicación de otras sanciones³⁴.

³³Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act), Pub. Law No. 111:203 (2011). Los criterios para la concesión de un premio a los denunciantes se exponen en las normas definitivas publicadas por la Comisión de Bolsa y Valores, Securities and Exchange Commission, *Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934*, Release No. 34-64545 (12 de agosto de 2011), disponible en <http://www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf>.

³⁴Los problemas prácticos relacionados con la formulación de un pacto de integridad guardan relación con las normas y procedimientos específicos utilizados para garantizar la integridad, el alcance y la naturaleza de la transparencia en la contratación, las sanciones por incumplimiento y la selección y las atribuciones de un supervisor independiente. La independencia, experiencia y recursos de dicho supervisor son elementos decisivos para el éxito operacional de un pacto, así como para su credibilidad ante el público.

Los pactos de integridad pueden ser específicos para un determinado proyecto, de alcance sectorial, o aplicables a nivel de todo el gobierno. Una de sus primeras aplicaciones tuvo lugar para la construcción del nuevo aeropuerto internacional de Berlín, un proyecto de 2,4 millones de euros iniciado en el decenio de 1990. Entre otros pactos concertados para proyectos específicos cabe mencionar los relacionados con el desarrollo de infraestructuras de suministro de agua y otros servicios públicos. Los pactos de integridad también se han utilizado para reforzar las prácticas de integridad a nivel sectorial mediante el compromiso de las empresas participantes de aplicar normas mínimas de integridad en sus interacciones con el gobierno. Además, varios Estados han desarrollado otras aplicaciones del concepto de pacto de integridad para su utilización en diversas instancias de gobierno.

Ejemplo: Los pactos de integridad se han utilizado en cientos de proyectos en todo el mundo, incluidos más de 100 en México, por un valor agregado de más de 30.000 millones de dólares EE.UU. La India, Malasia y otros Estados también requieren pactos de integridad para la participación en casi todos los procesos de adquisiciones o en los más importantes.

Uno de los primeros y más relevantes pactos de integridad concertados en México guardó relación con “El Cajón”, una importante nueva planta hidroeléctrica. La Comisión Federal de Electricidad de México (CFE) fue la entidad encargada de la contratación y el pacto fue gestionado por Transparencia Mexicana. Los participantes tuvieron que presentar una “Declaración de integridad unilateral”, firmada por los directores superiores de un consorcio de licitación. Como parte del pacto, el supervisor independiente se reunió con cada uno de los licitadores a fin de identificar los aspectos del proceso que se consideraban más susceptibles de presentar irregularidades. Tres consorcios representantes de diez empresas presentaron propuestas. Ello tuvo como resultado una licitación exitosa por un valor inferior al presupuesto asignado por la CFE para el proyecto.

Otro de los primeros pactos de integridad, en Colombia, estuvo relacionado con actos corruptos en la instalación de tuberías para acueductos municipales y sistemas de alcantarillado. Las empresas miembros de ACODAL (la Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental) concertaron un “acuerdo de fabricación de tuberías” conforme al cual los signatarios tenían que cumplir estrictos requisitos de ética y someterse a un proceso de supervisión industrial. La iniciativa, que está actualmente en curso, está administrada por un comité de ética independiente y ha ayudado efectivamente a mejorar la integridad y la transparencia de la contratación en el sector de la fabricación de tuberías.

2. Iniciativas basadas en códigos

Las iniciativas basadas en códigos son otra reciente herramienta para elevar los niveles de integridad y cumplimiento dentro de determinados sectores comerciales o entre estos. Se trata de iniciativas voluntarias de “acción colectiva” llevadas a cabo por empresas que a menudo forman una coalición con organizaciones de la sociedad civil o reciben ayuda de esta.

Las iniciativas basadas en códigos tienen principalmente por objeto un mejoramiento general del nivel de las prácticas de una determinada comunidad empresarial. Suelen ser de ámbito nacional o regional, aunque también pueden desarrollarse a nivel sectorial. En su mayoría, se basan en un conjunto común de normas reflejadas en un código de conducta o directrices para programas anticorrupción. Las iniciativas nacionales tienden a centrarse en empresas más pequeñas con un limitado nivel de experiencia o recursos y generalmente combinan un compromiso público formal con la aplicación de prácticas de integridad mínimas y diversos tipos de apoyo a la aplicación concreta. Si bien las iniciativas sectoriales también pueden ser útiles para las empresas más pequeñas, por lo general están destinadas a las empresas más grandes y a los desafíos de mayor envergadura que estas enfrentan en relación con la corrupción.

Ya sean de alcance nacional o sectorial, las iniciativas basadas en códigos pueden ser una valiosa adición a los esfuerzos de corte más tradicional. Proporcionan una dirección y un sentido de motivación compartida a las organizaciones participantes, facilitan la formulación y difusión de buenas prácticas y brindan un marco para la identificación y solución de problemas comunes.

Además, gracias a la presión oficiosa de grupos de intereses afines y a mecanismos de supervisión de índole más formal, dan seguridades a las empresas honestas de que no se van a ver subcotizadas por sus rivales.

Ejemplos: Hay muchos buenos ejemplos de iniciativas locales de lucha contra la corrupción en el sector privado, algunos de los cuales, procedentes de distintas regiones pero con objetivos y métodos comunes, se describen a continuación.

Nigeria: En 1997 entró en vigor la Convención sobre Integridad Empresarial con la finalidad de servir de foro para promover los objetivos de integridad empresarial en Nigeria. En el marco de la Convención se ha elaborado un Código de Integridad Empresarial que los dirigentes empresariales y gubernamentales se comprometen públicamente a respetar. Además, la Convención proporciona a las partes herramientas prácticas para aplicar el Código, incluida una guía con siete medidas sobre la responsabilidad social de las empresas, prevé la realización de evaluaciones de los miembros y brinda un foro para llevar a cabo iniciativas concretas de acción colectiva.

Líbano: En 2008 se estableció la Red Libanesa contra el Soborno, una red amplia de profesionales dedicados a investigar las cuestiones relacionadas con el soborno en el Líbano, aumentar la sensibilización del público y promover la adopción de medidas de lucha contra la corrupción por las autoridades estatales. La Red ha elaborado un código de ética para las pequeñas y medianas empresas, publicado una guía sobre el proceso de auditoría pública y organizado seminarios sobre la "acción colectiva". Además, ha publicado estudios de investigación sobre el soborno y la corrupción en sectores específicos, incluidos los de la electricidad, la tributación fiscal y la construcción.

Tailandia: En respuesta a la presión pública para hacer frente a la corrupción, los líderes de la comunidad empresarial de Tailandia se unieron en 2010 para establecer una "Coalición del sector privado para la acción colectiva contra la corrupción". La Coalición, inaugurada por el Instituto de Directores de Tailandia y el Center for International Private Enterprise (CIPE), cuenta con el apoyo de siete de las principales organizaciones comerciales de Tailandia. Su ambicioso programa ha incluido una campaña destinada a aumentar la sensibilización del sector privado sobre el daño causado por la corrupción, una iniciativa relacionada con la elaboración de un código de conducta empresarial, actividades de capacitación para ejecutivos sobre prácticas de integridad, herramientas para la formulación y evaluación de programas de prevención de la corrupción en la empresa y un proceso de certificación para las empresas signatarias.

La elaboración de códigos y otras iniciativas análogas de acción colectiva, si bien no son un sustituto de las sanciones legales y otras medidas de carácter vinculante previstas en la Convención, ofrecen una importante vía suplementaria para promover las prácticas de integridad empresarial que puede alentarse mediante el reconocimiento por el Estado y otros medios.

3. Reformas del sector público

Las reformas de la administración pública y del entorno normativo destinadas a disminuir las oportunidades de corrupción constituyen otra posible esfera de cooperación entre los Estados y el sector privado. Como los pactos de integridad y las iniciativas relacionadas con códigos, esta alternativa puede ser una medida especialmente valiosa cuando existen obstáculos para la aplicación por el Estado de otras medidas de cumplimiento más tradicionales.

Varias de las iniciativas de "acción colectiva" del sector privado descritas en la sección precedente han ido más allá de la formulación de normas basadas en códigos y del apoyo a los programas para abordar una gama más amplia de cuestiones normativas. Las iniciativas de esta índole reconocen que el entorno en que funcionan las empresas puede a menudo ser tan importante como cualquier medida específica adoptada por una determinada empresa.

Aunque las medidas descritas en la presente *Guía* guardan relación principalmente con la integridad en el sector privado, la corrupción tiene también un elemento de “demanda” que es preciso abordar con arreglo a la Convención. Los artículos 7 y 8 contienen recomendaciones detalladas para fortalecer la integridad en el sector privado mediante el establecimiento de mejores sistemas de convocatoria, retención y remuneración de los funcionarios públicos y otras medidas que hagan hincapié en la integridad, honestidad y equidad en el desempeño de las funciones oficiales. En el artículo 9 se enumeran otras medidas encaminadas a promover la transparencia, la competencia y la rendición de cuentas en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública. El artículo 10 requiere que los Estados adopten medidas para aumentar la transparencia en su administración pública y traten de simplificar los procedimientos administrativos³⁵.

Las reformas de la administración pública y del entorno normativo tienen la finalidad más amplia de aumentar la transparencia, eficiencia y rendición de cuentas del gobierno, aunque también pueden fomentar en gran medida los objetivos del sector privado mediante la aplicación de sanciones e incentivos. Los funcionarios públicos que comprenden la importancia de la integridad actúan en un entorno claro y transparente y los que reciben la debida remuneración tienen menos probabilidades de exigir o aceptar sobornos de agentes privados. Las empresas pueden llevar a cabo sus operaciones con mayor certidumbre y confianza de que recibirán un trato razonable y justo. Las medidas destinadas a promover la denuncia de conductas ilícitas, regular la “puerta giratoria” entre el empleo en el servicio público y las empresas y resolver los eventuales conflictos de interés suscitados por regalos y contribuciones políticas pueden ser especialmente útiles para elevar los estándares de integridad empresarial.

Ejemplo: La comisión malasia de lucha contra la corrupción, Malasyan Anti-Corruption Commission, cuenta con un procedimiento formal para reconocer y premiar a los funcionarios públicos que denuncien delitos de soborno en el sector público. Esta iniciativa tiene por objeto aumentar la sensibilización del sector público sobre la corrupción, fomentar la denuncia de infracciones y mejorar las percepciones del público sobre la integridad de los funcionarios públicos. Las denuncias se presentan a la comisión o a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y, una vez que los autores son llevados a la justicia, el funcionario que presentó la denuncia puede recibir reconocimiento público y un premio monetario según las circunstancias del caso. Otras disposiciones del derecho malasio regulan la concesión de regalos en relación con las funciones públicas de los funcionarios y requieren que estos denuncien cualquier pago que les sea ofrecido, prometido o dado a título de soborno.

Si bien las reformas de la administración y la contratación públicas son fundamentalmente responsabilidad del Estado, las comunidades empresariales locales pueden hacer una valiosa contribución a esos esfuerzos. Las empresas privadas están en primera línea de la corrupción, ya sea como fuente de fondos corruptos o como víctimas de extorsión y por ello pueden frecuentemente ayudar a identificar los principales riesgos y las opciones de respuesta eficaces. Las prácticas del sector privado relacionadas con la identificación y mitigación de los riesgos de corrupción, la capacitación del personal y la supervisión del cumplimiento también pueden servir de modelo para iniciativas paralelas en los organismos estatales de lucha contra la corrupción.

La Convención reconoce otra función del sector privado en lo que respecta a “prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas”, incluidas las licencias y otras autorizaciones necesarias para emprender actividades comerciales³⁶. Las leyes y reglamentaciones mal concebidas, duplicativas o superfluas dificultan las operaciones de las empresas. Además, crean oportunidades de corrupción, ya sea porque las empresas están dispuestas a pagar a fin de agilizar o circunvenir los trámites relacionados con una reglamentación engorrosa o porque los funcionarios públicos ponen como condición para “facilitar” su tarea un pago u otros arreglos indebidos.

³⁵Para mayor información sobre las medidas específicas previstas en estos artículos, véanse *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 25 a 33, y *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 13 a 46.

³⁶Artículo 12 2) d).

La contratación pública es particularmente susceptible de corrupción debido a las grandes cantidades de fondos que entraña y por este motivo es objeto de especial atención en la Convención, pero el problema va mucho más allá. La corrupción puede representar un riesgo siempre que se requiera una medida estatal y exista autoridad discrecional, con poca opacidad u obligación de rendir cuentas. Entre los ejemplos frecuentemente citados por el sector privado se incluyen la concesión de licencias comerciales y permisos de construcción, la prestación de servicios públicos básicos, los trámites aduaneros y la administración de normas ambientales, sanitarias y de seguridad.

No siempre es evidente si una determinada normativa resulta excesivamente engorrosa o simplemente inconveniente para las partes sujetas a ella, pero la colaboración con el sector privado a fin de identificar esferas de consenso para una reforma puede ser beneficiosa para ambos sectores. Esta forma de acción cívica tiene una larga historia en muchos Estados, concretamente a través de la participación abierta y transparente de las asociaciones comerciales y las propias empresas en los debates sobre política pública, en particular con respecto al papel y el contenido apropiados de la reglamentación del comercio. Varias de las iniciativas de acción colectiva del sector privado descritas en la sección anterior también se han centrado en dicha participación.

Ejemplo: En 1999, la principal asociación empresarial de Colombia, Confecámaras, lanzó una iniciativa de promoción de la integridad en el sector privado denominada “Probidad” con el fin de combatir la corrupción en Colombia. La iniciativa comenzó con una encuesta detallada del ámbito empresarial a fin de determinar las percepciones sobre la corrupción en el sector público, lo que confirmó que el soborno y la falta de transparencia se consideraban problemas capitales y que muchas empresas no participaban en licitaciones públicas debido al riesgo de corrupción. Estas conclusiones dieron lugar a un debate público más amplio en Colombia sobre el papel que desempeñaba el sector privado en la corrupción y contribuyeron a promover reformas gubernamentales destinadas a combatir la corrupción, incluida la promulgación de una nueva ley de contratación pública en 2007 que reforzó y armonizó las prácticas conexas en todo el país. La encuesta también sirvió de apoyo a otras iniciativas de Probidad, en particular la formulación de pactos de integridad municipales y un código de conducta para las empresas locales.

Para otros antecedentes sobre esta iniciativa, véase I. Gómez y J. Arteaga, “The Private Sector’s Role in Reforming Public Procurement: The Case of Colombia”, disponible en <http://www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/041509.pdf>.

Ejemplo: Otro modelo de acción colectiva del sector privado, desarrollado por la Cámara de Comercio e Industria de Saratov en Rusia, se centra en el “potencial de corrupción” integrado en los proyectos de legislación comercial. La “metodología Saratov”, publicada en ruso e inglés, ha sido utilizada por muchas asociaciones empresariales en Rusia para identificar las lagunas o diferencias legislativas en la aplicación local y regional de leyes nacionales que dan margen a la corrupción debido a la discrecionalidad que tienen los funcionarios locales para interpretarlas. El proceso examina las leyes que regulan los procedimientos que deben cumplimentar los empresarios para realizar actividades comerciales, como la obtención de licencias, la participación en licitaciones de contratos o la compra de tierra. La metodología incluye la realización de encuestas de expertos jurídicos y gubernamentales, el análisis de leyes y la formulación de recomendaciones con miras a eliminar las lagunas que permiten la corrupción.

Una descripción de esta metodología figura en el documento “Improving Regulation to Reduce Corruption: The Role of The Russian Business Community”, disponible en <http://www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/saratov-MethodologyEng2.pdf>. El proyecto fue elaborado en coordinación con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y el Center for International Private Enterprise.

4. Educación pública

Las actividades destinadas a aumentar la sensibilización pública sobre el peligro de corrupción también pueden ser una herramienta para reforzar la integridad empresarial y reducir la corrupción relacionada con el sector privado.

Si bien las causas profundas de la corrupción son muchas, la experiencia ha demostrado que la falta de sensibilización sobre sus efectos corrosivos es uno de los principales factores que la fomentan. Las sanciones legales y los incentivos a las buenas prácticas pueden influir en el análisis de los beneficios en función de los costos para una persona u organización que considere la posible comisión de un acto de corrupción, pero estos actos también reflejan una escasa comprensión del daño que puede causar la corrupción. Las prácticas arraigadas pueden llegar a parecer más un inconveniente que un delito y en ese caso pueden no considerarse censurables.

Las recientes investigaciones sobre el comportamiento indican que si se modifican las actitudes sociales sobre determinadas conductas ilícitas, es posible reducir su aceptación social y, por consiguiente también, la incidencia de ciertos tipos de corrupción³⁷. Si bien hay malos actores que deliberada e intencionalmente demuestran un comportamiento antisocial basado en un cálculo de los riesgos y los beneficios, muchos otros se creen honestos y no son capaces de evaluar el significado de su conducta, o bien logran racionalizar su comportamiento indebido³⁸. La declaración de impuestos y la descarga de música protegida por derechos de propiedad son ejemplos de casos en que las actitudes de la comunidad tienen más influencia en la conducta que las leyes.

Ejemplo: Los funcionarios públicos del Ministerio de Educación y Cultura del Paraguay y de otros cinco ministerios de gobierno encargados de administrar una parte considerable del presupuesto público del Paraguay participaron en una amplia campaña de promoción de la ética con miras a reforzar las prácticas de integridad y reducir la corrupción. Además de la elaboración de un código de comportamiento ético y la creación de una oficina de ética, el programa incluyó un gran número de actividades de sensibilización y compromiso a nivel de dirección. El programa se puso en marcha en 2006 con una encuesta realizada entre los funcionarios públicos sobre sus percepciones sobre el comportamiento ético y las conductas deshonestas en sus ministerios. Una de las principales conclusiones, coherente con las investigaciones recientes en materia de comportamiento, fue que en su mayoría los empleados se describieron a sí mismos como personas éticas y achacaron los problemas en sus organismos a otras personas.

Esta iniciativa recibió apoyo de la Corporación del Desafío del Milenio y está descrita en su página web, disponible en <http://www.mcc.gov/pages/countries/program/paraguay-threshold-program>.

El supuesto operativo en gran parte de esas investigaciones es que ciertos tipos de corrupción dependen más de la costumbre que de la mala intención y que los umbrales de aceptación de las personas, las organizaciones y el público en general pueden modificarse mediante la difusión de más y mejor información sobre los efectos nocivos de la corrupción. Se dispone de una gran variedad de opciones para aumentar la sensibilización, desde pequeños seminarios de formación hasta campañas generales de sensibilización pública e iniciativas de reforma con objetivos concretos como la corrupción en pequeña escala entre los agentes de la policía de tráfico o los inspectores de aduanas.

³⁷Véase, por ejemplo, D. Ariely, *The (Honest) Truth About Dishonesty* (HarperCollins 2012).

³⁸N. Mazur *et al.*, "The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance", *Journal of Marketing Research* (2008); J. Dana *et al.*, "Exploiting Moral Wiggle Room: Behavior Inconsistent with a Preference for Fair Outcomes", *Economic Theory* (2007).

Ejemplo: Transparency International de Bosnia y Herzegovina administra un programa titulado “Educating Future Leaders: Good Governance in Schools” que consiste en un curso de seis meses de duración sobre educación cívica, ética y democracia y se imparte en las escuelas secundarias y en seminarios regionales en distintas partes del país. Otras iniciativas nacionales centradas en la promoción de la lucha contra la corrupción y la formación de jóvenes se describen en una guía titulada “Enseñar Ética a los Jóvenes”, publicada por Transparency International. En esa guía se describen ejemplos prácticos de 11 países, incluidos la Argentina, el Brasil, Camboya, Colombia, los Estados Unidos, Georgia, Italia, Macao (RAE), Moldova, Uganda y Zambia.

Transparency International, Enseñar Ética a los Jóvenes, disponible en http://archive.transparency.org/tools/e_toolkit/corruption_fighters_tool_kit_special_edition_2004/spanish_espanol.

Conforme al artículo 13 de la Convención, muchos gobiernos realizan campañas de educación pública para aumentar la sensibilización sobre los efectos dañinos de la corrupción, así como para difundir sus esfuerzos para hacer frente a ese problema. También se llevan a cabo campañas por iniciativa de organizaciones de la sociedad civil, a menudo apoyadas por entidades asociadas del sector privado.

Ejemplo: La Comisión Independiente contra la Corrupción de la RAE de Hong Kong, Independent Commission Against Corruption (ICAC), lanzó recientemente una nueva campaña para promover la sensibilización sobre los perjuicios resultantes de la corrupción. La campaña utiliza la imagen de una yema de huevo, pura y protegida dentro de la cáscara, para simbolizar la integridad como valor fundamental. En los anuncios de los servicios públicos transmitidos por la radio y la televisión se advierte de que la corrupción es una amenaza para la sociedad, como cualquier impureza lo es para el huevo. También se utilizan Internet y otras vías para comunicar un mensaje de tolerancia cero de la corrupción. Otro programa de la Comisión tiene por objeto suscitar el interés de los adolescentes mediante una novedosa iniciativa en Facebook (iTeen Xtra) que incluye diariamente chateos y debates y un juego interactivo en línea (iTeen Detective) en el que los participantes ayudan a resolver un caso importante de corrupción.

ANEXO I.

Prácticas comunes

SANCIONES	FINALIDAD
Multas	Castigar la conducta indebida y desalentar violaciones futuras
Penas de prisión	Sancionar principalmente a las personas, también con fines punitivos y disuasivos
Decomiso	Privar a los infractores de las ganancias ilícitas y desalentar futuras infracciones
Recursos contractuales	Comunicar y aplicar los requisitos contractuales de lucha contra la corrupción
Suspensión e inhabilitación	Excluir a los contratistas no fiables del proceso de contratación pública
Denegación de beneficios	Restringir el acceso de los infractores a otros beneficios y servicios públicos
Responsabilidad por daños y perjuicios	Resarcir a las víctimas de la corrupción
Daños por desmedro de la reputación	Exponer públicamente a los infractores y exigirles que rindan cuentas

INCENTIVOS	FINALIDAD
Mitigación de la pena	Fomentar la declaración voluntaria de delitos, reconocer los esfuerzos de prevención desplegados por la empresa
Alicientes en materia de adquisiciones	Premiar las buenas prácticas otorgando una preferencia en materia de adquisiciones
Acceso preferencial a beneficios gubernamentales	Premiar las buenas prácticas otorgando acceso preferente a beneficios y servicios estatales
Beneficios relacionados con la reputación	Alentar las buenas prácticas mediante el reconocimiento público
Premios a los denunciantes	Alentar la denuncia por particulares de eventuales violaciones

INCENTIVOS	FINALIDAD
Pactos de integridad	Elevar los criterios de integridad a nivel de proyectos o sectores mediante compromisos contractuales y supervisión de terceros
Iniciativas basadas en códigos	Fomentar iniciativas voluntarias de "acción colectiva" por las empresas a fin de aumentar la sensibilización y reforzar las prácticas de integridad a nivel local, regional o sectorial
Reforma del sector público	Fomentar las iniciativas conjuntas de los sectores público y privado destinadas a combatir la corrupción a nivel de la demanda mediante reformas de la administración pública y del entorno normativo
Educación pública	Apoyar las actividades encaminadas a fomentar la toma de conciencia de los efectos nocivos de la corrupción

ANEXO II.

Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción relativas al sector privado

A. Disposiciones relativas a la penalización

Las disposiciones relativas a la penalización contenidas en el capítulo III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en las que se enumeran los delitos de corrupción que los Estados han de prohibir por ley, constituyen un parámetro de referencia para la integridad empresarial. Si bien el examen detallado de estos delitos rebasa el alcance de la presente *Guía*, la participación del sector privado en esta esfera requiere una familiarización con los conceptos básicos y los desafíos de interpretación conexos. Es indispensable que las empresas entiendan, con razonable precisión, el significado y el alcance de las definiciones legales contenidas en la Convención. Ello también es importante para formular y otorgar incentivos destinados a alentar las buenas prácticas.

1. Soborno en los sectores público y empresarial

El soborno es uno de los problemas centrales abordados por la Convención contra la Corrupción, que le dedica tres artículos. Los artículos 15 y 16 tratan respectivamente del soborno de funcionarios públicos nacionales y de funcionarios públicos extranjeros y el artículo 21 guarda relación con el soborno comercial en el sector privado. Las disposiciones de la Convención relativas a la penalización abordan las formas tanto “activas” como “pasivas” del soborno, es decir, el acto de ofrecer o pagar un soborno y el acto de solicitarlo o aceptarlo. Considerados conjuntamente, estos artículos constituyen un llamamiento a los Estados parte para que prohíban todas las formas de soborno en sus actividades empresariales.

El soborno en un entorno comercial entraña la entrega de un valor a otra persona a fin de obtener un beneficio comercial indebido. A menudo el soborno se paga en efectivo, pero también puede consistir en un beneficio menos directo y tangible, como una retribución inapropiada en forma de un regalo o un viaje o de una oportunidad comercial manipulada. El concepto de beneficio comercial indebido es también muy amplio e incluye no solo las oportunidades comerciales nuevas o existentes, sino además toda ventaja relacionada con reglamentaciones o ventaja competitiva de otra índole.

Las empresas suelen enfrentar dos problemas típicos en la aplicación de los programas de capacitación y supervisión destinados a garantizar el cumplimiento de la legislación anticorrupción. Uno de esos problemas es el de determinar el alcance exacto de la prohibición a fin de comunicarlo a sus empleados y agentes. Mientras que algunas formas de soborno son evidentes, otras pueden ser más sutiles y requieren un examen más detenido, como la definición de la línea divisoria entre los gastos promocionales legítimos y el soborno ilícito. Otro problema común guarda relación con las diferencias entre las leyes nacionales. Aunque en su mayoría las leyes anticorrupción son bastante comparables, pueden existir importantes diferencias en cuanto a los requisitos en materia de cobertura o excepciones legales. Un ejemplo de lo anterior es la excepción prevista en algunas leyes respecto de los llamados pagos de “facilitación”.

2. Tráfico de influencias

El artículo 18 requiere que los Estados parte consideren la posibilidad de tipificar como delito el “tráfico de influencias”, que consiste en la concesión a un funcionario público de un pago o un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia para obtener un beneficio indebido de una autoridad del Estado. Este delito es similar al soborno y puede considerarse como tal en un contexto empresarial.

El delito de “tráfico de influencias” se limita a los actos “cometidos intencionalmente” con el fin de que un funcionario público u otra persona “abuse de su influencia real o supuesta para obtener un beneficio indebido en relación con el ejercicio de la autoridad gubernamental. Las contribuciones políticas constituyen un problema especial dado su potencial de abuso puesto que pueden utilizarse como subterfugio para el soborno, y por ello requieren salvaguardias apropiadas para prevenir tales situaciones. La denuncia pública es una salvaguardia común que puede combinarse con la fijación de límites a las contribuciones, los cuales pueden ser de carácter general o específico según las empresas o los miembros de sus grupos de presión.

3. Malversación o peculado de bienes en el sector privado

La malversación o peculado es otra esfera prioritaria de la Convención contra la Corrupción en relación con el sector privado, tratada en el artículo 22 de la Convención. Los Estados deben tipificar como delito la malversación o el peculado de bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se haya confiado a esa persona por razón de su cargo cuando se cometan intencionalmente “en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales”.

La malversación o peculado se asocian generalmente con procedimientos contables falsos o engañosos utilizados por un empleado para encubrir el robo de activos de la empresa, aunque también puede consistir en la apropiación indebida, por un abogado, asesor financiero u otro profesional pertinente, de cuentas de clientes o fondos de inversionistas que les hayan sido confiados. La disposición relativa a la tipificación de la malversación o peculado como delito refleja un interés más general del Estado, a saber, el de preservar la confianza de los inversionistas en las empresas públicas en aras de la promoción de objetivos socioeconómicos que requieren un entorno de mercado estable y seguro. Estas mismas consideraciones son las que informan la regulación del mercado de títulos y valores. Aunque la Convención no lo aborda específicamente, además de tipificar el delito de malversación, debería alentarse a los Estados parte a establecer incentivos a las buenas prácticas con miras a mantener controles efectivos para la prevención y detección de la malversación o peculado.

4. Blanqueo del producto del delito

La corrupción y el blanqueo de dinero están íntimamente ligados, dado que el blanqueo de dinero es un método común para convertir fondos ilícitos obtenidos por medios corruptos en fondos para uso personal. Esta estrecha vinculación se refleja en el requisito del artículo 23 de que los Estados parte adopten medidas apropiadas para tipificar como delito el blanqueo de dinero, así como en otra disposición contenida en el artículo 14 conforme a la cual deben establecer “un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión” de las instituciones financieras. Las sanciones e incentivos pueden utilizarse para alentar a las instituciones financieras y de otra índole a prestar intensa capacitación a su personal y adoptar prácticas de prevención del blanqueo de dinero.

5. Encubrimiento

El artículo 24 aborda el problema conexo de la utilización o recepción por otra persona del producto de la corrupción y requiere que los Estados parte consideren la posibilidad de tipificar como delito específico el encubrimiento de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de una violación de la Convención.

El encubrimiento es un delito tipificado en muchas jurisdicciones y comúnmente asociado a la ocultación intencional y fraudulenta de activos a los acreedores en procedimientos de quiebra u otros procedimientos legales. En el contexto de la corrupción, el delito abarcaría la recepción por una institución financiera de fondos de clientes a sabiendas de que son producto de actos corruptos. En este ejemplo, la institución no tiene que haber participado directamente en el acto corrupto, y con arreglo a algunas leyes nacionales ese conocimiento puede ser de carácter constructivo y no necesariamente efectivo.

6. Obstrucción de la justicia

La obstrucción de la justicia se refiere por lo general a la interferencia, mediante palabras o actos, en el debido funcionamiento de un tribunal o el desempeño de los funcionarios de un tribunal. El artículo 25 hace especial hincapié en palabras o actos que obstaculicen la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en relación con la comisión de un delito de corrupción, o el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley.

Este artículo, así como otros relativos a la protección de los denunciantes y testigos, reconoce que la integridad del sistema judicial depende de que los participantes actúen con honestidad y sin

temor a represalias. La amenaza a un juez o investigador, la tentativa de sobornar o silenciar a un testigo o la incitación a destruir pruebas son ejemplos de obstrucción indebida. En el caso de empresas, esta incluye asimismo la intimidación o el castigo de los denunciantes.

B. Disposiciones relativas al sector privado

La Convención contra la Corrupción contiene otro conjunto de disposiciones en las que se pide a los Estados parte que adopten o consideren la posibilidad de adoptar medidas para promover la integridad empresarial y la denuncia de la corrupción. La obligación central, enunciada en el artículo 12, consiste en adoptar medidas apropiadas para prevenir la corrupción en el sector privado. Otras disposiciones guardan relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, el mejoramiento de las normas contables y de auditoría, las consecuencias en caso de incumplimiento, el fomento de las prácticas de prevención, la protección de los denunciantes y la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley.

1. Sector privado

El artículo 12 establece un marco básico para combatir la corrupción en el sector privado. Requiere que los Estados parte adopten medidas apropiadas para: *a)* prevenir la corrupción; *b)* mejorar las normas contables y de auditoría; y *c)* prevenir sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

El mejoramiento de las normas contables y de auditoría y las sanciones en caso de incumplimiento son medios de lograr el objetivo principal de reducir la corrupción en el sector privado. El mejoramiento de las normas permite lograr una mayor transparencia, aclarar las operaciones comerciales de una empresa, fortalecer la confianza pública en sus estados financieros y en general ayudar a prevenir y detectar los comportamientos indebidos. Las sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas” hacen que las empresas tomen en serio las normas y proporcionan un entorno económico equitativo para los competidores íntegros. Otras disposiciones prohíben las prácticas más comunes relacionadas con la corrupción, como las cuentas no registradas en libros y la utilización de documentos falsos, y requieren que los Estados denieguen la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno.

El artículo 12 contiene además una lista de medidas recomendadas. Estas medidas, y sus ventajas, son las siguientes:

- *Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas.* Muy a menudo, las empresas privadas están en condiciones óptimas de detectar la corrupción y, mediante la cooperación y la denuncia, pueden contribuir a los esfuerzos de prevención y detección.
- *Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas.* Las organizaciones, cualquiera que sea su tamaño y complejidad, deben disponer de sistemas y controles para prevenir la corrupción. Existen modelos apropiados para ello y los Estados pueden promover su adopción mediante la asistencia técnica, los incentivos a las buenas prácticas y otros medios.
- *Promover la transparencia en el sector privado.* Como en otras esferas de la responsabilidad social de las empresas, cabe alentar al sector empresarial a que divulgue sus esfuerzos para combatir la corrupción. Las prácticas razonables destinadas a fomentar la transparencia contribuyen a centrar la atención y los recursos institucionales y a fortalecer la confianza pública en la integridad de las operaciones comerciales de las empresas.
- *Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias.* Esta disposición reconoce que las entidades privadas a veces son víctimas de extorsión por parte de funcionarios corruptos, así como sobornadores activos, y alienta a los Estados a que adopten

medidas apropiadas para reducir los riesgos de corrupción en determinadas esferas comprobablemente vulnerables.

- *Prevenir los conflictos de intereses relacionados con ex funcionarios públicos.* Las medidas a este respecto están destinadas a prevenir la llamada “puerta giratoria” entre el gobierno y el sector privado mediante el establecimiento de un período razonable durante el cual se prohíbe a los ex funcionarios públicos que realicen determinadas actividades en nombre de un empleador del sector privado. Estas restricciones, que algunos Estados también aplican a la transición del sector privado al gobierno, tienen por objeto prevenir los conflictos de intereses reales o supuestos.
- *Velar por que las empresas privadas dispongan de suficientes controles contables.* Los controles contables son un elemento clave de todo programa de cumplimiento y sirven para prevenir, detectar y corregir las prácticas corruptas y otras prácticas ilícitas. Constituyen un requisito básico para las empresas admitidas a cotizar en bolsa. La aplicación de prácticas de control contable menos formales y extensas también puede beneficiar a las empresas más pequeñas y puede fomentarse mediante la formulación de normas, la asistencia técnica y los incentivos de cumplimiento específico.

2. Responsabilidad de las personas jurídicas

El artículo 26 contiene una innovación importante al requerir que los Estados parte hagan extensivas a las “personas jurídicas”, es decir, a las empresas del sector privado, las obligaciones impuestas por la Convención. Esta responsabilidad puede ser de índole penal, civil o administrativa, en consonancia con los principios jurídicos del Estado, siempre y cuando las sanciones resultantes sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas”. Esta disposición no excluye la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

La razón de hacer extensiva la responsabilidad a las empresas privadas es dual. En primer lugar, en una economía cada vez más compleja y globalizada, a menudo resulta difícil identificar o enjuiciar a los autores de un delito. Los procesos de adopción de decisiones se realizan en múltiples niveles de una organización, por conducto de complejas estructuras empresariales. También es posible que los infractores vivan en otro Estado y que el producto de un acto corrupto beneficie a la empresa y no a una determinada persona. Esto es muy común en casos de soborno relacionados con empresas multinacionales. En segundo lugar, la extensión de la responsabilidad a la entidad jurídica —así como a las personas culpables— puede tener un efecto disuasivo considerable y motivar a los directores de la empresa a considerar el cumplimiento una prioridad y a hacer inversiones en programas de prevención eficaces.

3. Protección de los denunciantes

La protección de las personas que informan de un acto corrupto —lo que se conoce generalmente como “protección de los denunciantes”— es especialmente importante para la prevención y detección del soborno y otras formas de corrupción en el sector privado. Los delitos de corrupción suelen ser actos encubiertos y entrañan acciones complejas que no son fáciles de presenciar y documentar por los que no participan en ellas sin la ayuda de un intermediario con información privilegiada. La denuncia pasa a ser menos probable cuando las personas que tienen información sobre una posible infracción temen represalias si la exponen públicamente. Esto también puede ser un problema para las empresas que detectan la comisión de actos corruptos por parte de un competidor o funcionario público.

En consecuencia, el artículo 33 requiere que los Estados consideren la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno “medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la Convención”. La importancia crítica de estas salvaguardias —y la obligación conexas de los Estados, contenida en el artículo 32, de proteger a los testigos y peritos que presten testimonio y a las víctimas de la corrupción— se ha examinado más detalladamente en otros documentos que contienen orientación sobre la aplicación de la Convención.

La protección de los denunciantes reviste dos aspectos principales. En primer lugar, se alienta a los Estados parte a que incorporen en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas de protección de los denunciantes. Estas medidas legales, que ya son de rutina, suelen centrar la atención en el riesgo de represalias por parte de un empleador o de los demás empleados por denunciar presuntas infracciones de la ley. Dichas medidas surten más efecto cuando son de carácter amplio, teniendo en cuenta la importancia capital de la denuncia por personas con acceso a información privilegiada para el logro de una aplicación efectiva y para la protección de los intereses sociales más generales que promueve la Convención. En segundo lugar, las empresas deberían establecer canales de comunicación confidencial que permitan a sus empleados y a otras personas informar de sus sospechas. Como es el caso de los gobiernos, esas vías de comunicación son una fuente primordial de información para los gerentes de una organización encargados de prevenir y detectar el soborno u otras conductas impropias. Los canales confidenciales para presentar denuncias han pasado a ser un elemento básico de los programas anticorrupción de las empresas y se promueven mediante diversos incentivos de indulgencia y mandatos legales.

4. Consecuencias de los actos de corrupción

En el sector privado, los actos de corrupción se cometen en general para obtener o incrementar un beneficio económico. Pueden propiciar las oportunidades comerciales, crear condiciones contractuales más favorables, ayudar a conseguir medidas administrativas convenientes, como concesiones o decisiones de contratación, o potenciar los intereses comerciales de una empresa. En el artículo 34 se reconoce que las sanciones monetarias no siempre son suficientes para eliminar los beneficios económicos de los actos de corrupción y se insta a los Estados a que adopten otras medidas para velar por que la corrupción no sea rentable.

El artículo 34 prevé una obligación general de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, dejando a discreción de los Estados parte la determinación de las consecuencias específicas que han de eliminarse. Dado que los propios Estados pueden ser víctimas de corrupción, se les alienta, en circunstancias apropiadas, a anular o dejar sin efecto los contratos que puedan suscitar sospechas de corrupción, a revocar una concesión o adoptar cualquier otra medida correctiva. Entre esas otras medidas que podrían considerarse se incluyen el retiro de subsidios o de apoyo financiero, o la prohibición de participar en licitaciones durante un determinado período.

5. Indemnización por daños y perjuicios

Por su parte, el artículo 35 requiere que los Estados parte adopten las medidas que sean necesarias para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización. Esos procedimientos, que pueden revestir la forma de una acción privada o un juicio penal, permiten a las víctimas exigir indemnización como parte de un proceso penal o sobre otra base legal prevista en el ordenamiento jurídico interno del Estado.

Las acciones privadas son ampliamente conocidas por muchos Estados en el contexto del derecho antimonopolio o de competencia, en el que las acciones privadas se utilizan para indemnizar a las víctimas y a la vez contribuir al objetivo gubernamental de hacer cumplir la ley. El requisito del artículo 35 también puede satisfacerse mediante disposiciones legales generales que prevean un canal para las demandas de indemnización, por ejemplo, leyes sobre “competencia desleal” que autoricen a los competidores perjudicados por actos corruptos a exigir daños y perjuicios por lucro cesante. Otras disposiciones de la Convención contra la Corrupción también prevén la recuperación por los Estados de activos robados.

6. Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

El artículo 37 prevé incentivos como la mitigación de la pena a fin de alentar a los autores de un delito a denunciar las infracciones y a cooperar de cualquier otra forma en la investigación.

Como se ha señalado, los actos corruptos suelen realizarse en secreto y pueden no ser detectados sin la cooperación de un autor o testigo del delito. La Convención reconoce que es necesario

disponer de medios prácticos para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos a que proporcionen información a las autoridades competentes y que esto a veces conlleva un precio, como la mitigación de la pena o la concesión de inmunidad de enjuiciamiento. Estos incentivos contribuyen a promover el objetivo más general de la Convención de privar a los infractores del producto del delito, así como a recuperar ese producto.

7. Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado

La Convención reconoce que los particulares y las organizaciones del sector privado tienen un interés común en combatir la corrupción, así como conocimientos y experiencia que pueden ayudar a los organismos encargados de hacer cumplir la ley a detectar y enjuiciar a los autores de delitos. En consecuencia, el artículo 39 requiere que los Estados alienten la cooperación con las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras que estén en condiciones de detectar irregularidades financieras que puedan ser indicios de corrupción. A tal fin, los Estados parte deberían cerciorarse de que las entidades del sector privado comprenden el interés y el papel que tienen los Estados en el apoyo a la Convención, la cooperación con el sector privado en la formulación de normas de regulación y cumplimiento, la garantía razonable de confidencialidad y protección contra acciones civiles y demandas de indemnización por daños y perjuicios que proporcionan a dichas entidades y la búsqueda de otros medios para fomentar ese compromiso de cooperación.

Referencias

- Banco Mundial, “Press Release No. 2009/001”, (2009).
- Banco Mundial, “Press Release No. 129/2007/INT” (2007) disponible en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:21116129~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html>.
- Banco Mundial, “Press Release” (15 de agosto de 2012), disponible en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:22234573~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>.
- Cámara de Comercio Internacional, Transparency International, Pacto Mundial de las Naciones Unidas e Iniciativa Alianza contra la Corrupción del Foro Económico Mundial, “Clean Business is Good Business: The Business Case against Corruption”.
- Foro Económico Mundial, “Partnering against Corruption Initiative (PACI) Principles” (2004).
- Fondo Monetario Internacional, informe correspondiente a 2000.
- Gómez I., y Arteaga, J., “The Private Sector’s Role in Reforming Public Procurement: The Case of Colombia”, disponible en <http://www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/041509.pdf>.
- Gupta *et al.*, “Corruption and the Provision of Health Care and Education Services”, Governance, Corruption & Economic Performance, Fondo Monetario Internacional (2002).
- Humboldt-Viadrina School of Governance, “Motivating Business to Counter Corruption - A Global Survey on Anti-corruption Incentives and Sanctions” (2012), disponible en www.humboldt-viadrina.org/anti-corruption.
- Humboldt-Viadrina School of Governance, “Motivating Business to Counter Corruption - A Practitioner Handbook on Anti-Corruption Incentives and Sanctions” (2013).
- OCDE, “CleanGovBiz: Integrity in Practice” (2013).
- OCDE, “OECD Principles of Good Governance”, disponible en <http://www.oecd.org/corporate/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>.
- OCDE, “Methodology for Assessing Implementation of the OECD Principles on Corporate Governance” (2006).
- OCDE-StAR, “Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery” (2012), disponible en <http://star.worldbank.org/star/publication/identification-and-quantification-proceeds-bribery>.
- Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito, “Global Dynamics of Corruption, The Role of the United Nations Helping Member States Build Integrity to Curb Corruption”, (2002).
- Pacto Mundial de las Naciones Unidas, “Fighting Corruption in the Supply Chain: A Guide for Customers and Suppliers” (2010) disponible en http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/Fighting_Corruption_Supply_Chain.pdf.
- Pacto Mundial de las Naciones Unidas, “Reporting Guidance on the 10th Principle Against Corruption” (2009), disponible en http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/UNGC_AntiCorruptionReporting.pdf.
- Revenue Watch y Transparency International, “Promoting Revenue Transparency: 2011 Report on Oil and Gas Companies”, (resumen en español: “Promover la transparencia en los ingresos: Informe 2011 sobre las compañías de petróleo y gas”) disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/promoting_revenue_transparency_2011_report_on_oil_and_gas_companie.
- Siemens AG, “Siemens Anti-Corruption Compliance Guide”, disponible en http://w3.siemens.no/home/no/no/omsiemens/Documents/sc_upload_file_antikorruption_handbook.pdf.
- Transparencia Mexicana, “A New Role for Citizens in Public Procurement” (2011), disponible en <http://corruptionresearchnetwork.org/marketplace/resources/C-M%20SERIES%20-%20A%20new%20Role%20for%20Citizens%20in%20Public%20Procurement.pdf>.

- Transparency International, “Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno”, (2002).
- Transparency International, “Country Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention 2012”, disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/exporting_corruption_country_enforcement_of_the_oecd_anti_bribery_convention.
- Transparency International, “Export Credit Agency Anti-Bribery Practices, 2010” (2010).
- Transparency International, “Enseñar Ética a los Jóvenes”, disponible en http://archive.transparency.org/tools/e_toolkit/corruption_fighters_tool_kit_special_edition_2004/spanish_espanol.
- Transparency International, “Transparency in Corporate reporting: Assessing the World’s Largest Companies” (resumen en español: “Transparencia en la información difundida por las empresas: análisis de compañías multinacionales de mercados emergentes” disponible en http://www.transparency.org/whatwedo/pub/transparency_in_corporate_reporting_assessing_the_worlds_largest_companies).
- Transparency International USA, “Civil Society Procurement Monitoring Tool”, disponible en <http://monitoring.transparency-usa.org>.
- United Kingdom Ministry of Justice, Bribery Act 2010 Guidance (2012), disponible en <https://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>.
- United States Agency for International Development y Center for International Private Enterprise, “Improving Regulation to Reduce Corruption: The Role of The Russian Business Community”, disponible en http://www.cipe.org/sites/default/files/publication-docs/saratov_MethodologyEng2.pdf.
- United States Department of Justice, “A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act” (2012), disponible en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/>.
- United States Department of Justice, “Justice Department Celebrates 25th Anniversary of False Claims Act Amendments of 1986: Considered Single Most Important Tool US Taxpayers Have to Recover Funds Lost Due to Fraud Against the Government” (2012), disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-ag-142.html>.
- United States Securities and Exchange Commission, “Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934”, Release No. 34-64545 (12 de agosto de 2011), disponible en <http://www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf>.
- United States Sentencing Commission, US Sentencing Guidelines Manual §8B 2.1. (2012) disponible en http://www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/index.cfm.
- UNODC, “Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, (2006) disponible en http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf.
- UNODC, “Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, (2009) disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/technical-guide.html>.
- UNODC, “Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica” (2013) (en su forma abreviada, “Programa anticorrupción”).
- Wall Street Reform and Consumer Protection Act (the Dodd-Frank Act), Pub. Law No. 111:203 (2011).



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org