

LA DETECCIÓN DEL COHECHO INTERNACIONAL



La Detección del Cohecho Internacional



Por favor, cite esta publicación de la siguiente manera:

OCDE (2017), *La Detección del Cohecho Internacional*, Ediciones OCDE, París.
www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de la OCDE o el de sus países miembros, ni el de la Unión Europea (UE).

Tanto este documento como cualquier mapa que se incluya en él no conllevan perjuicio alguno respecto al estatus o la soberanía de cualquier territorio, a la delimitación de fronteras y límites internacionales, ni al nombre de cualquier territorio, ciudad o área.

Prefacio

La *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* de la OCDE (en adelante, «Convenio Anticohecho OCDE») afirma que «[el cohecho] suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales». Veinte años después de su adopción, dicha afirmación sigue siendo válida y resuena hoy aún con más fuerza. Si bien el número de investigaciones y enjuiciamientos va en aumento año tras año, la mitad de un total de 43 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* no ha adoptado o implementado aún un plan de medidas coercitivas contra el cohecho internacional. Con el fin de mejorar la eficacia de las sanciones aplicables a los delitos de cohecho internacional, el primer paso –y reto, a la vez– consiste en detectar todo acto o conducta delictivos de esta índole.

Este trabajo analiza las «principales» fuentes de detección que han (o podrían haber) motivado la apertura de investigaciones ante posibles delitos de cohecho internacional, fuentes que engloban desde organismos públicos a instituciones y agentes del sector privado a nivel tanto nacional como internacional. En algunos casos, los propios instrumentos de lucha contra el cohecho y la corrupción de la OCDE identifican y se remiten expresamente a estos órganos en cuanto tienen encomendada la importante labor y responsabilidad fundamental de prevenir y detectar posibles casos de cohecho internacional. En otros casos, el papel desempeñado por dichos agentes en la detección del cohecho internacional se remonta a los últimos 20 años, fruto de la aplicación del referido *Convenio Anticohecho OCDE* desde que fuera adoptado.

El presente informe, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (en lo sucesivo, «GTC») de la OCDE con el fin de intercambiar experiencias y buenas prácticas y, en términos más generales, para promover todo esfuerzo encaminado a detectar con mayor facilidad la comisión de delitos de cohecho de funcionarios y empleados públicos extranjeros, se basa en la información extraída de los informes de seguimiento por países realizados por el GTC sobre la aplicación del *Convenio Anticohecho OCDE*, al tiempo que incorpora comentarios y aportaciones de expertos en los ámbitos específicos que son objeto de análisis.

Este trabajo resulta de utilidad para profesionales y especialistas en la materia, legisladores, responsables políticos, agentes del sector privado y de la sociedad civil en la medida en que les ofrece información práctica sobre los métodos realmente eficaces para detectar casos de cohecho internacional y garantizar su denuncia ante las autoridades competentes, a cuyo fin se incluyen estudios de caso concretos que ejemplifican cómo determinadas fuentes han detectado casos de cohecho internacional en la práctica, y apunta a las diversas formas de incorporar dichos métodos o de introducir mejoras para aumentar su potencial y perfeccionar sus capacidades de detección.

Agradecimientos

El presente informe, fruto del trabajo de la División Anticorrupción de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE, ha sido elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales (GTC) de la Organización. La coordinación y redacción general del informe han estado a cargo de France Chain, siendo además algunos capítulos obra de Leah Ambler, Catherine Marty, Lise Nee y Simone Rivabella.

Los autores desean expresar su reconocimiento a todos los expertos asesores de distintos países por su contribución sustantiva a la redacción de los diversos capítulos, entre ellos: Tom Sharp, Sección de Reforma del Derecho Penal, Departamento del Fiscal General (Australia); Vladimir Aras, Fiscalía General, y Georgia Diogo, Unidad de Cooperación Internacional del Ministerio Público brasileño (Brasil); Cyprien Scherrer, Jefe de la Unidad de Análisis Estratégico, Unidad de Inteligencia Financiera francesa, TRACFIN (Francia); Ministerio Federal de Economía y Energía, bajo la coordinación del Sr. Felix Burkhart, y contribución del Ministerio Federal de Finanzas y diversos organismos de los Estados federados (Alemania); Yitzchak Blum, Director Adjunto del Departamento de Asuntos Internacionales, Fiscalía General del Estado (Israel); Lorenzo Salazar, Fiscal General Suplente, Nápoles (Italia); Albert Jan Kwakman y Peter Van Leusden, Servicio neerlandés de Inteligencia e Inspecciones Tributarias (Países Bajos); Alf Johansson, Fiscal General (Suecia); Stiliano Ordolli, Jefe de la Oficina suiza de Comunicación y Denuncia del Blanqueo de Capitales, MROS (Suiza); Laura Conway, Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves, SFO (Reino Unido); Andrew Gentin, Departamento de Justicia estadounidense, DOJ, y personal de la Comisión de Bolsa y Valores, SEC (Estados Unidos).

La elaboración del presente informe ha sido posible también gracias a los conocimientos y experiencias aportados por diferentes socios y colaboradores, a saber: el Comité Consultivo Empresarial e Industrial (CCEI) de la OCDE; Jane Ellis, de la Asociación Internacional de Abogados (AIA); Spencer Wilson, de la División de Asuntos Públicos y Relaciones con los Medios de Comunicación, Dirección de Asuntos Públicos y Comunicaciones de la OCDE; Melissa Dejong, de la División de Cooperación Internacional y Administración Tributaria, Centro de Política y Administración Tributarias de la OCDE; Transparencia Internacional (TI) Reino Unido; la Federación Internacional de Contables (FIC); la Secretaría del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), bajo la supervisión de John Carlson; Amanda Sporre, de la División de Alianzas y Políticas Mundiales, Dirección de Cooperación para el Desarrollo de la OCDE; Julian Paisey, de la División de Créditos a la Exportación, Dirección de Comercio y Agricultura de la OCDE; Antonio Capobianco, de la División de Competencia, Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE; Mamta Kaushal, de la Vicepresidencia de Integridad Institucional (INT) del Banco Mundial, y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

Adicionalmente, los autores desean trasladar su más sincero agradecimiento al Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (CIPI), al Proyecto de Información y Denuncia contra el Crimen Organizado y la Corrupción (OCCRP, por sus

siglas en inglés) y a la Red Global de Periodismo de Investigación (RGPI) por distribuir entre sus miembros el Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación. Por su parte, la Secretaría entrevistó también a tres periodistas, entrevistas que sirven de base y en las que se inspiran algunos de los estudios de caso incluidos en el capítulo correspondiente.

Table of contents

Prefacio	3
Agradecimientos	4
Introducción	11
Capítulo 1 Denuncias internas voluntarias	17
Introducción	17
1. Definición de «denuncia interna voluntaria»	17
2. Enfoques respecto del papel de las <i>denuncias internas voluntarias</i> en los casos de cohecho internacional.....	18
3. Claves para incentivar la presentación de <i>denuncias internas voluntarias</i>	28
4. Otros factores que pueden llevar a las empresas a presentar una <i>denuncia interna voluntaria</i> ...34	
Conclusión	36
Capítulo 2 Denunciantes y mecanismos de protección de denunciantes	37
Introducción	37
1. Cómo incitar a los denunciantes a informar de presuntos casos de cohecho internacional a las autoridades competentes	38
2. Qué medidas permiten proteger mejor a los denunciantes frente a las represalias	49
Conclusión	58
Capítulo 3 Confidentes y testigos colaboradores	59
Introducción	59
1. Definiciones y clases de confidentes y testigos colaboradores	61
2. Ventajas para las autoridades competentes de contar con testigos colaboradores y confidentes ante delitos de cohecho internacional	62
3. Dificultades que plantea la utilización de testigos colaboradores y confidentes	65
4. Sistema de incentivos para confidentes y testigos colaboradores en los casos de cohecho internacional.....	68
Conclusión	70
Capítulo 4 Medios de comunicación y periodismo de investigación	71
Introducción	71
1. Freedom of the press – a pre-condition to reporting on corruption	73
2. Whistleblowers and protection of sources	74
3. Libertad de información y «datos abiertos» (open data).....	78
4. La verdadera interacción práctica entre periodistas y autoridades competentes.....	79
5. Cómo detectar los casos de cohecho internacional denunciados por los medios.....	82
Conclusión	84
Capítulo 5 Administraciones tributarias	87
Introducción	87

1	El papel de las administraciones tributarias	88
2.	Fomento de la detección	90
3.	Detección del cohecho internacional en la práctica	98
	Conclusión	103
Capítulo 6 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)		105
	Introducción	105
1.	El papel de las UIF.....	108
2.	Qué delitos se pueden detectar	109
3.	A manos de quién y cómo tiene lugar la detección.....	113
4.	Fomento de la detección	116
5.	The need for national multi-agency cooperation	120
6.	La función primordial de la cooperación internacional	123
	Conclusión	125
Capítulo 7 Otros organismos públicos		127
	Introducción	127
1.	Representaciones en el extranjero.....	128
2.	Agencias de crédito a la exportación	134
3.	Proveedores de ayuda oficial al desarrollo (AOD)	143
4.	Autoridades de defensa de la competencia	151
	Conclusión	157
Capítulo 8 Procedimientos penales y otras actuaciones legales		159
	Introducción	159
1.	Detección en el marco de un procedimiento penal	159
2.	Detección en el marco de un procedimiento civil.....	163
3.	Detección en el marco de un procedimiento arbitral	164
	Conclusión	168
Capítulo 9 Cooperación internacional		169
	Introducción	169
1.	Necesidad de contar con unas autoridades centrales eficientes y diligentes.....	170
2.	Cómo detectar el cohecho internacional	171
3.	Remisión de casos por las organizaciones internacionales	174
4.	Detección por medio de la cooperación internacional en casos multijurisdiccionales	178
	Conclusión	180
Capítulo 10 Asesores expertos.....		183
	Introducción	183
1.	Audidores y contables.....	184
2.	Abogados y otros profesionales independientes del Derecho.....	190
	Conclusión	195
Referencias bibliográficas.....		197
Cuadros		
	Cuadro 1. Estudio de caso del Reino Unido: SFO vs. ICBC SB PLC (2015)	21
	Cuadro 2. Estudio de caso de los Países Bajos: SBM Offshore (2014).....	22
	Cuadro 3. Estudio de caso de Noruega: <i>El caso de la naviera noruega</i> (2014)	23

Cuadro 4. Estudio de caso de Estados Unidos: <i>Estados Unidos vs. Bizjet International Sales and Support, Inc.</i> (2012)	26
Cuadro 5. Estudio de caso de Canadá: <i>Griffiths Energy International Inc.</i> (2013)	31
Cuadro 6. Estudio de caso de Estados Unidos: <i>Caso Mikerin</i> (2015)	37
Cuadro 7. Estudio de caso de Estados Unidos: <i>International Game Technology, IGT</i> (2016).....	55
Cuadro 8. Estudio de caso de Estados Unidos: <i>Wadler vs. Bio-Rad Laboratories, Inc.</i> (2017).....	57
Cuadro 9. Estudios de caso de Estados Unidos: <i>Casos Alstom</i> (2014) y <i>Haiti Teleco</i> (2011)	60
Cuadro 10. Entrevista a Paolo Biondani, L'Espresso (Italia)	82
Cuadro 11. Estudio de caso de Canadá: <i>Niko Resources</i> (2011)	83
Cuadro 12. Estudio de caso de los Países Bajos, Suecia y Estados Unidos: «Misión: Investigar», <i>TeliaSonera y VimpelCom</i> (2016)	83
Cuadro 12. Estudio de caso de los Países Bajos, Suecia y Estados Unidos: «Misión: Investigar», <i>TeliaSonera y VimpelCom</i> (2016) (continuación)	84
Cuadro 13. Modelos organizativos de administraciones tributarias para luchar contra los delitos fiscales en los países firmantes del <i>Convenio Anticohecho OCDE</i>	88
Cuadro 14. Cómo puede ayudar el intercambio automático de información entre administraciones tributarias a detectar el cohecho internacional en un futuro	95
Cuadro 15. Estudio de caso de Alemania: <i>El caso del intermediario</i>	101
Cuadro 16. Modelos organizativos de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)	109
Cuadro 17. Obligaciones y requisitos útiles para detectar el cohecho previstos en las <i>Recomendaciones del GAFI</i>	110
Cuadro 18. Definición de «persona políticamente expuesta» (PPE)	113
Cuadro 19. Estudio de caso de Bélgica: <i>El caso de la empresa de electrónica</i>	114
Cuadro 20. Estudios de caso de Suiza: <i>El papel decisivo de los medios de comunicación en la detección de casos de corrupción</i>	115
Cuadro 21. Estudio de caso de Canadá: <i>La labor de asistencia de las UIF a los investigadores en su lucha contra la corrupción</i>	120
Cuadro 22. Estudio de caso de Estados Unidos: <i>VimpelCom</i> (2016)	121
Cuadro 23. Estudio de caso del Reino Unido: <i>El caso Messent</i> (2010).....	132
Cuadro 24. Estudio de caso relativo a Reino Unido, Francia y Alemania: <i>El caso Airbus</i> (abierto) .	138
Cuadro 25. Indicadores de alerta detectados por la SIDA	148
Cuadro 26. Estudios de caso de Estados Unidos: <i>Casos Marine Hose</i> (2011) y <i>Kellogg Brown & Root LLC</i> (2009).....	154
Cuadro 27. Indicadores de posibles vulneraciones de las legislaciones reguladoras del cohecho internacional o de defensa de la competencia	155
Cuadro 28. Estudios de caso de Brasil: Casos <i>Petrobras</i> (2015) y <i>Metro de São Paulo</i> (abierto)	156
Cuadro 29. Estudios de caso de Italia: Casos <i>Impregilo</i> (abierto) y <i>Agusta Westland</i> (2014)	161
Cuadro 30. Estudio de caso de Japón: <i>Caso Futaba</i> (2013)	162
Cuadro 31. Estudio de caso de Canadá: <i>Hydro Kleen</i> (2005)	164
Cuadro 32. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Banco Mundial)	165
Cuadro 33. Estudio de caso del CIADI: <i>World Duty Free Company Limited vs.</i> <i>República de Kenia</i> (ARB/00/7, 2006)	167
Cuadro 34. Estudio de caso del CIADI: <i>Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán</i> (ARB/10/3, 2013)	167
Cuadro 35. Estudio de caso de Suecia: <i>OMPI</i> (2016).....	171
Cuadro 36. Estudios de caso relativo a Suiza y Estados Unidos: <i>Alstom Indonesia,</i> <i>Egipto, Arabia Saudí y Bahamas</i> (2015).....	172
Cuadro 37. Estudio de caso de Israel: <i>Caso de Europa del Este</i> (abierto)	174
Cuadro 38. Estudio de caso del Reino Unido: <i>Macmillan Limited</i> (2011)	175

Cuadro 39. Estudio de caso de Noruega: <i>Norconsult Tanzania</i> (2012).....	176
Cuadro 40. Estudio de caso de Bélgica: <i>Subvenciones a los cereales en la UE</i> (2013)	178
Cuadro 41. Estudio de caso relativo a Brasil, Suiza y Estados Unidos: <i>Odebrecht S.A.</i> (2016)	178
Cuadro 42. Normas de la OCDE relativas a la detección y denuncia por auditores y contables.....	184
Cuadro 43. Estudio de caso de Colombia: <i>Ecopetrol S.A.</i> (2010)	187
Cuadro 44. Cómo la dimisión pública de un auditor externo puede dar origen a una investigación: <i>Caso Addax Petroleum</i> (Suiza, 2017)	189
Cuadro 45. Estudio de caso de los Países Bajos: <i>KPMG y Ballast Nedam</i> (2013).....	190
Cuadro 46. Estudios de caso de Estados Unidos: <i>Tesler y KBR Empresa Conjunta</i> (2012).....	191

Gráficos

Gráfico 1. Fuentes de detección de casos de cohecho internacional (1999-2017)	13
Gráfico 2. Casos de cohecho descubiertos gracias a denuncias internas voluntarias	29
Gráfico 3. Estados firmantes del <i>Convenio Anticohecho</i> en la Clasificación mundial de la libertad de prensa 2017	72
Gráfico 4. Primeras fuentes de información de periodistas que denuncian casos de corrupción	76
Gráfico 5. Principales obstáculos a la investigación y denuncia de la corrupción	79
Gráfico 6. Factores que llevaron a los periodistas a informar a las autoridades	80
Gráfico 7. Obligaciones en materia de información aplicables a los funcionarios de las administraciones tributarias de 43 países firmantes del <i>Convenio Anticohecho OCDE</i>	92

Tablas

Tabla 1. Casos de cohecho internacional detectados por las UIF	111
--	-----

Introducción

La detección del delito es el primer paso –y reto, a la vez– para la aplicación efectiva de la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* de la OCDE (en adelante, «Convenio Anticohecho OCDE»). Cuando el ilícito en cuestión es un delito de cohecho internacional, la dificultad puede ser aún mayor debido a que ni el *sobornador* (emisor de pagos por cohecho) ni el *sobornado* (perceptor de pagos por cohecho) tienen interés alguno en que el acto constitutivo de delito salga a la luz. A diferencia de lo que ocurre en otros muchos delitos, rara vez hay una víctima directa, bien individualizada, que esté dispuesta a denunciar los hechos y, aun cuando haya testigos de la comisión de delitos de cohecho internacional, puede que éstos no sean plenamente conscientes o no siempre adviertan el delito que se está perpetrando ante sus ojos, o puede que ni siquiera tengan conocimiento de la importancia o de la existencia de diversos canales de denuncia. En consecuencia, las autoridades competentes se enfrentan, necesariamente, al importante desafío de descubrir, investigar y enjuiciar un delito que, al parecer, nadie tiene interés en desvelar.

No obstante, es un hecho que las condenas por delitos de cohecho internacional han aumentado considerablemente en los últimos 18 años, con posterioridad a la entrada en vigor del *Convenio Anticohecho OCDE*. Los datos disponibles sobre el número de condenas en 2016 por delitos de cohecho internacional indican que fueron 443 las personas físicas y 158 las personas jurídicas o entidades sancionadas como resultado de las actuaciones judiciales iniciadas y los procesos penales incoados por delitos de cohecho internacional en 19 Estados firmantes desde que entrase en vigor, en febrero de 1999, el referido *Convenio Anticohecho OCDE* hasta finales de 2016. Una cifra aún más sorprendente, si cabe, es la que refleja el reciente aumento en el número de investigaciones actualmente en curso por presuntos delitos de cohecho internacional, ya que se están llevando a cabo más de 500 investigaciones a este respecto en 29 Estados firmantes, o lo que es lo mismo, unas 100 investigaciones más respecto de 2015 (OCDE, 2017a), lo que permite detectar –de hecho, se detectan– cada vez más delitos de cohecho internacional, al menos en ciertos países o por medio de determinadas fuentes.

Sobre la base de estas experiencias positivas, si bien plenamente consciente del reto permanente que supone la detección de los delitos de cohecho internacional para las autoridades competentes, el Grupo de Trabajo sobre Cohecho (GTC) de la OCDE, que reúne a los 43 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*¹, se ha propuesto analizar cómo se llega a detectar o se puede mejorar la forma en que se detecta este tipo de delitos en los diferentes sectores objeto de estudio. Con motivo de la fase de control y

¹ Entre los 43 Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* se encuentran los 35 países miembros de la OCDE y Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Lituania, Rusia y Sudáfrica.

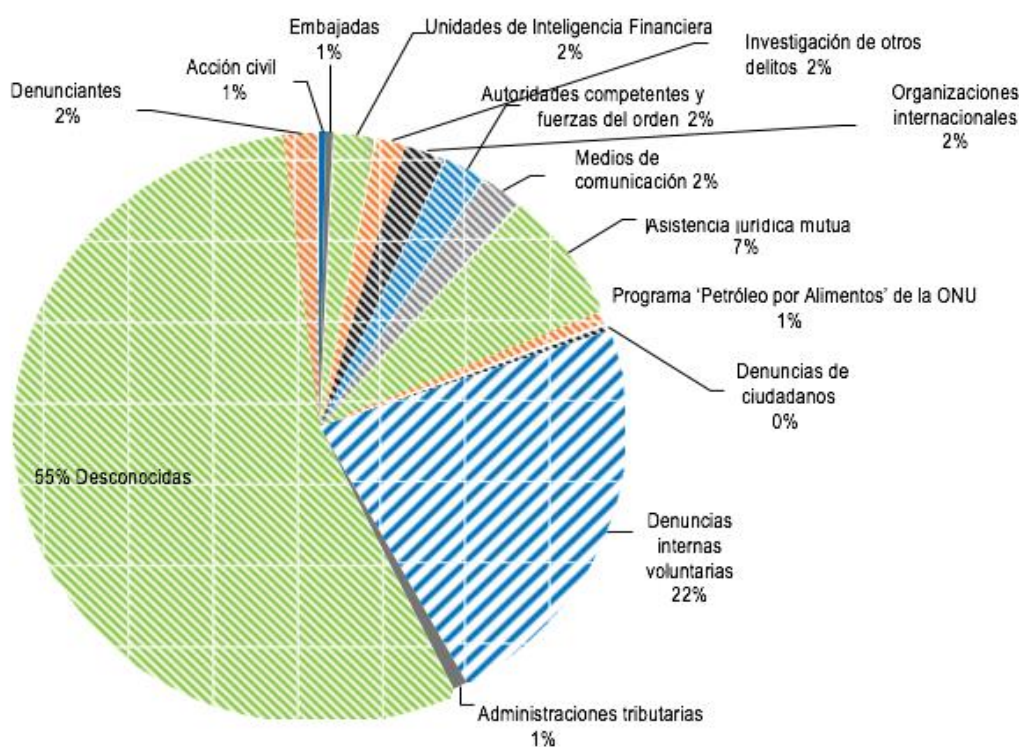
seguimiento de la aplicación del *Convenio Anticohecho OCDE* en los países firmantes, el GTC ha recabado abundante información sobre los marcos institucionales vigentes en los 43 Estados que han suscrito, hasta la fecha, el referido instrumento y a los que se remite este trabajo, junto con los estudios de caso específicos, con el fin de examinar las buenas prácticas implementadas en diversos sectores y países que han permitido detectar delitos de cohecho internacional y, en consecuencia, de intercambiarlas, de mejorar la capacidad de los distintos países para detectar dichos delitos y, en definitiva, de intensificar los esfuerzos por combatir el cohecho internacional.

Objeto de estudio y metodología

El presente informe analiza las principales fuentes de detección de los delitos de cohecho internacional, es decir, el papel que pueden desempeñar ciertos organismos públicos –aparte de las autoridades competentes– o agentes del sector privado para poner al descubierto posibles delitos de cohecho internacional. La selección de las fuentes de detección analizadas en los 10 capítulos en que se divide este trabajo se ha realizado atendiendo a: 1) su prevalencia como fuentes de detección propiamente dichas en casos de cohecho internacional (p.ej. denuncias internas); 2) las normas que establece el Convenio Anticohecho OCDE y la Recomendación para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del Consejo de la OCDE, aprobada en 2009 (en lo sucesivo, «Recomendación Anticohecho de 2009»), que identifican y se remiten a determinados organismos o profesionales (denunciantes, representaciones extranjeras, administraciones tributarias o auditores externos, entre otros) que desempeñan un importante papel en la detección del cohecho internacional, y 3) las tendencias más recientes que apuntan a una evolución en lo relativo al papel, por ejemplo, de los profesionales del Derecho o de las autoridades de defensa de la competencia en el contexto de los delitos de cohecho internacional.

Cada uno de los 10 capítulos en total que conforman este trabajo señala el número de casos de cohecho internacional detectados por tipo de fuente (véanse el Gráfico 1 y el apartado dedicado a los Métodos de recogida de datos). Atendiendo a las normas y disposiciones pertinentes que prevén el Convenio Anticohecho y demás instrumentos conexos de la OCDE contra el cohecho y la corrupción, en su caso, cada capítulo examina las distintas prácticas vigentes en cada país, desarrolladas en base al organismo público o agente del sector privado involucrado, e incluye estudios de caso basados en casos de cohecho internacional cerrados (o, en algunos casos, todavía en curso) con objeto de ilustrar cómo puede detectar –y de hecho, detecta–, en la práctica, la comisión de un delito de cohecho internacional la fuente en cuestión.

Gráfico 1. Fuentes de detección de casos de cohecho internacional (1999-2017)



Fuente: Base de datos de la OCDE sobre casos de cohecho internacional.

Cada capítulo se ha elaborado bajo la atenta mirada de uno o dos expertos del GTC, quienes han contribuido aportando sus valiosos conocimientos y asistencia técnica en materia de fuentes de detección. Para dicha elaboración, ha sido necesario remitirse igualmente a los más de 200 informes de evaluación correspondientes a los distintos países, elaborados por el GTC², relativos a la legislación, prácticas y medidas coercitivas para combatir el cohecho internacional vigentes y aplicables en los 43 Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*. Por otra parte, la información adicional facilitada por los distintos países en forma de estudios de caso reales o la descripción de las prácticas y medidas adoptadas, ilustran con mayor claridad lo que puede y debe hacerse aún para aprovechar al máximo el potencial de ciertas fuentes. Por último, conviene señalar que, para la elaboración de apartados específicos del informe, se ha consultado también a los expertos pertinentes en la materia, tanto pertenecientes a la OCDE como agentes externos.

Métodos de recogida de datos

El presente informe se remite a los datos recopilados para poder identificar las fuentes de detección de los casos (o «tramas») de cohecho internacional perpetrados desde la entrada en vigor, en 1999, del *Convenio Anticohecho OCDE* hasta el 1 de junio de 2017. La trama típica de un caso de cohecho internacional comprende una serie de hechos o

² Vid. <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsonteimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>.

elementos constitutivos de un soborno de funcionario o empleado público extranjeros en una transacción comercial internacional, en cuyo caso es probable que se hayan adoptado medidas coercitivas y disuasorias contra diversas personas físicas y/o jurídicas. La información sobre fuentes de detección que figura en este informe es fruto del análisis de 263 casos de cohecho internacional que han sido objeto de investigación, enjuiciamiento y condena por el delito tipificado de cohecho de funcionarios extranjeros en la realización de transacciones comerciales internacionales previsto en el artículo 1, apartado 1, del *Convenio Anticohecho OCDE* e incorporado al ordenamiento jurídico interno de todos los países firmantes. Entre los datos utilizados para dicho análisis se incluyen también actos preparatorios punibles y de participación en el delito de cohecho internacional tales como la confabulación, la tentativa, el auxilio o colaboración y la instigación, si bien no se tienen en cuenta otros delitos conexos (como, por ejemplo, la manipulación, falsificación o alteración de registros contables o informes de auditoría, el blanqueo de capitales, tráfico de influencias, fraude, soborno comercial, la inobservancia del deber de vigilancia, falta de diligencia o inacción ante la posible comisión del delito de cohecho), las violaciones de las sanciones impuestas por la ONU u otros delitos de naturaleza financiera o económica.

Los datos recabados, relativos a investigaciones sobre las medidas de lucha contra la corrupción en los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* y procedentes, principalmente, de las resoluciones judiciales y acuerdos que se encuentran disponibles en los sitios web de las distintas autoridades nacionales competentes en la materia; de la información facilitada por los organismos nacionales correspondientes en el contexto de los trabajos atinentes a las Fases 3 y 4 y de las evaluaciones de seguimiento realizadas por el GTC, en respuesta a las solicitudes bilaterales de la Secretaría de la OCDE, fueron contrastados posteriormente por los países signatarios del citado *Convenio*. Se indica el valor «0%» cuando sólo hay 1 o 2 casos de una determinada categoría. Por otra parte, la información de los casos no siempre estaba completa, de ahí que el valor «Desconocidas» aparezca recurrentemente en relación con las fuentes de detección (véase el Gráfico 1). Debido al carácter confidencial de parte de la información facilitada por las autoridades nacionales, el informe contiene esencialmente datos numéricos agregados con fines estadísticos basados, en la medida de lo posible, en estudios de caso para ilustrar el ejemplo de manera aún más concreta.

Principales hallazgos

En muchos aspectos, este trabajo no sólo pone de manifiesto que varias de las potenciales fuentes de detección aquí analizadas están aún en gran parte sin explotar y que los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* tienen aún un largo camino por delante para lograr mejorar la utilización de esas fuentes en la detección del cohecho internacional, sino que también muestra, gracias a los datos accesorios aportados (véase el Gráfico 1), que la detección de delitos de cohecho internacional entraña un sofisticado y complejo procedimiento que afecta a numerosas fuentes potenciales, lo que puede dificultar la identificación de la fuente que comunica o da traslado del caso. Supongamos, a modo de ejemplo, que los medios de comunicación de un determinado país han detectado o tenido conocimiento de un caso de cohecho internacional, viéndose entonces las autoridades competentes en la materia obligadas a solicitar asistencia jurídica mutua, lo que alerta a las autoridades nacionales de un segundo país y/o hasta favorece o provoca, incluso, la denuncia por parte de un testigo o confidente.

Lógicamente, para poder fomentar la detección por parte de una fuente determinada es necesario disponer de marcos jurídicos e institucionales idóneos. Si bien cada capítulo

aborda las especificidades aplicables al sector correspondiente objeto de análisis, la praxis generalizada consiste en brindar una protección adecuada y suficiente, así como los incentivos y el apoyo necesarios (dependiendo de la fuente de detección) a los denunciantes. Es igualmente primordial habilitar y dar a conocer la existencia de canales de denuncia que permitan que las autoridades competentes, tengan conocimiento de presuntos casos de cohecho internacional detectados. En términos generales, sería igualmente conveniente adoptar una estrategia clara y unívoca que anime a los ciudadanos a denunciar cualquier irregularidad económica o financiera que sospechen se está produciendo, aunque conviene tener presente que las sospechas iniciales de personas no expertas en la materia son más bien la apreciación o percepción de que «algo está mal», y no ya la constatación veraz de que se ha perpetrado un delito de cohecho internacional. Por lo general, las autoridades nacionales competentes se encuentran en una posición que les permite determinar si conviene o no seguir investigando a raíz de una denuncia, ya que el hecho de atribuir la responsabilidad de establecer si una serie de actos son constitutivos del delito de cohecho internacional a personas cuya profesión no es investigar y enjuiciar este tipo de casos podría resultar contraproducente.

En muchos casos, la sensibilización y la capacitación son herramientas clave en la detección. Este aspecto excede del simple hecho de alertar a los funcionarios públicos o a ciertos agentes del sector privado sobre la existencia del cohecho internacional –huelga decir que el cohecho internacional ha dejado de tener la consideración de «nuevo» delito en la mayor parte de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*–. A la hora de desarrollar programas de sensibilización y capacitación rigurosos, orientados a profesiones y sectores concretos, los órganos responsables destacan la importancia que conceden a la lucha contra el cohecho internacional y al papel que el órgano o profesión a los que van dirigidos pueden desempeñar para poner al descubierto estos delitos. Tanto la capacitación como la orientación deben adaptarse perfectamente al organismo público o profesión concretos de que se trate en la medida en que cada uno de ellos tiene una misión específica, así como también las «señales de alarma» para detectar posibles casos de cohecho internacional serán distintas en cada caso. No puede haber un criterio único ni un enfoque universal respecto a esta cuestión. La *retroalimentación* por parte de las autoridades competentes en relación con toda denuncia presentada también será importante de cara al desarrollo de la capacidad de detección, ya que es una forma de reconocer el papel desempeñado por el sujeto u organismo en cuestión para descubrir casos de cohecho internacional. Cuando la fuente de detección es un organismo público o una asociación profesional, el suministro de información también ayuda a generar una atmósfera de confianza, mejora el entendimiento mutuo y el intercambio de conocimientos y, de forma más generalizada, establece el objetivo común de luchar contra el cohecho y la corrupción.

El presente informe examina una amplia variedad de fuentes potenciales de detección del cohecho internacional, analizando y explicando el funcionamiento de los mecanismos de detección a lo largo de los 10 capítulos que lo conforman, divididos por áreas temáticas, y cómo llevan dichos mecanismos a la detección de posibles casos de cohecho internacional. No obstante, al abordar un tema tan amplio, apenas sí puede abordar superficialmente diversas cuestiones. Probablemente estará justificado realizar más investigaciones en este ámbito a medida que los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* y el GTC amplían y perfeccionan sus conocimientos sobre el tema de la detección, y los organismos públicos, los agentes del sector privado y las organizaciones no gubernamentales (ONG) ponen cada vez más la mirada en el problema del cohecho internacional. En consecuencia, es probable que el GTC se implique más a

fondo e interactúe más activamente con ciertos organismos o profesionales del sector para ampliar sus conocimientos sobre cómo actúan y de qué forma pueden contribuir a la detección del cohecho internacional desde su propio punto de vista.

Capítulo 1

Denuncias internas voluntarias

Introducción

Las denuncias internas voluntarias (o comunicación voluntaria de información), por parte de las propias empresas afectadas³, del posible cohecho de funcionarios públicos extranjeros que intervienen en sus transacciones comerciales internacionales constituyen una inestimable fuente de detección. En el 23% de los 263 casos –o tramas– de cohecho internacional que han derivado en sanciones ejemplares desde la entrada en vigor del Convenio Anticohecho OCDE (esto es, 59 casos), se tuvo conocimiento de los hechos gracias a denuncias internas voluntarias. Por lo general, el concepto de «denuncia interna voluntaria» se aplica en el ámbito de las empresas, ya que para designar a las personas físicas que denuncian las conductas que nos ocupan se utilizan los términos «confidente» o «testigo colaborador» (cuestión tratada en el Capítulo 3). Es frecuente que una empresa que acude a las denuncias internas voluntarias interactúe y coopere también, de manera continuada, con las autoridades competentes en el marco de la investigación y los procedimientos o actuaciones conexos. No obstante, lo cierto es que, actualmente, no existe una norma anticorrupción internacional que regule expresamente el sistema de denuncias internas voluntarias y que las prácticas adoptadas difieren de una jurisdicción a otra.

Los marcos jurídicos para la presentación de denuncias internas voluntarias pueden centrarse en cuestiones concretas como, por ejemplo, la denuncia de presuntos delitos de blanqueo de capitales ante las autoridades competentes en la materia, de prácticas anticompetitivas o cárteles ante las autoridades de defensa de la competencia, o bien de delitos fiscales ante las administraciones tributarias. Este capítulo alude exclusivamente a los marcos que abordan o contemplan la posibilidad de presentar una denuncia interna voluntaria por el delito de cohecho internacional ante la autoridad competente correspondiente.

1. Definición de «denuncia interna voluntaria»

La expresión «denuncia interna voluntaria» designa todo acto a través del que una empresa informa a las autoridades competentes de un acto, hecho o conducta de la que no tenían conocimiento, lo que implica bien que dicha empresa admite la irregularidad cometida, o bien que manifiesta la posibilidad de admitir dicha irregularidad (si la investigación se encuentra en una fase inicial). Evidentemente, no se puede hablar de

³ Se utilizan los términos «empresa» o «empresas», respectivamente, para referirse a todas las *personas jurídicas* (por contraposición a las *personas físicas*).

denuncia interna voluntaria cuando la empresa se limita a denunciar irregularidades cometidas por terceros, negándose a admitir *culpabilidad corporativa* (o jurídica) alguna.

El carácter *voluntario* de la denuncia puede cuestionarse, por ejemplo, cuando:

- Una empresa o sus consejeros están sujetos a la obligación de informar de toda irregularidad (obligación expresamente prevista, por ejemplo, por lo que respecta al blanqueo de capitales) y a poner dicha circunstancia en conocimiento del órgano investigador/instructor pertinente, de manera simultánea (véanse también el Capítulo 6 – Unidades de Inteligencia Financiera, y Capítulo 10 – Asesores expertos);
- un denunciante da traslado de una irregularidad, contemporáneamente, a la empresa afectada y a las autoridades competentes (véase el Capítulo 2 – Denunciantes y mecanismos de protección de denunciantes);
- una empresa informa a un primer organismo (p.ej. una autoridad reguladora) de posibles irregularidades, no vinculadas al cohecho, y se le comunica, a su vez, que se dará traslado de dicha circunstancia al órgano investigador/instructor pertinente;
- una empresa denuncia voluntariamente irregularidades internas (denuncia interna voluntaria) en previsión de la inminente cobertura mediática;
- surgen nuevas denuncias a raíz de un asunto todavía en curso que no ha sido objeto de denuncia interna voluntaria alguna, o
- se insta a una empresa a facilitar información o a cooperar con las autoridades.

La Sección de Lucha contra el Fraude del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés) dejó clara su postura a este respecto al establecer en su Plan de aplicación 2016 de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés) (US DOJ, 2016) que «toda comunicación que una empresa esté obligada a efectuar por ley, en virtud de un acuerdo o con arreglo a un contrato, no constituye en modo alguno una comunicación voluntaria». Por su parte, la Fiscalía de Delitos Económicos Graves del Reino Unido (SFO, por sus siglas en inglés) realiza una afirmación más minuciosa y llena de matices al indicar en su sitio web que «la SFO puede obtener información sobre las irregularidades cometidas por una persona jurídica de fuentes distintas de la propia denuncia interna efectuada, con carácter voluntario, por dicha entidad», lo que deja abiertas las puertas a la posibilidad de considerar que una empresa ha presentado una denuncia interna voluntaria aun cuando la SFO británica ya tuviera conocimiento de las irregularidades aducidas.

2. Enfoques respecto del papel de las *denuncias internas voluntarias* en los casos de cohecho internacional

En términos generales, existen tres enfoques respecto del papel de las denuncias internas voluntarias en los casos de cohecho internacional operativos en los países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE, complementarios y conexos entre sí: Self-reporting as a factor to be taken into consideration by law enforcement authorities in deciding whether to enter into a settlement arrangement. For the purposes of this Study, the term settlement includes all forms of case resolution that do not involve a full trial (even if some forms of case resolution need to be judicially approved);

- Las denuncias internas voluntarias como causa que las autoridades competentes han de tener en cuenta a la hora de negociar un acuerdo. En el contexto del presente informe, el término «acuerdo» abarca todas aquellas modalidades de resolución que no conducen a la celebración de un juicio completo (aun cuando algunas de ellas deban someterse a aprobación judicial);
- las denuncias internas voluntarias en cuanto circunstancia atenuante a la hora de dictar sentencia, y
- las denuncias internas voluntarias como mecanismo de exculpación, o bien como postulado para renunciar a ejercer la acción penal.

2.1 Las denuncias internas voluntarias como causa que ha de tenerse en cuenta a la hora de negociar un acuerdo

En la práctica, en concomitancia con la elaboración del presente informe, seis jurisdicciones habían celebrado acuerdos en causas por delitos de cohecho internacional de los que se ha tenido conocimiento gracias a la presentación de denuncias internas voluntarias, entre ellas Brasil (acuerdos de indulgencia, previstos en la Ley brasileña de Responsabilidad Administrativa y Civil de las Personas Jurídicas); Países Bajos (acuerdos extrajudiciales, contemplados en el Código Penal neerlandés); Noruega (notificación de sanción); Suiza (imposición de penas y procedimiento simplificado conforme al artículo 358 del Código Procesal Penal suizo); Reino Unido (acuerdos de enjuiciamiento diferido o DPA, por sus siglas en inglés) y Estados Unidos (acuerdos de admisión de culpabilidad o sentencias de conformidad, DPA, acuerdos de no enjuiciamiento o NPA, por sus siglas en inglés, y acuerdos de renuncia a presentar cargos por restitución de las ganancias obtenidas de manera ilícita). No todos estos países disponen de marcos jurídicos específicos que regulen el sistema de presentación de denuncias internas voluntarias y su impacto en los procesos penales. Países como Francia, Alemania, Italia, Países Bajos y España gozan de legislaciones marco para la negociación de acuerdos en casos de cohecho internacional, si bien en sus respectivos ordenamientos no se contemplan ni se regulan las denuncias internas voluntarias, al igual que tampoco prevén un sistema de indemnización económica a este respecto⁴. Tomando nuevamente el momento de elaboración de este trabajo como referencia temporal, diremos que, por aquel entonces, el Gobierno Federal Australiano había anunciado la propuesta de adopción de un modelo de acuerdos de enjuiciamiento diferido (DPA) en Australia, a cuyo respecto solicitó se formularan opiniones y se presentasen observaciones, contemplando dicho modelo el sistema de *denuncias internas voluntarias*⁵⁶. Las instituciones financieras multilaterales

⁴ En Francia, con arreglo a la nueva *Ley sobre Transparencia, Lucha contra la Corrupción y Modernización de la Vida Económica*, se puede negociar un acuerdo o *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP, por sus siglas en francés) con la Fiscalía. En Alemania, los acuerdos pueden dar lugar, *inter alia*, a la retirada de los cargos o renuncia a ejercer la acción penal en virtud de los artículos 153 y 153.a) del Código Procesal Penal alemán. En Italia, el procedimiento de negociación de acuerdos se conoce con el nombre de *patteggiamento* (artículos 444 a 448 del Código Procesal Penal italiano). En España, el procedimiento de negociación de acuerdos se denomina *conformidad* (artículo 787 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* española).

⁵ Más información sobre el modelo propuesto para la adopción de un sistema de *acuerdos de enjuiciamiento diferido* (DPA) en Australia disponible en la página web del Gobierno Federal Australiano, Departamento del Fiscal General, haciendo clic en el siguiente enlace: www.ag.gov.au/Consultations/Pages/Proposed-model-for-a-deferred-prosecution-agreement-scheme-in-australia.aspx.

tienen en cuenta, asimismo, las *denuncias internas voluntarias* en sus resoluciones sancionadoras. El Banco Mundial afirma que, gracias a la negociación de acuerdos, el número de empresas que denuncian irregularidades internas es cada vez mayor, «lo que constituye [para el Banco] la prueba irrefutable de un grado particularmente elevado de fiabilidad y que, en consecuencia, conduce a investigaciones con un mayor impacto y repercusión»⁷. Por último, organizaciones del sector privado como el Comité Consultivo Empresarial e Industrial (CCEI) de la OCDE y el Foro Económico Mundial (FEM) han remitido igualmente propuestas a la OCDE y a los países del G20 encaminadas a fomentar el cumplimiento voluntario, al tiempo que han creado directrices sobre esta materia para las empresas.

En virtud del modelo DPA existente en el Reino Unido, como establece el Apéndice 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal británica de 2013, la Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO) fomenta la presentación de denuncias internas voluntarias por parte de las empresas, aunque no garantiza que no se celebre el juicio correspondiente a raíz de dicha denuncia. En las Directrices para la presentación de denuncias internas voluntarias por las empresas (UK SFO, 2012) se hace referencia a la presentación de este tipo de denuncias en cuanto constituye un elemento de otra causa de interés general contra el enjuiciamiento de una empresa, siempre que tenga su origen en una postura o actitud realmente proactiva del comité directivo empresarial y se lleve a cabo dentro de un plazo razonable desde la comisión del ilícito, como se indica en el *Código de Buenas Prácticas sobre DPA*⁸. En realidad, dada la posibilidad de que la SFO obtenga información sobre las irregularidades cometidas por una empresa de fuentes distintas de la propia denuncia interna efectuada, con carácter voluntario, por dicha entidad, es esencial que la denuncia interna voluntaria se efectúe tempestivamente. En caso de no informar debida y correctamente del verdadero alcance de la irregularidad cometida, puede considerarse que concurren razones de interés general en favor del ejercicio de la acción penal⁹. Por otra parte, el Código de Buenas Prácticas sobre DPA establece, asimismo, que «a la hora de ponderar la denuncia interna voluntaria [de la empresa], [el fiscal] deberá considerar en su totalidad la información aportada [por dicha entidad] al fiscal». No obstante, la inexistencia de una denuncia interna voluntaria inicial no impide, en modo alguno, que pueda alcanzarse un acuerdo de enjuiciamiento diferido o DPA, como se desprende del caso *R vs. Rolls-Royce plc & Anor 2017*, en el que la empresa prestó posteriormente un nivel de cooperación «excepcional»¹⁰. En el Reino Unido, se requiere la aprobación judicial de todo DPA, debiendo establecer el tribunal u

⁶ Los *acuerdos* en causas por delitos de cohecho internacional se analizarán más detenidamente en el *Informe 2018 sobre Cohecho Internacional* del Grupo de Trabajo sobre Cohecho (GTC) de la OCDE.

⁷ *Actualización anual correspondiente al ejercicio fiscal 2015* de la Vicepresidencia de Integridad Institucional (INT) del Banco Mundial, que se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://pubdocs.worldbank.org/en/136451449168835691/INT-FY15-Annual-Update.pdf>.

⁸ Aprobado por el Fiscal General (DPP, por sus siglas en inglés) y el Director de la SFO el 14 de febrero de 2014, previa consulta pública, y disponible en el siguiente enlace: www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/deferred-prosecution-agreements/.

⁹ *Declaración sobre la política de presentación de denuncias internas voluntarias por las empresas*, disponible en el sitio web de la SFO: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/corporate-self-reporting/>.

¹⁰ Para más información sobre el caso *R vs. Rolls-Royce plc & Anor 2017*, consúltese el siguiente enlace: www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf.

órgano jurisdiccional competente si el DPA propuesto «es susceptible de» favorecer los intereses de la justicia y si los términos y condiciones en que se plantea son justos, razonables y proporcionales a los objetivos perseguidos, circunstancia en la que se prevé la supervisión de un árbitro independiente por lo que respecta a la ponderación de la denuncia interna voluntaria en la decisión de adoptar un DPA y en las sanciones económicas acordadas.

Cuadro 1. Estudio de caso del Reino Unido: SFO vs. ICBC SB PLC (2015)

El 18 de abril de 2013, Jones Day, la firma de abogados que asesoró al Standard Bank, informó de los hechos al Organismo británico contra la Delincuencia Organizada Grave (la actual Agencia Anticorrupción británica o NCA, por sus siglas en inglés) y posteriormente, el 24 de abril, también informó a la SFO. El Standard Bank también encargó a Jones Day que realizase una investigación y diese a conocer cuánto descubriese a la SFO. El informe resultante se envió el 21 de julio de 2014 a la SFO, que procedió a examinar el material obtenido y llevó a cabo sus propias entrevistas. Sucesivamente, el Director de la SFO estimó que probablemente se satisfaría la necesidad de velar por el interés general alcanzando un DPA con el Standard Bank, por lo que dieron comienzo las negociaciones.

En noviembre de 2015, el juez Leveson aprobó la suscripción de un DPA, por primera vez, por parte de la SFO. El Standard Bank plc (ahora denominado ICBC Standard Bank Plc), contraparte en el DPA, fue objeto de una acusación por falta de diligencia o inacción ante la comisión del delito de cohecho, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Anticorrupción de 2010 vigente en el Reino Unido. Con arreglo al procedimiento de celebración de DPA, se retiraron los cargos con carácter inmediato. A raíz del DPA, el Standard Bank acordó pagar sanciones económicas cuyo importe ascendía a 25,2 millones de dólares estadounidenses y, adicionalmente, se le obligó a pagar al Gobierno de Tanzania otros 7 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización. El banco acordó sufragar, asimismo, los gastos razonables (equivalentes a 330 000 libras esterlinas) en que había incurrido la SFO para llevar a cabo las pesquisas necesarias y alcanzar el consiguiente DPA. Además de las sanciones económicas, el Standard Bank acordó seguir cooperando plenamente con la SFO y se comprometió a reforzar e intensificar sus controles contra la corrupción y el cohecho bajo la supervisión de un revisor independiente.

Los cargos que se retiraron y/o desestimaron guardaban relación con un pago efectuado en marzo de 2013, que ascendía a 6 millones de dólares estadounidenses, por una antigua filial del Standard Bank, el Stanbic Bank Tanzania, a la entidad Enterprise Growth Market Advisors (EGMA), socio local en Tanzania. La SFO explicó que el pago tenía como finalidad conseguir que los integrantes del Gobierno de Tanzania favorecieran y facilitasen la propuesta del Stanbic Tanzania y del Standard Bank, que consistía en realizar una inversión privada por importe de 600 millones de dólares estadounidenses en nombre del Gobierno de Tanzania. Dicha inversión generó unos gastos por valor de 8,4 millones de dólares estadounidenses compartidos por el Stanbic Tanzania y el Standard Bank. La SFO colaboró con el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) estadounidenses a lo largo de todo el proceso. Asimismo, el Standard Bank acordó con la SEC el pago de una multa de 4,2 millones de dólares estadounidenses por la realización de otras operaciones distintas de ésta, aunque con las mismas características.

Fuente: Comunicado de prensa de la SFO, Reino Unido.

La presentación oportuna y voluntaria de denuncias internas representa también uno de los nueve *Principios del enjuiciamiento a nivel federal de las organizaciones empresariales*, enumerados en el Capítulo 9 del *Manual del Abogado* que utilizan los profesionales del Derecho **estadounidenses** (en adelante, «el USAM», por sus siglas en inglés), al que se remiten los fiscales estadounidenses a la hora de estudiar las medidas de preparación necesarias de una investigación penal cuando el objeto de dicha investigación es una persona jurídica o entidad empresarial. Los fiscales estadounidenses tienen a su

disposición diversos mecanismos o herramientas de resolución de controversias, entre ellos los *acuerdos de admisión de culpabilidad* o *sentencias de conformidad*, *acuerdos de enjuiciamiento diferido* o DPA, *acuerdos de no enjuiciamiento* o NPA y *renuncia a presentar cargos*¹¹. Adicionalmente, el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) de los Estados Unidos publicaron conjuntamente, en 2012, la *Guía informativa sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero* estadounidense, que hace hincapié en la «gran importancia de las denuncias internas voluntarias»¹². La *Ley brasileña de Responsabilidad Administrativa y Civil de las Personas Jurídicas* (Ley núm. 12.846, de 1 de agosto de 2013), también denominada *Ley Anticorrupción* o *Ley de la Empresa Limpia*, y su Decreto-Ley núm. 8.420 de 2014, en su artículo 16, establece que se puede alcanzar un *acuerdo de indulgencia* en lo referente a los procedimientos administrativos en que la empresa afectada presenta una denuncia interna y coopera voluntariamente en la investigación. Por lo que respecta a los **Países Bajos**, aunque actualmente no existen directrices para las autoridades competentes neerlandesas sobre los procedimientos de denuncia interna voluntaria, el Ministerio Público neerlandés ha celebrado varios *acuerdos extrajudiciales* en casos de cohecho internacional, dos de ellos descubiertos gracias a la denuncia interna voluntaria que presentó la compañía involucrada.

Cuadro 2. Estudio de caso de los Países Bajos: SBM Offshore (2014)

En el segundo trimestre de 2012, SBM Offshore, un grupo multinacional de empresas de servicios para la industria petrolera, del gas y petroquímica con sede en los Países Bajos, informó voluntariamente al Ministerio Público neerlandés (*Openbaar Ministerie*) y al DOJ estadounidense de la decisión de emprender por su cuenta una investigación interna acerca del delito de cohecho internacional perpetrado por la empresa en varios países. La denuncia interna voluntaria consistió en un informe oral preliminar seguido de un borrador de declaración, que más tarde se completó con una extensa y minuciosa declaración final en relación con el delito. A la luz de su denuncia interna voluntaria, SBM llevó a cabo su propia investigación entre 2012 y 2014, centrando su atención en el período comprendido entre 2007 y 2011, en colaboración con el *Openbaar Ministerie* y el Servicio neerlandés de Inteligencia e Inspecciones Tributarias (FIOD, por sus siglas en neerlandés).

En noviembre de 2014, el *Openbaar Ministerie* alcanzó un acuerdo extrajudicial con SBM Offshore consistente en el pago de una sanción por importe de 240 millones de dólares estadounidenses (una multa de 40 millones de dólares estadounidenses y el desembolso de otros 200 millones en ganancias por la ejecución de una medida de decomiso). El acuerdo, el segundo más importante en la historia de los Países Bajos, atañe, entre otros, a los delitos de cohecho internacional perpetrados en Guinea Ecuatorial, Angola y Brasil entre 2007 y 2011, participando en las investigaciones internas un auditor y un experto forense externo, y está vinculado exclusivamente al delito de corrupción propiamente dicho en Guinea Ecuatorial y Angola. El FIOD investigó más a fondo el alcance del delito de cohecho perpetrado en Brasil. La empresa, aparte de pagar una sanción de 240 millones de dólares estadounidenses, reforzó también su programa de lucha contra la corrupción y los controles internos correspondientes. En el comunicado de prensa que anuncia la adopción del acuerdo, el *Openbaar Ministerie* hace alusión al hecho de que fue la propia SBM Offshore la que puso los hechos en conocimiento de las autoridades como la causa por la que se le ofrece dicho acuerdo extrajudicial.

Fuentes: Informe de seguimiento de la Fase 3 en los Países Bajos (2015); sitio web del Ministerio Público neerlandés; <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@87201/sbm-offshore-settles/y> www.sbmoffshore.com/?press-release=sbm-offshore-achieves-settlement-dutch-public-prosecutors-office-alleged-improper-payments-united-states-department-justice-closes-matter.

¹¹ Vid. <http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>.

¹² Vid. <http://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance>.

2.2 Las denuncias internas voluntarias en cuanto circunstancia atenuante

En relación con aquellos países que permiten tener en cuenta circunstancias atenuantes a la hora de dictar sentencia en caso de existir una denuncia interna voluntaria, el GTC ha reiterado sistemáticamente que los países afectados deben asegurarse de que las sanciones resultantes son, en todo caso, «eficaces, proporcionales y disuasorias», como se establece en el artículo 3 del *Convenio Anticohecho OCDE*¹³. En el **Reino Unido**, las denuncias internas voluntarias pueden ser una causa que determine una reducción de la sanción económica aplicable a la empresa infractora en virtud de un DPA (véase cuanto se ha expuesto anteriormente) o, naturalmente, si ésta resulta procesada. Las *Directrices sobre la imposición de penas* vigentes en el Reino Unido contemplan como circunstancia atenuante de la gravedad del delito o medida menos gravosa el que una empresa haya cooperado en las investigaciones, haya confesado en una fase inicial del procedimiento y/o haya denunciado voluntariamente el delito¹⁴. En los tres casos en que se ha alcanzado, hasta la fecha, un DPA en el Reino Unido en relación con delitos de cohecho¹⁵, dos de ellos con origen en denuncias internas voluntarias, los órganos jurisdiccionales competentes aprobaron reducciones de entre el 33,3% y el 50% en las sanciones económicas impuestas a las empresas afectadas haciendo expresa referencia a la necesidad de facilitar e incentivar la presentación de este tipo de denuncias¹⁶. Como alternativa al enjuiciamiento en vía penal, se puede iniciar una *acción civil de restitución* cuando la empresa demandada presente voluntariamente una denuncia interna. En ese caso, el fiscal puede plantearse si es pertinente adoptar este mecanismo como elemento de prueba del interés general con el fin de decidir si procesa a una determinada empresa¹⁷.

Cuadro 3. Estudio de caso de Noruega: *El caso de la naviera noruega (2014)*

En agosto de 2010, una naviera notificó a la Dirección Nacional noruega de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente (ØKOKRIM) la presunta comisión de un delito de cohecho y soborno de altos cargos en Bahréin entre 2003 y 2004. El pago de supuestas comisiones estaba relacionado con un acuerdo de flete que la naviera noruega había suscrito con Aluminium Bahrain B.S.C. (Alba) para el transporte de alúmina desde Australia hasta Bahréin. Por aquel entonces, el Estado de Bahréin era titular del 77% de Alba.

La naviera emprendió una investigación interna a raíz de la denuncia voluntaria, dándose traslado de las conclusiones de dicha investigación a la ØKOKRIM noruega en abril de 2011. Atendiendo a esas informaciones, la ØKOKRIM abrió una investigación. Varias personas pertenecientes a la naviera estaban al corriente de la existencia de sospechas contra el

¹³ Recomendación 5.a) del Informe de la Fase 3 correspondiente al Reino Unido; Recomendación 3.b) del Informe de la Fase 3 correspondiente a Italia.

¹⁴ *Directrices definitivas sobre los Delitos de Fraude, Cohecho y Blanqueo de Capitales*, emanadas del Consejo para la imposición de penas británico y disponibles en el siguiente enlace: www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud-bribery-and-money-laundering-offences-Definitive-guideline2.pdf.

¹⁵ Casos *R vs. Standard Bank 2016*; *R vs. XYZ Ltd 2016* y *R vs. Rolls-Royce plc & Anor 2017*. Conviene señalar que, si bien Rolls-Royce plc no presentó una denuncia interna voluntaria inicialmente ante la SFO, investigó a fondo los hechos y denunció irregularidades más graves aún de las que habrían podido descubrirse de no haber cooperado.

¹⁶ Comparativamente hablando, se obtiene normalmente una reducción del 33,3% en caso de declararse culpable en un primer momento.

¹⁷ La editorial Oxford Publishing Ltd constituye el ejemplo más reciente de esta praxis ante un caso de cohecho internacional en el Reino Unido (www.sfo.gov.uk/2012/07/03/oxford-publishing-ltd-pay-almost-1-9-million-settlement-admitting-unlawful-conduct-east-african-operations).

intermediario desde febrero de 2008; sin embargo, las investigaciones internas no dieron comienzo hasta 2010, justo cuando Alba puso en entredicho la relación existente entre la naviera y el intermediario. La ØKOKRIM valoró positivamente el que la propia naviera informara a las autoridades competentes. A raíz de la denuncia ante la ØKOKRIM, la naviera ayudó a esclarecer los hechos concretos y colaboró activamente con la ØKOKRIM dándole acceso a los documentos relativos a la investigación interna y renunciando al derecho al secreto profesional entre abogado y cliente respecto de sus propios abogados internos.

La denuncia interna voluntaria y el haber cooperado contribuyeron a la reducción sustancial de la multa. Para determinar el importe de la multa, se concedió gran importancia al hecho de que los sobornos estaban dirigidos a un responsable ministerial y de que los pagos obedecían a la gestión de la naviera. También se hizo hincapié en la cuantía de los sobornos pagados, aproximadamente un total de 9 millones de coronas noruegas según los cálculos de la ØKOKRIM. El 15 de mayo de 2014, la ØKOKRIM condenó a la naviera noruega a pagar una multa de 20 millones de coronas noruegas (unos 3,3 millones de dólares estadounidenses). La sanción incluía también la incautación y decomiso de 12 millones de coronas noruegas de ganancias (alrededor de 2 millones de dólares estadounidenses). La notificación iba dirigida a Cabu Chartering AS, empresa indirectamente propiedad de la naviera 'Rederiaksjeselskapet Torvald Klaveness'.

Fuente: Dirección Nacional noruega de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente (ØKOKRIM).

Como resultado de las denuncias internas voluntarias en el contexto de los *acuerdos de indulgencia* que contempla la legislación **brasileña**, se puede reducir cualquier multa hasta en dos tercios, resultando exonerada la empresa de ciertas sanciones como son, en particular, la publicación extraordinaria de la decisión que establece el artículo 6.II) y la exclusión de recibir ayuda financiera del gobierno que contempla el artículo 19.IV) (artículo 16.2)¹⁸. En **Suiza**, las empresas pueden beneficiarse de una sentencia más benévola en caso de presentar una denuncia interna voluntaria y de colaborar con la Oficina suiza del Fiscal General (OAG, por sus siglas en inglés) a fin de establecer todos los hechos pertinentes, adoptar una serie de procedimientos nuevos y más eficaces en materia de cumplimiento y aceptar la restitución de las ganancias obtenidas de manera ilícita (*decomiso*). En un caso reciente, la OAG condenó a la empresa en cuestión a pagar la multa mínima legalmente aplicable (1 franco suizo) basándose en estos criterios y en el hecho de que la empresa restituyó todas las ganancias obtenidas gracias a los contratos conseguidos por medio de sobornos¹⁹. **Noruega** no dispone de directrices sobre la imposición de penas dirigidas específicamente a las empresas que presentan denuncias internas voluntarias ante posibles casos de cohecho internacional. No obstante, las resoluciones sancionadoras dictadas por la Dirección Nacional noruega de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente (ØKOKRIM) en dos casos de cohecho internacional de 2014 aluden a la presentación de denuncia interna voluntaria y a la cooperación, por parte de la empresa en cuestión, con la ØKOKRIM durante la investigación en cuanto circunstancias atenuantes (véase, por ejemplo, el

¹⁸ Párrafo 60 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Brasil (2014).

¹⁹ «La filial suiza encargada de la impresión de seguridad puso fin a las actuaciones penales en su contra en Suiza gracias a un acuerdo con la Oficina suiza del Fiscal General (OAG) en relación con las deficiencias en el ámbito de la lucha contra la corrupción. Mediante la presentación de una denuncia interna voluntaria, la propia empresa había iniciado el procedimiento correspondiente. Se impondrá una multa simbólica a la empresa suiza, cuyo importe ascenderá a 1 franco suizo. Adicionalmente, la empresa admitió la repatriación, entre 2005 y 2012, de unos beneficios cuyo valor ascendía a los 27,8 millones de euros y que procedían de proyectos en cuatro países». Véase el sitio web de Koenig & Bauer: www.kba.com/en/investor-relations/ad-hoc-releases/.

Cuadro 3)²⁰. En noviembre de 2017, **Argentina** aprobó la *Ley de Responsabilidad Penal Empresarial*, que prevé incentivos para la presentación de denuncias internas voluntarias por las empresas en forma de sanciones menos gravosas.

En **Estados Unidos**, con arreglo a las *Directrices* de la Comisión estadounidense para la imposición de penas, a la hora de establecer cuál es la sanción adecuada no sólo se tiene en cuenta el hecho de que exista previamente una comunicación voluntaria, sino también la posterior cooperación de la empresa en las tareas de investigación y la asunción de su responsabilidad en la conducta delictiva de que se trate²¹. En virtud de su Programa Piloto, que fuera anunciado el 5 de abril de 2016, el DOJ impulsó más activamente la presentación de denuncias internas voluntarias por parte de las empresas ofreciendo un amplio abanico de posibles atenuantes a toda empresa que denunciase, con carácter voluntario, toda irregularidad, mala praxis o conducta impropia previstas en la Ley FCPA, cooperase plenamente y adoptase las medidas correctivas apropiadas y pertinentes para reparar el daño causado. Dicho Programa Piloto establecía que, en determinadas circunstancias, la Sección de Lucha contra el Fraude del DOJ puede renunciar a presentar cargos o reducir la multa aplicable, situándola hasta en un 50% por debajo del tramo inferior de la escala de valoración en virtud de las *Directrices sobre la imposición de penas* en Estados Unidos. Por el contrario, se contemplan reducciones en tan sólo un 25% para aquellas empresas que no hubieran presentado denuncias internas voluntarias. El 10 de mayo, el Fiscal General de los Estados Unidos, Jeff Sessions, emitió un Memorando sobre la política de presentación de cargos e imposición de penas del DOJ dirigido a todos los fiscales federales estadounidenses, por el que se les dan instrucciones de «perseguir y encausar los delitos más graves, fácilmente demostrables». Cualquier decisión de apartarse de cuanto establece la referida política debe someterse a la aprobación de un fiscal o del propio Fiscal General Adjunto estadounidense o, en su defecto, de un supervisor designado a tal efecto²². Posteriormente, un artículo de prensa citaba las declaraciones de un portavoz del DOJ aclarando que las nuevas directrices sobre presentación de cargos e imposición de penas no se aplicarán a las denuncias internas voluntarias ni a los DPA con arreglo al Programa Piloto FCPA²³. El 29 de noviembre de 2017, el DOJ anunció su nueva Política de Cumplimiento Corporativo de la Ley FCPA, que se incorporará al *Manual del Abogado* estadounidense (USAM). La Política de Cumplimiento Corporativo de la Ley FCPA no sólo introduce el carácter permanente de los incentivos del Programa Piloto FCPA, sino que también apunta a la existencia de la *presunción* de que no se presentarán cargos y no se aplicarán circunstancias agravantes en la determinación de sanciones contra las empresas que comuniquen voluntariamente las irregularidades cometidas, cooperen plenamente y adopten las medidas correctivas apropiadas y pertinentes para reparar el daño causado. Por su parte, el DOJ informó de que «ya durante el primer año de implementación del

²⁰ Informe de la Fase 3 correspondiente a Noruega (2011), disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/norway-oecdanti-briberyconvention.htm.

²¹ Vid. www.uscc.gov/guidelines.

²² Véase el comunicado de prensa del Departamento de Justicia estadounidense (DOJ), disponible en www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-sessions-issues-charging-and-sentencing-guidelines-federal-prosecutors.

²³ A este respecto, léase el artículo con el titular «La nueva política de imposición de penas no tendrá efectos en el Programa Piloto FCPA» (*New sentencing policy won't affect FCPA pilot programme*) publicado, el 12 de mayo de 2017, por la agencia internacional de noticias *Global Investigations Review* (GIR).

Programa Piloto, la Unidad FCPA recibió 22 denuncias voluntarias, frente a las 13 recibidas el año anterior. En total, durante el año y medio que estuvo operativo el Programa Piloto, la Unidad FCPA recibió 30 denuncias internas voluntarias respecto de las 18 de las que tuvo conocimiento durante el período de 18 meses inmediatamente precedente²⁴». El programa de la SEC, aprobado en 2001²⁵ y destinado a evaluar el grado de cooperación de las empresas, atribuye a las denuncias internas voluntarias el papel de *causa* que ha de tenerse en cuenta para decidir si se ofrece o no incentivo alguno a una empresa infractora, que va desde no adoptar medidas coercitivas hasta la obtención de penas reducidas o sanciones menos gravosas. A finales de 2015, en uno de sus discursos, Andrew Ceresney, el entonces Director de la División de Aplicación de la SEC, hizo hincapié en que no se recomendaría la adopción de acuerdos como pueden ser un DPA o un NPA de no concurrir previamente factores como son la existencia de una denuncia interna voluntaria y una cooperación significativa²⁶ por parte de la empresa afectada. Desde 2010, la SEC ha concluido tres NPA en relación con casos que fueron denunciados voluntariamente por empresas que cooperaron.

**Cuadro 4. Estudio de caso de Estados Unidos:
*Estados Unidos vs. Bizjet International Sales and Support, Inc. (2012)***

Bizjet, una filial con sede en Estados Unidos íntegramente participada por Lufthansa Technik AG que prestaba servicios de mantenimiento, reparación y puesta a punto de aeronaves, efectuó el pago de sobornos a empleados de clientes gubernamentales de México y Panamá para conseguir contratos comerciales y ventajas empresariales. Bizjet accedió a pagar una multa por valor de 11,8 millones de dólares estadounidenses y llegó a un acuerdo de enjuiciamiento diferido (DPA) con el DOJ. Posteriormente, tres antiguos directivos de la filial Bizjet se declararon culpables también ante un tribunal federal por el mismo ilícito. El DOJ tuvo conocimiento del caso gracias a la denuncia interna voluntaria presentada por WilmerHale LLP, el asesor jurídico externo de Bizjet, precisamente por medio de quien la filial cooperó activamente en la investigación de las autoridades gubernamentales. Existían claras señales de alarma, tales como la realización de pagos a través de una empresa intermediaria titularidad de y gestionada por un director de ventas regional de Bizjet, o las confesiones de los empleados y la existencia de correos electrónicos en los que quedaba constancia de que los pagos se hicieron directamente a funcionarios públicos. Aparte de la información facilitada por el asesor jurídico externo de Bizjet, las autoridades competentes mexicanas y panameñas brindaron también toda la ayuda necesaria para la investigación dirigida por las autoridades estadounidenses, resultando ser de extraordinaria importancia para resolver el caso.

Fuente: Departamento de Justicia estadounidense (DOJ).

²⁴ Declaraciones efectuadas por el Fiscal General Adjunto Rosenstein el 29 de noviembre de 2017, con motivo de la 34ª Conferencia Internacional sobre la Ley FCPA, disponibles en el siguiente enlace: www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign.

²⁵ Informe de investigación con arreglo al artículo 21.a) de la *Ley de la Bolsa de Valores* de 1934 y *Declaración de la Comisión* acerca de la relación existente entre la cooperación y las resoluciones de dicho organismo, lo que comúnmente se conoce como el «Informe Seaboard».

²⁶ El discurso a texto completo puede consultarse en el siguiente enlace: www.sec.gov/news/speech/ceresney-fcpa-keynote-11-17-15.html.

2.3 *Las denuncias internas voluntarias como mecanismo de exculpación o postulado para renunciar a ejercer la acción penal*

En el marco de su Programa Piloto, el DOJ estadounidense ha hecho pública su renuncia a ejercer la acción penal y, por consiguiente, a presentar cargos, contra siete empresas que habían denunciado voluntariamente sus irregularidades internas²⁷. No obstante, en todos los casos se obligó a dichas empresas a devolver las ganancias obtenidas ilícitamente, fruto del pago de sobornos (salvo cuando ya hubieran acordado esto mismo precedentemente con la SEC). La Política de Cumplimiento Corporativo de la Ley FCPA, que fuera adoptada el 29 de noviembre de 2017, establece que «cuando una empresa cumpla los requisitos de presentación de denuncia interna voluntaria, plena cooperación y adopción de las medidas correctivas apropiadas y pertinentes para reparar el daño causado, regirá la presunción sobre cuya base [el DOJ] pondrá fin a la controversia que afecte a dicha empresa renunciando a presentar cargos contra ella. Tan sólo se abandonará dicha presunción cuando concurren circunstancias agravantes atinentes a la naturaleza y gravedad del delito, o bien cuando la empresa inculpada sea reincidente»²⁸.

En el marco de los trabajos de evaluación del grado de aplicación del Convenio Anticohecho en los distintos países firmantes del citado instrumento, el GTC ha examinado los marcos que regulan las denuncias internas voluntarias y ha manifestado su preocupación en torno al hecho de que la presentación de este tipo de denuncias y la posterior cooperación con las autoridades puedan siquiera tener la consideración de auténtica exculpación ante una acusación de cohecho internacional (lo que se conoce con el nombre de «arrepentimiento espontáneo»). El GTC ha recomendado insistentemente a los países que contemplan el arrepentimiento espontáneo como mecanismo de exculpación acometer reformas en sus respectivos ordenamientos para garantizar que dicho mecanismo no resulte aplicable al delito de cohecho internacional, o al menos para asegurarse de que dicha aplicación es discrecional y de que no está vinculada a la identificación y procesamiento del funcionario público extranjero que recibió el soborno, especialmente atendiendo al hecho de que, en el marco del cohecho internacional, el funcionario extranjero se encuentra en un país distinto y a que resulta improbable que cualquier país en el que rija ese mecanismo de exculpación llegue a incoar un procedimiento por cohecho contra dicho funcionario extranjero²⁹.

²⁷ Las directrices elaboradas conjuntamente por el DOJ y la SEC estadounidenses indican, naturalmente sin revelar datos o identidades, que el DOJ rehusó presentar cargos en varias docenas de casos entre 2013 y 2015.

²⁸ Declaraciones efectuadas por el Fiscal General Adjunto Rosenstein el 29 de noviembre de 2017, con motivo de la 34ª Conferencia Internacional sobre la Ley FCPA, disponibles en el siguiente enlace: www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign.

²⁹ Recomendación 1 del Informe de la Fase 3 correspondiente a la República Checa; Informe de la Fase 4 (de próxima publicación); Recomendación 2.d) del Informe de la Fase 3 bis correspondiente a Grecia; Recomendación 3.e) del Informe de la Fase 2 y Recomendación 1 del Informe de la Fase 3 correspondientes a Polonia; Recomendación 2 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Portugal; Recomendación 1.c) del Informe de la Fase 3 correspondiente a la República Eslovaca; Recomendación 1.c) del Informe de la Fase 3 correspondiente a Eslovenia, y Recomendación 2.d) del Informe de la Fase 3 correspondiente a España. Desde entonces, la República Checa y Portugal han aplicado en su totalidad las recomendaciones pertinentes (*Fuente*: Informes de evaluación sobre la aplicación del *Convenio Anticohecho OCDE* en los países firmantes, disponibles en el enlace:

3. Claves para incentivar la presentación de *denuncias internas voluntarias*

3.1 *Capacitar a las empresas para detectar el cohecho*

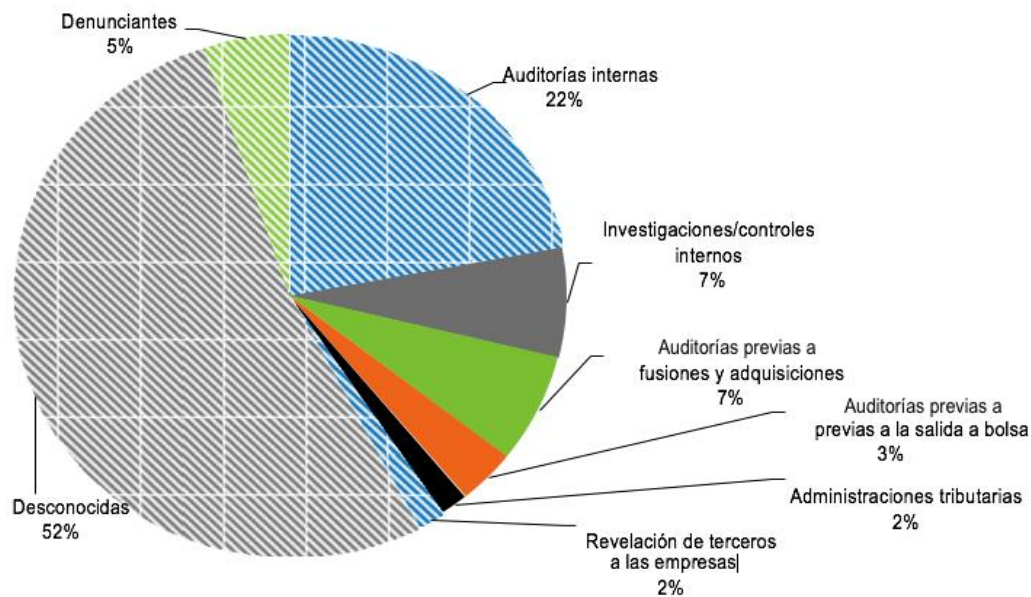
Con frecuencia, al enfrentarse a una denuncia interna fidedigna, las empresas pueden tener conocimiento de la existencia de indicios de cohecho gestionando sus propias actividades con arreglo a las políticas y procedimientos empresariales que prevén, en particular, la adopción de un enfoque proactivo basado en la evaluación de riesgos a los que se enfrenta la empresa para garantizar el nivel de cumplimiento necesario. La importancia de que existan controles internos eficaces, códigos de conducta y medidas de cumplimiento para detectar el cohecho internacional se describe y recomienda en el párrafo X de la Recomendación Anticohecho de 2009 y en su Anexo II (OCDE, 2009a). Algunos de los factores que complican la detección temprana del cohecho por parte de la empresa residen, entre otros, en si dicha empresa se sirve o no de intermediarios y la eficacia de sus medidas de diligencia debida en este sentido; en el posible control que ésta ejerce sobre las filiales y otras empresas del grupo y en si opera en múltiples jurisdicciones. Es igualmente indispensable contar con mecanismos rigurosos y eficaces para la protección de los denunciantes y sistemas de denuncia interna. El siguiente gráfico ilustra cómo, en el 22% de los casos de cohecho detectados gracias a denuncias internas voluntarias, la propia empresa denunciante fue la primera en detectar el cohecho en sus operaciones internacionales.

La publicación, por parte de las autoridades competentes, de información lo suficientemente detallada acerca de los medios por los que una determinada empresa ha llegado a descubrir el cohecho, siempre que sea posible y respetando el derecho a la intimidad de las personas y a no autoinculparse, puede ser de utilidad para las empresas y sus asesores. Una cooperación más estrecha entre organismos del sector público y privado a la hora de intercambiar información que permita detectar, evitar y combatir el cohecho internacional también puede servir de ayuda. El intercambio o la publicación de información sobre el método de detección en el marco de acuerdos o resoluciones judiciales permiten a las empresas actualizar de forma proactiva sus propias políticas y procedimientos internos. No obstante, se debe sopesar necesariamente el beneficio de dicha publicación de información frente a otras consideraciones fundadas en el deber secreto que recae en los abogados, el derecho a no autoinculparse y otros problemas de privacidad, principalmente por lo que respecta a las personas físicas involucradas en estos casos³⁰. En ciertas jurisdicciones, como el Reino Unido, puede contemplarse una excepción o límite al privilegio de confidencialidad para poder revelar información pertinente que podría incluir, previsiblemente, material y documentos relevantes para la detección del cohecho.

www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm

³⁰ La *Guía informativa sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero* (2012) señala que, para proteger el derecho a la intimidad y otros intereses tanto de aquellos sujetos contra los que no se han presentado cargos como de otras partes potencialmente interesadas, el DOJ y la SEC estadounidenses se abstienen de divulgar información de carácter no público acerca de asuntos que ha rehusado procesar.

Gráfico 2. Casos de cohecho descubiertos gracias a denuncias internas voluntarias



3.2 Brindar asistencia en lo referente a las denuncias internas voluntarias *Provide guidance on self-reporting*

Las *denuncias internas voluntarias* han de entenderse como uno de los elementos que ayudan a tener una visión panorámica o perspectiva más amplia respecto de la actitud cooperante de la empresa en cuestión en toda investigación posterior. El hecho de contar con unas directrices claras por lo que respecta a la definición o criterios de remisión para definir el concepto de «denuncia interna voluntaria», además de delimitar el alcance de las posibilidades conexas a dicha relación cooperativa, le será de utilidad a toda empresa que deba decidir si finalmente presenta una denuncia y le ayudará, en consecuencia, a determinar si está en condiciones de cumplir estos requisitos, acordes a los demás factores anteriormente expuestos. Aparte de las ya citadas *Directrices para la presentación de denuncias internas voluntarias por las empresas* de la SFO británica, otros países han desarrollado también recomendaciones fácilmente inteligibles y marcos de referencia prácticos dirigidos a las empresas.

El Programa Piloto FCPA, en virtud del que el DOJ **estadounidense** impulsó más activamente la presentación de denuncias internas voluntarias por parte de las empresas, contiene el conjunto de directrices más estructurado en materia de denuncias internas voluntarias. Con arreglo al Programa Piloto, toda *denuncia interna voluntaria* debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Presentación con carácter previo a toda investigación gubernamental, o antes de que exista el riesgo inminente de revelación;
- pronta ejecución, en un lapso temporal razonable desde que la persona jurídica tiene conocimiento del delito, y
- descripción de todos los hechos pertinentes de los que la empresa esté al corriente, incluidos aquellos que determinen la implicación de personas físicas en todo acto constitutivo de una violación de la Ley FCPA.

He aquí las premisas de las que parte el DOJ en lo concerniente a las circunstancias que han de concurrir para que una empresa pueda beneficiarse de una retirada de cargos o una circunstancia atenuante en respuesta a su total cooperación:

- Revelación tempestiva de todos los elementos pertinentes de la irregularidad en cuestión, incluidos los hechos relativos a la implicación de funcionarios, empleados o agentes de la empresa en la actividad delictiva;
- conservación, acopio y divulgación de documentos relevantes e información atinente a su procedencia;
- aportación oportuna de información actualizada sobre la investigación interna de la empresa;
- puesta a disposición del DOJ, previa solicitud, del contenido de las entrevistas a aquellos funcionarios y empleados de la empresa que estén en poder de información pertinente, incluidos, cuando sea posible y procedente, tanto funcionarios y empleados situados en el extranjero como antiguos funcionarios y empleados (quienes podrán invocar las garantías previstas en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos en lo referente al derecho a no autoinculparse en los procesos legales), y
- divulgación de documentos en el extranjero (salvo cuando lo impida la legislación extranjera).

Si bien estas directrices establecen de forma clara y fácilmente comprensible cuáles son las posibilidades conexas a toda relación cooperativa por parte de la empresa en cuestión, el fiscal ostenta un alto margen de discrecionalidad respecto de la eventual resolución de la controversia. Según el DOJ, el Programa Piloto ha logrado un aumento del número de denuncias internas voluntarias presentadas.

El Gobierno **brasileño** ha adoptado varias medidas con el objeto de brindar asistencia tanto a las autoridades competentes como a las empresas en lo referente a los procedimientos de presentación de denuncias internas voluntarias. La Orden Ministerial brasileña núm. 910, de 7 de abril de 2015, establece el procedimiento para que las autoridades competentes investiguen la responsabilidad administrativa de las empresas y negocien los denominados *acuerdos de indulgencia*. En este sentido, exhorta a las empresas a «declarar abiertamente que [habían sido] informadas de [sus] derechos, deberes y garantías, así como también se les había advertido de que el incumplimiento de los requerimientos y las resoluciones de la CGU [Controladuría General de la Unión] durante la fase de negociación invalidaría la propuesta» (art. 28.1)). Por otra parte, el órgano negociador del *acuerdo de indulgencia* debe determinar si la empresa fue la primera en manifestar su interés en cooperar en la investigación de las irregularidades (art. 30.II.a)). Adicionalmente, el Ministerio de Transparencia brasileño ha publicado una serie de directrices técnicas que establecen las reglas para las comisiones encargadas del referido tipo de acuerdos, al tiempo que incluyen los criterios o parámetros para el cálculo de las sanciones. Estos documentos no son de acceso público en la medida en que abordan las estrategias de negociación. Sin embargo, el Ministerio de Transparencia brasileño ha publicado una guía detallada en materia de *denuncias internas voluntarias* y *acuerdos de indulgencia*³¹ dirigida a las empresas y un portal web para resolver dudas y

³¹ A este respecto, consúltese el siguiente enlace: www.cgu.gov.br/noticias/2017/03/ministerio-da-transparencia-esclarece-procedimentos-do-acordo-de-leniencia (disponible en portugués).

responder a preguntas sobre el tema³². Es igualmente necesario llevar a cabo una labor de concienciación para asegurarse de que las empresas estén familiarizadas con las directrices relativas a la presentación de denuncias internas voluntarias: un artículo reciente citaba las declaraciones de un fiscal brasileño acerca de la existencia de empresas que, indebidamente, habían decidido no denunciar posibles delitos de cohecho perpetrados con anterioridad a la *Ley Anticorrupción* brasileña de 2014³³.

En **Canadá**, la Unidad Anticorrupción Internacional de la Real Policía Montada de Canadá (RPMC) ha puesto en marcha diversas iniciativas para llegar a los ciudadanos (incluidos los representantes de la industria, empresas y bufetes de abogados), animándoles incluso a adoptar una actitud más proactiva en relación con la denuncia voluntaria de los casos de soborno descubiertos gracias a herramientas como los controles internos y las medidas de cumplimiento, lo que necesariamente va de la mano de destacar la importancia de adoptar y aplicar dichas herramientas. Se han abierto importantes líneas de investigación en el ámbito del cohecho internacional que ahora puede seguir la Unidad Anticorrupción Internacional de la RPMC como resultado de las denuncias internas voluntarias de algunas empresas, entre ellas la relativa al caso cerrado de la Griffiths Energy International Inc.³⁴, empresa dedicada a las actividades de exploración y producción de petróleo y gas.

Cuadro 5. Estudio de caso de Canadá: *Griffiths Energy International Inc.* (2013)

El 22 de enero de 2013, la Griffiths Energy International Inc. (conocida como «Griffiths»), empresa con sede en Calgary (Alberta), se declaró culpable del delito de cohecho internacional, contemplado por la Ley CFPOA, consistente en el pago de sobornos para conseguir un contrato en el sector hidrocarburos en Chad. La Griffiths admitió haberse comprometido a transferir la suma de 2 millones de dólares canadienses en efectivo y acciones a cambio de un control casi exclusivo sobre el acceso a los recursos en dos regiones. A raíz del pago adicional de una gratificación por valor de 40 millones de dólares canadienses al Gobierno del Chad por la firma del contrato, la Griffiths obtuvo el derecho de acceso a los recursos. Tras la denuncia interna voluntaria de la empresa, habida cuenta de su total cooperación en la investigación llevada a cabo por la Unidad Anticorrupción Internacional de la RPMC y su admisión de culpabilidad, el Tribunal Supremo de Justicia de Alberta (División de la Corte de la Reina) condenó a la Griffiths al pago de una multa de 10,35 millones de dólares canadienses. Adicionalmente, el fiscal del SPPC (Servicio de Persecución Penal de Canadá) procedió a incoar un procedimiento de decomiso en referencia a las acciones adquiridas por tres de los destinatarios de los sobornos.

Fuente: Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondiente a Canadá (2013).

³² Vid. www.cgu.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-leniencia-passo-a-passo-parte-2 (disponible en portugués).

³³ A este respecto, léase el artículo con el titular «Multinacionales que no denuncian las irregularidades ante las autoridades competentes, advierte un fiscal brasileño» (*Multinationals failing to report misconduct to us, warns Brazilian prosecutor*) publicado, el 23 de mayo de 2017, por la agencia internacional de noticias *Global Investigations Review* (GIR).

³⁴ En virtud de las enmiendas introducidas en 2013 a la *Ley canadiense sobre Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros* (CFPOA, por sus siglas en inglés), la RPMC tiene la competencia especial de formular cargos tanto por los delitos enumerados en la Ley CFPOA como por los delitos de confabulación, tentativa, instigación y asociación en relación con los delitos contemplados en la CFPOA. Así pues, en la práctica, las denuncias internas voluntarias relativas a la comisión de dichos delitos se canalizan o presentan ante la RPMC.

Si bien es cierto que no existe un marco jurídico que regule la presentación de denuncias internas voluntarias en **Suiza**, la Oficina suiza del Fiscal General (OAG), en un comunicado público con motivo de la conferencia celebrada en Zúrich, el 21 de octubre de 2015, confirmó su postura favorable en relación con las denuncias internas voluntarias, por las empresas, de presuntos casos de corrupción³⁵ que recaen, desde el punto de vista jurídico, en el marco del régimen de *imposición de penas y procedimiento simplificado*. La OAG no ha elaborado directrices ni recomendaciones internas para sus fiscales. En el seno de la OAG, todos estos casos han de someterse a la atención y aprobación del jefe de la división correspondiente, lo que garantiza que concurren los principios de igualdad de trato y aplicación correcta del criterio de interés general. De igual modo, no existen unas directrices públicamente disponibles, motivo por el que la OAG recomienda a las empresas que realicen solicitudes anónimas de información y asesoramiento directamente ante sus dependencias.

3.3 *Establecer procedimientos claros de denuncia*

La clave para facilitar e incentivar la presentación de un número cada vez mayor de denuncias internas voluntarias por parte de las empresas radica en habilitar y dar a conocer la existencia de canales de denuncia a tal efecto. En **Estados Unidos**, suele ser práctica habitual el que las denuncias internas voluntarias las presente, generalmente, un abogado de la empresa poniéndose en contacto con los Directores de la División de aplicación de la Ley FCPA del SEC y/o de la Sección de Lucha contra el Fraude del DOJ, respectivamente. Esta última ha habilitado incluso una dirección de correo electrónico para la recepción de denuncias de todo acto constitutivo de una violación de la Ley FCPA.

La **Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO)** ha establecido su propio mecanismo de presentación de denuncias voluntarias de las empresas en línea, a través de su portal web, en el que se describe qué pasos han de dar las propias empresas y/o sus asesores a la hora de denunciar irregularidades ante la SFO. He aquí las fases del procedimiento de denuncia:

- El contacto inicial y cualquier comunicación posterior deben efectuarse a través de la Unidad de Inteligencia de la SFO, la única división de la SFO competente en la tramitación de este tipo de denuncias, por medio de un formulario seguro de denuncia en línea.
- Como parte del procedimiento de presentación de denuncias internas voluntarias, deberá facilitarse copia impresa de los informes que establecen la naturaleza y el alcance de toda investigación interna a la Unidad de Inteligencia de la SFO.
- Como parte también del procedimiento de presentación de denuncias internas voluntarias, deberá aportarse toda la documentación justificativa, incluidos correos electrónicos, pruebas documentales bancarias y testimonios de los testigos, entre otros, a la Unidad de Inteligencia de la SFO.
- En el transcurso de cualquier investigación interna abierta, podrán presentarse, asimismo, pruebas materiales adicionales.

³⁵ *Reglamento Anticorrupción* (Suiza), ©Law Business Research 2016, Bühr & Henzelin, disponible en el siguiente enlace:
www.lalive.ch/data/publications/Anti_Corruption_Regulation_Switzerland.pdf.

Al margen de la información apenas mencionada, la SFO no efectuará recomendación alguna dirigida a las empresas o sus asesores sobre el formulario normalizado para la presentación de denuncias internas voluntarias, así como tampoco les informará del posible resultado de dichas denuncias hasta haber finalizado el proceso correspondiente y toda investigación posterior.

3.4. Ofrecer incentivos que promuevan y faciliten la denuncia

El ofrecimiento de incentivos sobre la base de cualquiera de los criterios y/o atendiendo a las circunstancias antes mencionadas puede llegar a facilitar, en la práctica, la presentación de denuncias internas voluntarias por parte de las empresas. Es innegable que el Programa Piloto que el DOJ puso en marcha en abril de 2016 condujo a un aumento del número de denuncias voluntarias que recibió dicho órgano. Si bien es cierto que en algunas jurisdicciones no existe garantía alguna de que la empresa que presente una denuncia interna voluntaria vaya a poder obtener un resultado más favorable, no es menos cierto que la reducción de la sanción impuesta a las empresas denunciadas, frente a la aplicable a aquellas otras que no denuncian, puede traducirse en un incentivo claro e indiscutible para decidirse a denunciar voluntariamente el supuesto quebrantamiento de la ley. Además, el hecho de facilitar la oportuna denuncia interna voluntaria, herramienta que mejor permite a la autoridad competente correspondiente la obtención de pruebas e indicios fehacientes, reporta un beneficio evidente a las autoridades. Es más, la pronta ejecución de la denuncia puede llevar aparejado también el que la autoridad competente correspondiente pueda dirigir la investigación interna y tener acceso a documentos relevantes, si así lo desea.

3.5 Dotar a las autoridades nacionales de la capacidad operativa necesaria para detectar, perseguir y sancionar el cohecho internacional

Aunque el hecho de ofrecer tanto incentivos como orientación a las empresas es fundamental de cara a la presentación de denuncias internas voluntarias, las posibilidades de detección del delito de cohecho internacional por las autoridades competentes deben ser reales y ciertas con miras a incentivar la presentación de este tipo de denuncias en la práctica. Mientras que puede que algunas empresas opten por presentar una denuncia interna voluntaria por razones éticas o asumir la responsabilidad dimanante de actos ilícitos previos, es probable que otras se muestren dispuestas a denunciar únicamente cuando tengan la convicción de que las autoridades competentes tienen la suficiente capacidad para detectar e investigar el cohecho internacional. En consecuencia, es fundamental dotar a las propias autoridades competentes de los recursos y conocimientos técnicos pertinentes, así como conferirles las competencias de investigación necesarias en los casos de cohecho internacional, si lo que se pretende es incentivar la presentación de denuncias internas voluntarias. En este sentido y a modo de ejemplo, para asegurarse de poder detectar el cohecho internacional, la SFO ha reforzado las competencias y atribuciones de su Unidad de Inteligencia.

Asimismo, es probable que, ante la eventualidad de que las autoridades competentes sean informadas o alertadas de la existencia de irregularidades por otra vía o fuente, las empresas se animen a denunciar en una fase más temprana y con mayor frecuencia, circunstancia ésta que podría verificarse en aquellos sistemas que únicamente contemplan la aplicación de un incentivo o atenuante en respuesta a las denuncias internas voluntarias cuando la autoridad en cuestión desconociese los hechos. Por otra parte, la ocultación puede constituir una circunstancia agravante en las jurisdicciones pertinentes.

Por último, conviene señalar que la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en los casos de cohecho internacional es un requisito igualmente imprescindible, tanto en el plano jurídico como en la práctica, para fomentar la presentación de denuncias internas voluntarias, ya que ante la falta de penas coherentes y disuasorias para los delitos vinculados al cohecho internacional en un determinado país, el interés o aliciente por presentar denuncias internas voluntarias y, en términos más generales, por cooperar puede verse mermado. En cualquier caso, dicho sistema de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias también debe prever la reducción o minoración de las penas aplicables a las empresas denunciadas como medida de estímulo. Adicionalmente, en algunas jurisdicciones, la adopción de acuerdos evita la exclusión de las empresas o prohibición de su participación en procedimientos de contratación pública, lo que puede traducirse en un importante incentivo para que las empresas cuya actividad comercial se circunscribe, en gran parte, a la contratación pública se animen a presentar denuncias internas voluntarias.

4. Otros factores que pueden llevar a las empresas a presentar una *denuncia interna voluntaria*

Las consideraciones y el análisis anterior se centran en cuestiones que el legislador y/o las autoridades competentes habrían de tener en cuenta a la hora de concebir métodos o estrategias de denuncia. Sin embargo, cabe puntualizar que toda empresa que sopesa la decisión de presentar una denuncia interna voluntaria también deberá tener en cuenta lo que, probablemente, sea una serie de cuestiones complejas, desde asuntos de derecho penal y laboral hasta aspectos normativos, tales como:

- **Jurisdicción:** Toda empresa deberá tener en cuenta qué países y, por consiguiente, qué autoridades podrían tener interés en las cuestiones o problemas planteados. El caso de la multinacional SBM Offshore ilustra cómo una empresa presenta denuncias internas voluntarias en múltiples jurisdicciones. A la hora de decidirse a presentar la denuncia en una determinada jurisdicción, las empresas deben tener presente que, en países en los que rige el *principio de legalidad*, los fiscales deberán abrir una investigación una vez tengan conocimiento de la posible comisión de un delito³⁶. Por otra parte, en virtud de los acuerdos de intercambio de información entre las autoridades policiales de distintas jurisdicciones, la policía de una determinada jurisdicción puede verse obligada a compartir el contenido de los testimonios y declaraciones de que disponga con las autoridades de otras jurisdicciones. Del mismo modo, otras autoridades también pueden optar por intercambiar información de una jurisdicción a otra, si están autorizadas a hacerlo. La importancia otorgada al principio del «non bis in ídem» (o *principio de la prohibición de castigar dos veces por el mismo hecho*) puede diferir igualmente de una jurisdicción a otra. Cabe puntualizar, asimismo, que las autoridades correspondientes deben ser conscientes del riesgo potencial de búsqueda del órgano jurisdiccional más favorable (lo que se conoce con el nombre de «*forum shopping*») para asegurarse de que las empresas no pretendan

³⁶ A modo de ejemplo, el *principio de legalidad* que se establece en el artículo 152.2 del Código Procesal Penal alemán (*Strafprozessordnung* o *StPO*) obliga a los fiscales y a las autoridades policiales a adoptar medidas contra toda persona sobre la que existan sospechas fundadas de realización de actividades delictivas. En consecuencia, los fiscales alemanes no tienen poder discrecional alguno para decidir iniciar una investigación.

a toda costa obtener una resolución más ventajosa en una jurisdicción alternativa a otra que tenga más fama de ofrecer resoluciones más favorables. Por su parte, las empresas prefieren una mejor orientación y armonización entre jurisdicciones. No obstante, el alcance y envergadura de estas cuestiones exceden del objeto de estudio del presente informe, que no es otro que los métodos de detección.

- **Momento y objeto de la denuncia:** Toda empresa deberá decidir hasta qué punto han de investigarse internamente las irregularidades detectadas, de tal forma que la denuncia contenga la suficiente cantidad de información y otros datos relevantes que permitan demostrar también que se ha presentado en un plazo razonable y de forma voluntaria. En ciertas jurisdicciones, puede resultar imposible realizar investigaciones internas debido a la existencia de disposiciones sobre protección de la información o leyes laborales específicas. Las autoridades competentes pueden exigir la divulgación de la información obtenida con motivo de las investigaciones internas realizadas, pudiendo introducirse una excepción al derecho y *deber de secreto* que recae en los abogados a tal efecto.
- **Gestión de la imagen (o reputación corporativa):** La cobertura mediática de la existencia de una denuncia interna voluntaria puede dañar la imagen o *reputación corporativa* de una organización, lo que podría, por un lado, afectar negativamente al precio de sus acciones y a la capacidad de conseguir nuevos contratos y, por otro, cuando la denuncia presentada permita agilizar la resolución del caso, puede tener efectos más a corto plazo sobre la reputación de dicha organización.
- **Obligación de secreto profesional de los abogados:** A la hora de facilitar información a las autoridades, toda empresa debe necesariamente ponderar con carácter previo la probabilidad de que esa información se acabe compartiendo con otras jurisdicciones. Esta circunstancia puede dar origen a problemas relativos a la pérdida de control y privilegios sobre ese material en caso de utilizarse en otros procesos penales o civiles. Como se ha mencionado anteriormente y a la luz de la sentencia en el caso *Director de la SFO vs. Eurasian Natural Resources Corporation Ltd* (2017), en el Reino Unido la información obtenida en el marco de las investigaciones internas no necesariamente estará sometida al *secreto profesional*³⁷.
- **Repercusiones para las personas físicas/empleados:** Cualquier empresa puede albergar reservas sobre la responsabilidad de sus empleados y sobre la posibilidad de que se incoe el correspondiente procedimiento penal contra ellos. Esto ocurre sobre todo cuando los altos directivos y/o consejeros siguen siendo empleados de la empresa pese a estar eventualmente implicados en las irregularidades detectadas. En determinados países, los mecanismos de presentación de denuncias internas voluntarias y la posterior cooperación con las autoridades puede ampliarse y llegar incluso a la cooperación en procesos legales contra particulares. La empresa deberá ocuparse, asimismo, de cualquier problema inherente a la legislación laboral local o relativo a la protección de datos. Adicionalmente, pueden surgir otros problemas referentes a privilegios,

³⁷ En el momento de publicación del presente trabajo, se había admitido a trámite la apelación formulada por la ENRC.

exenciones o hasta inmunidad, en caso de que la empresa pretenda entrevistar a, o bien obtener las declaraciones y los testimonios de esas personas.

- **Costes:** Habida cuenta de que la presentación de denuncias internas voluntarias va aparejada a la cooperación permanente en la investigación con las autoridades competentes, toda denuncia requerirá presumiblemente una mayor dedicación y esfuerzos por parte del empleado, a lo que hay que añadir los honorarios de asesores tanto internos como externos. Por otro lado, los procedimientos abreviados derivados de la presentación de denuncias internas pueden ahorrar los costes, tanto desde el punto de vista económico como reputacional, asociados a los procedimientos prolongados.

Conclusión

La enumeración precedente de consideraciones dará origen, sin duda, a divergencias en las recomendaciones de los asesores o de los gestores y/o administradores de las empresas. El recurso a la denuncia interna voluntaria será una opción obvia en algunos casos como, por ejemplo, cuando un denunciante o una auditoría interna suscitan serias preocupaciones, mientras que, en otros casos, la empresa afectada puede albergar enormes dudas acerca de si conviene denunciar dichas conductas ante las autoridades competentes, especialmente cuando se trata de graves irregularidades. Es precisamente en estos casos en los que se precisan claros incentivos que hagan inclinarse la balanza a favor de la presentación de una denuncia interna voluntaria a la vista de sus posibles resultados para la empresa en cuestión. Las eventuales ventajas de presentar la denuncia correspondiente o la posibilidad de obtener sanciones más gravosas ante la falta de denuncia han de ser tales que las otras muchas cuestiones analizadas pasen a un segundo plano. Los incentivos pueden bien responder al modelo de denuncia, bien tener efectos en la gradación de la sanción aplicable, o bien ambas cosas simultáneamente. Asimismo, la implantación de estrategias o fórmulas similares en las distintas jurisdicciones en lo concerniente al tipo y nivel de los incentivos existentes, junto con otros ejemplos de cooperación entre autoridades en casos multijurisdiccionales generaría una mayor seguridad jurídica entre las empresas con referencia a los efectos de las denuncias internas voluntarias.

Capítulo 2

Denunciantes y mecanismos de protección de denunciantes

Introducción

Los denunciantes son una fuente importante de detección de casos de cohecho internacional, llegando a aportar frecuentemente pruebas decisivas para que la acción judicial prospere. Sin embargo, tan sólo el 2% de las tramas de cohecho internacional que acarrearán sanciones (5 casos) se detectó gracias a la iniciativa de los denunciantes que, en su mayoría, no informaron directamente a las autoridades competentes, sino que alertaron internamente de la situación a su organización³⁸. Las autoridades rara vez explican públicamente que la detección ha tenido lugar gracias a un denunciante debido, precisamente, a la necesidad de proteger la identidad de los sujetos involucrados. El caso *Luxleaks* volvió a poner en relieve el papel de los denunciantes en la defensa del interés general. El caso siguiente ilustra cómo la actuación de un denunciante condujo a las autoridades a un resultado satisfactorio.

Cuadro 6. Estudio de caso de Estados Unidos: *Caso Mikerin (2015)*

La Transport Logistics International (TLI), una empresa con sede en Estados Unidos especializada en el transporte de combustible nuclear para uso civil entre la Federación de Rusia y los Estados Unidos, conspiró y se asoció a otros sujetos, entre ellos sus directivos situados en Estados Unidos, para pagar sobornos que ascendían aproximadamente a 2 millones de dólares estadounidenses, entre 2004 y 2013, a Vadim Mikerin, un funcionario extranjero de Techsnabexport (Tenex), una empresa pública rusa que vendió y transportó combustible nuclear en nombre y por cuenta de la Federación de Rusia y de su agencia nuclear, la Rosatom. Hasta la fecha, tres personas se han declarado culpables de diversos de los delitos contemplados por la Ley FCPA, incluido Vadim Mikerin, que se declaró culpable del delito de asociación para el blanqueo de capitales y fue condenado a 48 meses de prisión. El caso fue detectado por un confidente gubernamental a quien Mikerin le pidió pagar y blanquear el dinero de sobornos. Ese confidente informó a las autoridades del FBI, que abrieron una investigación y descubrieron el pago de otros sobornos por parte de la TLI.

La reticencia de los denunciantes a informar a las autoridades competentes probablemente se deba a la falta de tutela judicial efectiva en muchos países firmantes del

³⁸ Esta cifra, basada en el texto de sentencias públicamente disponibles, documentos relativos a casos cerrados de cohecho internacional de funcionarios públicos extranjeros y otras fuentes como, por ejemplo, información aparecida en los medios de comunicación, no ha sido confirmada por los Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, principalmente por aquellos con estrictas normas de confidencialidad que impiden cualquier tipo de vinculación de los denunciantes a los casos cerrados.

Convenio Anticohecho OCDE. Según un informe de 2016 de la OCDE, apenas 14 de los 43 Estados firmantes del referido Convenio habían adoptado medidas que cumplieren satisfactoriamente las disposiciones presentes en la *Recomendación Anticohecho de 2009* relativas a la protección de denunciantes del sector privado³⁹. El GTC ha declarado que la implementación de marcos efectivos de protección de los denunciantes constituye un problema que afecta transversalmente y al que se enfrentan muchos de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*.

La *Recomendación Anticohecho de 2009* aconseja a los países asegurarse de que «se adoptan las medidas necesarias para proteger de acciones discriminatorias o disciplinarias a los empleados de los sectores público y privado que denuncian ante las autoridades competentes, de buena fe y por razones justificadas, presuntos actos de corrupción y cohecho» (OCDE, 2009a, inciso iii) de la Recomendación IX). La *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública* aboga por la existencia de «normas y procedimientos claros para denunciar supuestas violaciones de las normas de integridad, y [...] protección, tanto en el plano jurídico como en la práctica, contra cualquier tipo de trato injustificado como resultado de toda denuncia de buena fe y por razones justificadas», al tiempo que aconseja «habilitar vías alternativas para denunciar presuntas violaciones de las normas de integridad y contemplar, en su caso, la posibilidad de presentar una denuncia confidencial ante un órgano con la competencia y cometido de realizar una investigación independiente» (OCDE, 2016e, Recomendaciones 9.b) y 9.c)).

No existe una definición de «denunciante» internacionalmente aceptada. Un *denunciante* puede ser cualquier persona que notifique las sospechas de cohecho de funcionarios públicos extranjeros a las autoridades competentes, un empleado que informe internamente a la empresa en cuestión o terceros que denuncien las irregularidades a las autoridades competentes o las pongan en conocimiento de los medios de comunicación. En ocasiones, los denunciantes también están implicados en el delito. Debe otorgarse protección a los denunciantes, independientemente de las razones que los lleven a revelar las irregularidades y sin importar si efectúan la denuncia directamente ante las autoridades competentes, si informan primero internamente a la empresa o bien a los medios, a un cargo electo de la Administración pública o a la sociedad civil (*p.ej.* un grupo de apoyo o una ONG). La importancia de proteger a los denunciantes para facilitar la detección de delitos por medio de denuncias internas voluntarias, el periodismo de investigación y los informes facilitados por profesionales del ramo de la auditoría y del derecho se aborda en otros capítulos del informe, mientras que el capítulo que nos ocupa explorará varios métodos, mecanismos y estrategias que inciten la presentación de denuncias, incluida la tutela judicial efectiva para proteger a los denunciantes contra posibles represalias.

1. Cómo incitar a los denunciantes a informar de presuntos casos de cohecho internacional a las autoridades competentes

1.1 Desarrollando campañas informativas y de sensibilización

Es fundamental poner en marcha una campaña informativa y de sensibilización acerca de los mecanismos de protección de denunciantes y de los canales de denuncia

³⁹ OCDE (2016b), pág. 105. En el momento de publicación del presente informe y con posterioridad, varios países aprobaron una ley en materia de protección de los denunciantes que aún no ha sido sometida a evaluación por el GTC.

disponibles para garantizar la efectividad de toda estructura o marco normativo para la presentación de denuncias. Los denunciantes deben saber dónde, cómo y cuándo presentar una denuncia; que se preservará la confidencialidad de su identidad como denunciantes y que se les protegerá de posibles represalias. Por otra parte, la campaña de sensibilización sobre la importancia de los denunciantes puede contribuir a fomentar la cultura del «hablar sin tapujos» y a desestigmatizar la denuncia de irregularidades. A modo de ejemplo, la Oficina de Denunciantes (OWB, por sus siglas en inglés) de la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) **estadounidense** participa en actividades dirigidas al público en general que tienen por objeto mentalizar e instruir a los ciudadanos sobre el programa de denunciantes de la SEC. Entre el público al que se dirigen estas actividades se encuentran denunciantes potenciales, defensores de los denunciantes, asesores jurídicos en materia de cumplimiento corporativo y abogados. Adicionalmente, la OWB realiza su labor e intenta alcanzar su objetivo a través de su página web: www.sec.gov/whistleblower, que contiene información detallada acerca del citado programa, copias de los impresos o formularios necesarios para presentar una denuncia o solicitar una indemnización económica, un listado de medidas y actuaciones que llevan aparejada la posibilidad de solicitar una indemnización económica (*recompensa*), enlaces a recursos útiles y respuestas a las preguntas más frecuentes.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Campañas informativas y de sensibilización sobre los marcos de denuncia de irregularidades	
Corea: Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC)	<p>Desde la entrada en vigor de la <i>Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público</i>, la Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC, por sus siglas en inglés), órgano responsable de su implementación, ha emprendido varias iniciativas de sensibilización tanto en relación con la lucha contra la corrupción, como es el caso de la Mesa redonda anual sobre políticas de la ACRC para empresas extranjeras en Corea, con motivo de la que el Presidente de la ACRC invita a los dirigentes de empresas extranjeras que desarrollan su actividad en Corea a examinar la política coreana anticorrupción, como por lo que respecta a la protección de denunciantes, que abarca actividades tales como, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Talleres de trabajo sobre el tratamiento de las denuncias y la protección de los denunciantes de los sectores público y privado (2012 y 2014); • seminarios dirigidos a distintos grupos de la opinión pública (organismos públicos, empresas y ciudadanos) para sensibilizarlos sobre la importancia de denunciar y de preservar el interés general (alrededor de 3 500 participantes en 2011 y 2012); • distribución anual, desde 2013, de materiales promocionales (anuncios publicitarios de TV, carteles, folletos, anuncios en portales web y materiales videográficos a bordo de trenes); • actualización y distribución de presentaciones PowerPoint sobre la presentación de denuncias y la protección de denunciantes para la capacitación de empleados de organismos públicos (2012, 2013, 2014 y 2016); • distribución y realización de actividades formativas en línea sobre las denuncias de interés general (2014 y 2016); • distribución a las empresas de la <i>Guía para la protección de denunciantes</i> (2015), y

	<ul style="list-style-type: none"> • anuncios en periódicos (2014), libro electrónico sobre buenas prácticas para presentar denuncias de interés general (2015) y anuncios publicitarios de radio (2016). <p>La ACRC se esforzó también por sensibilizar e informar a los jóvenes sobre la importancia de las denuncias de interés general mediante la publicación de emoticonos para el móvil y <i>webtoons</i> o cómics en línea (2012). En 2011, cerca del 16% del público al que iban dirigidos estaba familiarizado con el sistema de protección de denunciantes, cifra que aumentó hasta el 23,6% en 2012 y se disparó al 28,4 en 2016.</p> <p><i>Fuentes: Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondiente a Corea (OCDE, 2014) y Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC) de Corea.</i></p>
<p>Irlanda: Iniciativa Integridad Laboral (IAW)</p>	<p>La colaboración entre el gobierno y la sociedad civil también sirven para informar y sensibilizar a los ciudadanos sobre la importancia de denunciar las irregularidades detectadas y de proteger a los denunciantes. Encontramos un ejemplo reciente de colaboración en la <i>Iniciativa Integridad Laboral</i> (IAW, por sus siglas en inglés), que tiene por objeto ayudar a los empleadores a cumplir las disposiciones de la <i>Ley sobre Divulgación de Información Privilegiada</i> (2014) y fomentar entornos de trabajo en los que la gente se sienta segura y libre de denunciar las irregularidades detectadas. La Iniciativa IAW y el Centro irlandés de Transparencia y Asesoría Jurídica (TLAC, por sus siglas en inglés), un centro independiente fundado por Transparencia Internacional (TI) Irlanda que brinda asesoría jurídica especializada gratuita sobre la revelación de información privilegiada, están a cargo de TI Irlanda y son financiados por el Ministerio irlandés de Gasto Público y Reformas y el Ministerio de Justicia e Igualdad*. Los miembros del programa IAW pertenecen a los sectores público, privado y de entidades sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, 24 organizaciones se han adherido o manifestado su intención de adherirse a la Iniciativa IAW. Se ha registrado la afluencia de más de 100 participantes en los dos Foros IAW (seminarios y talleres de trabajo) celebrados entre los meses de diciembre de 2016 y junio de 2017, con la finalidad de ofrecer asesoría especializada a los empleadores sobre cuestiones relevantes como pueden ser las investigaciones y controles internos, el cumplimiento de la <i>Ley de Protección de la Información Divulgada</i> y otros temas relacionados. Como resultado, se ha producido un aumento de más del 200% en el número de denunciantes que llaman a la línea de ayuda <i>Speak Up</i> desde que se pusiera en marcha, en 2011. Por su parte, el TLAC también ha venido prestando asesoría jurídica gratuita, desde marzo de 2016, a clientes que siguen trabajando (o han trabajado) en sectores como la sanidad, servicios sociales y la administración pública, entre otros.</p> <p>* Más información disponible en el siguiente enlace: http://transparency.ie/integrity-work.</p>

1.2 Habilitando canales de denuncia de fácil acceso

La *Recomendación Anticohecho de 2009* insta a los países a garantizar que existan vías o canales de denuncia de fácil acceso para notificar a las autoridades competentes presuntos delitos de cohecho internacional, respetando los principios jurídicos fundamentales de los países miembros (OCDE, párrafo IX, inciso i) de la Recomendación de 2009). Es importante asegurarse de que las denuncias pueden efectuarse y presentarse por varios medios (*p.ej.* teléfono, fax, correo electrónico y en línea), de tal forma que los denunciantes puedan optar por aquel que más se ajuste a sus circunstancias. Así, por ejemplo, es probable que los denunciantes que se encuentran en oficinas con espacios abiertos se muestren reacios a utilizar servicios en línea o de atención telefónica durante el horario laboral, prefiriendo presentar la denuncia por otros medios una vez se encuentren fuera de su puesto de trabajo. En consecuencia, no sólo es necesario habilitar canales de denuncia de fácil acceso, sino también darlos a conocer y publicitarlos

debidamente. El GTC recomendó a 17 países llevar a cabo campañas informativas y de sensibilización dirigidas a los sectores público y privado sobre los canales de denuncia operativos⁴⁰.

La Oficina de Denunciantes (OWB) de la SEC estadounidense, creada por la *Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Defensa del Consumidor* de 2010, entró en funcionamiento en 2011. En 2017, la OWB recibió más de 4 400 denuncias, casi un 50% más que en 2012 (su primer año en pleno funcionamiento). A comienzos de agosto de 2011, quienes deseen participar en el programa de denuncias de la SEC estadounidense deben enviar sus denuncias haciendo clic en el botón «Enviar denuncia» del portal en línea de la SEC o cumplimentando el modelo impreso correspondiente («Formulario TCR»). La OWB dio a conocer el portal en línea: 1) publicitándolo activamente a través de seminarios web, presentaciones, ponencias, comunicados de prensa y otras comunicaciones de carácter público; 2) habilitando una línea directa de atención al denunciante y remitiendo a las personas que llamaban al portal en línea, y 3) en reuniones mantenidas con denunciantes, con los defensores de potenciales denunciantes y con asesores jurídicos en materia de cumplimiento corporativo y abogados para fomentar el uso del portal en línea.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Portal de notificaciones o denuncias

Estados Unidos: «Enviar denuncia», Oficina de Denunciantes de la SEC, denuncia en línea

El artículo 21.F).9) de la *Ley de la Bolsa de Valores* estadounidense brinda a los denunciantes la opción de remitir sus denuncias electrónicamente a través del portal en línea que se nutre directamente del Sistema de Denuncias, Reclamaciones o Notificaciones (TCR, por sus siglas en inglés), por correo electrónico o bien cumplimentando el Formulario TCR y enviándolo vía fax a la OWB. Esta flexibilidad ayuda a los denunciantes que no tienen acceso a un ordenador o que prefieren enviar la información de la que disponen en formato impreso. En los casos en que los denunciantes optan por enviar la copia impresa del Formulario TCR, la OWB se encarga de introducir manualmente la denuncia en el Sistema TCR para poder examinar, contrastar y registrar correctamente toda la información aportada, al igual que ocurre con las denuncias recibidas a través del portal en línea.

El sitio web de la OWB (www.sec.gov/whistleblower) contiene información detallada sobre el programa, copias de los formularios necesarios para presentar una denuncia o solicitar una recompensa, un listado de medidas y actuaciones que llevan aparejada la posibilidad de solicitar una recompensa, enlaces a recursos útiles y respuestas a las preguntas más frecuentes.

Fuente: Informe anual 2016 de la Oficina de Denunciantes (OWB) de la SEC.

El 1 de julio de 2016, entró en vigor la *Ley de creación de la Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias (Wet Huis voor Klokkeluiders)*. El objetivo de esta Ley es mejorar las modalidades de denuncia o notificación de una sospecha sobre la comisión de

⁴⁰ Alemania, Bulgaria, Corea, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, República Eslovaca, Sudáfrica y Turquía. Esta lista comprende los países a los que el GTC dirigió dicha recomendación en el marco de los trabajos de evaluación y elaboración del consiguiente Informe de la Fase 3. En el caso de Alemania, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, México y la República Eslovaca, las recomendaciones formuladas iban encaminadas a garantizar la adopción de medidas adecuadas tanto para proteger a los denunciantes como para dar a conocer estos mecanismos de denuncia.

irregularidades internas y garantizar una mejor protección a quienes deciden denunciar. Asimismo, la citada Ley establece la creación de una Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias encargada de recibir, investigar y transmitir la información privilegiada revelada, informar de supuestas represalias, o ambas cosas. En virtud de esta Ley, las empresas neerlandesas con 50 o más empleados deben establecer mecanismos internos de denuncia y protección de los denunciantes. Dicha Ley establece además en qué orden han de efectuarse las denuncias: en primer lugar, ha de efectuarse una denuncia interna en el seno de la empresa, después ante la autoridad competente y, en última instancia, ante la Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias, salvo en dos casos que responden a situaciones de emergencia: cuando la empresa o autoridad correspondientes no han puesto en marcha el mecanismo de denuncia pertinente, o cuando las irregularidades atañen al máximo nivel de representación o al más alto nivel de dirección. La *Ley de creación de la Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias* reconoce a todo empleado el derecho a obtener asesoría jurídica confidencial sobre el mejor modo de proceder antes de presentar una denuncia, bien del abogado de empresa, de un letrado de la Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias, de un abogado privado o de otro asesor jurídico. Durante los primeros 6 meses de funcionamiento, 532 personas contactaron con el Departamento de Asesoría Jurídica de la Agencia de Tramitación de Denuncias: 70 de las consultas y peticiones de asesoramiento efectuadas guardaban relación con denuncias de irregularidades; 183 se hallaban todavía en fase de evaluación en diciembre de 2016. Desde el punto de vista de los temas tratados, el 33% de las solicitudes se referían a irregularidades en el sector público, el 32% a irregularidades en el sector privado y el 23% a irregularidades en organismos de carácter semiprivado (*Whistleblowers Authority*, 2016).

La Fiscalía **británica** de Delitos Económicos Graves (SFO) ha actualizado recientemente sus procedimientos de denuncia de irregularidades con el fin de aumentar el número de denuncias presentadas. El pasado mes de enero de 2016, la SFO uso en marcha un nuevo sitio web que introducía un formulario de denuncia en forma de «árbol de decisión» que plantea a quienes denuncian una serie de preguntas para intentar establecer, desde el principio, si la información aportada debe remitirse a la SFO (por medio de un formulario seguro de denuncia en línea) o a otros organismos del Reino Unido. Para dar a conocer este nuevo sistema de denuncia, la SFO emitió un comunicado referente al nuevo formulario de denuncia en forma de *árbol de decisión*, aunque no promocionó activamente ni insistió en su utilización (UK SFO, 2012). La Oficina de Prensa de la SFO invitó también a las partes interesadas y periodistas a formular observaciones y comentarios sobre la utilización del *árbol de decisión*, herramienta que permite a la SFO redirigir a las personas que denuncian al órgano público correspondiente, si bien la SFO es de la opinión de que la falta de promoción activa puede haber debilitado el objetivo de dicha herramienta. El Informe de evaluación de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido señala que, pese a haber recibido la SFO menos denuncias tras la introducción del sistema, la SFO sí recibió, sin embargo, un mayor número de denuncias de irregularidades relevantes⁴¹.

⁴¹ Párrafo 24 del Informe de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido (2017), disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/unitedkingdom-oecdanti-briberyconvention.htm.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Denuncia de delitos económicos graves, cohecho y corrupción	
Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO)	<p>«La denuncia de irregularidades o prácticas corruptas consiste en la comunicación, por parte de un empleado, de presuntas irregularidades en el ámbito de trabajo, lo que se conoce oficialmente como «revelación o puesta a disposición de información en beneficio de los intereses generales». Si usted sospecha que se han cometido irregularidades en su lugar de trabajo, deberá seguir los procedimientos internos de denuncia de su empresa u organización a la que pertenezca. De no existir tales procedimientos o si no se siente cómodo denunciando lo ocurrido a nivel interno, existen varios organismos competentes a los que puede dirigirse para presentar la denuncia confidencialmente. Asimismo, encontrará información y recomendaciones útiles en el sitio web de la administración pública británica: www.gov.uk. La SFO es uno de esos órganos competentes al que deberá dar traslado de todas aquellas irregularidades relacionadas con graves o complejos casos de estafa, cohecho o corrupción cometidas por una empresa británica. En tal caso, le recomendamos encarecidamente que se ponga en contacto con nosotros utilizando nuestro formulario seguro de denuncia en línea».</p> <p>Fuente: Sitio web de la SFO (www.sfo.gov.uk).</p>

En **Francia**, según establece el artículo 8 de la conocida como *Ley Sapin II*, las denuncias deben presentarse, en primer lugar, internamente «ante el superior jerárquico directo o indirecto, ante el empleador o ante la persona designada por el empleador». Una vez agotado el procedimiento de manera infructuosa, puede presentarse la denuncia correspondiente ante la autoridad competente, órgano administrativo o asociación profesional pertinentes. En caso de peligro grave e inminente o cuando exista riesgo de daño irreversible, podrá presentarse la denuncia directamente ante cualquiera de estos organismos. En última instancia y ante la falta de respuesta, en un plazo de tres meses, por parte de los órganos antes mencionados, la denuncia puede hacerse pública. La *Ley Sapin II* exige que las entidades de los sectores público y privado con al menos 50 empleados «establezcan los procedimientos necesarios para recibir denuncias procedentes de los miembros de su personal o de colaboradores externos y ocasionales». Por último, dicha Ley contempla la posibilidad de que «cualquier persona efectúe una denuncia ante el Defensor (*Défenseur des droits*)⁴² a fin de que éste la remita al órgano pertinente y competente para recibir denuncias». Asimismo, en virtud de las disposiciones de la *Ley Sapin II*, todo intento encaminado a impedir la presentación de denuncias o de adoptar represalias contra quienes denuncian será castigado y sancionado con un año de prisión y una multa de 15 000 euros.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Línea directa para denunciante	
Estados Unidos: Línea directa para denunciante	La OWB habilitó una línea directa para denunciante, operativa desde mayo de 2011, para responder a las preguntas de los ciudadanos relativas al programa de denunciante de la SEC. Los ciudadanos dejan mensajes telefónicos a los que responden los letrados de la OWB en un plazo de 24 horas laborables.

⁴² El Defensor (*Défenseur des droits*) es un órgano constitucional independiente. Nombrado por el Presidente para un mandato de seis años, el Defensor tiene la obligación y recibe el encargo de defender los derechos de los ciudadanos frente a la Administración (*Ombudsman*), aunque también goza de prerrogativas especiales en el ámbito de la defensa y fomento de los derechos del niño, de la lucha contra la discriminación y del respeto de las normas éticas y de seguridad.

Oficina de Denunciantes de la SEC

Para proteger la identidad de los denunciantes, la OWB no dejará mensajes de respuesta a menos que el nombre de quien llama se indique de forma clara y correcta en su buzón de voz. Ante la imposibilidad de que la OWB deje un mensaje por no haberse indicado claramente el nombre de la persona que llamó o por tratarse de un buzón compartido, los letrados de la OWB realizarán hasta dos intentos más para comunicarse con esa persona. A lo largo de 2017, la OWA respondió a casi 3 200 llamadas de ciudadanos, habiendo llegado a responder a más de 18 600 llamadas desde que la línea directa comenzase a funcionar. Muchas de las llamadas que recibe la OWB consisten en preguntas acerca de los requisitos que han de cumplirse a la hora de remitir una denuncia para tener derecho a una indemnización económica, sobre cómo preserva la Comisión la confidencialidad de la identidad del denunciante, solicitudes de información sobre el proceso de investigación o seguimiento del estado de las denuncias individuales y preguntas sobre si la SEC es el órgano apropiado para gestionar las denuncias de quienes llaman.

Fuente: Informe anual 2017 de la Oficina de Denunciantes (OWB) de la SEC.

1.3 Brindando orientación y realizando controles

Los denunciantes asumen importantes riesgos a nivel personal al denunciar casos de cohecho y otros delitos o irregularidades ante las autoridades competentes. Apoyar y asesorar a los denunciantes durante todo el tiempo en que deciden si finalmente denuncian debería ayudar a inculcar confianza en el sistema e incitar a denunciar. A modo de ejemplo, la *línea directa para denunciantes* de la SEC asesora y orienta a denunciantes potenciales acerca de su programa de denunciantes. También puede resultar útil que un tercero independiente preste apoyo y asesoramiento técnico. En este contexto, algunas ONG como el Proyecto de Rendición de Cuentas del Gobierno (GAP, por sus siglas en inglés), Preocupación Pública en el Trabajo (PCaW, por sus siglas en inglés) y Transparencia internacional (TI), prestan apoyo, asesoran y orientan a los denunciantes a medida que comunican internamente sus sospechas a sus respectivas organizaciones, o bien lo hacen externamente, poniéndolas en conocimiento de las autoridades competentes, de los medios u otros órganos⁴³.

Los países deben plantearse la practicidad y utilidad de alentar la denuncia de irregularidades mediante el establecimiento de procedimientos idóneos en sus programas de denuncia, que precisan de una comunicación periódica con los denunciantes sobre el estado de sus denuncias una vez presentadas. Una estrategia de comunicación podría ayudar a garantizar a los denunciantes que alguien se hace eco de sus preocupaciones e

⁴³ El Proyecto de Rendición de Cuentas del Gobierno (GAP) es una organización de protección y defensa de denunciantes, además de una agrupación no partidista de interés público, que interpone demandas en los casos de denuncias, ayuda a informar a la opinión pública y promueve activamente la necesaria rendición de cuentas de los órganos de la Administración e instituciones públicas. Desde 1977, ha prestado apoyo y asesoramiento a más de 6 000 denunciantes (www.whistleblower.org/). Preocupación Pública en el Trabajo (PCaW) es una fundación benéfica con sede en el Reino Unido dedicada a la denuncia de irregularidades que asesora a quienes se están planteando denunciar internamente irregularidades en el trabajo, apoya a distintas organizaciones en la implementación de sus sistemas de denuncia, influye en las políticas públicas y promueve la reforma legislativa (www.pcaw.co.uk/). Transparencia Internacional (TI) ha implantado Centros de Defensa y Asesoría Jurídica en más de 60 países cuya labor consiste en asesorar jurídicamente a los denunciantes en el proceso de presentación de sus denuncias, al tiempo que trabajan para asegurarse de que el contenido de dichas denuncias y las irregularidades notificadas obtienen la respuesta necesaria por parte de las autoridades correspondientes (www.transparency.org/getinvolved/report).

inquietudes y permitir a las autoridades competentes formular preguntas de seguimiento con el objeto de aclarar u obtener más información. Dicha estrategia debería lograr equilibrar la necesidad de preservar la confidencialidad de la información relativa a las investigaciones y procedimientos en curso. El Ministerio Federal de Justicia **austríaco** ha introducido un método innovador que no sólo garantiza el anonimato de los denunciantes, sino que también permite a las autoridades competentes obtener información adicional para avanzar en el caso. En **Canadá**, el *Código de Valores y Ética del Sector Público* establece los deberes y obligaciones de los altos funcionarios en materia de revelación y/o denuncia de irregularidades, entre las que se encuentra la de «[n]otificar a la(s) persona(s) que comunicase(n) por escrito el resultado de los exámenes y/o investigaciones sobre dicha comunicación de información, así como sobre el estado de las medidas adoptadas en el momento de dicha comunicación de información, según proceda»⁴⁴.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Portal de denuncias	
Ministerio Federal de Justicia austríaco	<p>El Ministerio Federal de Justicia austríaco puso en marcha, en 2013, un portal (www.bkms-system.net/wksta) que permite a los ciudadanos notificar y denunciar irregularidades. También se puede acceder al portal a través de un enlace situado en la página principal del Ministerio Federal de Justicia austríaco (www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484853d643b33013d8860aa5a2e59.de.html) que contiene y desde el que se puede descargar información adicional sobre el portal.</p> <p>El portal está gestionado por la Oficina de Lucha contra los Delitos Económicos y la Corrupción del Ministerio Fiscal austríaco (CPPOCECC, por sus siglas en inglés). El sistema de denuncias permite la presentación de denuncias en línea y de forma anónima, lo se adecúa especialmente a las investigaciones en materia de delitos económicos y corrupción. El denunciante (o «divulgador») puede notificar de forma anónima cualquier sospecha sobre la comisión de delitos que recaigan en el ámbito de competencia de la CPPOCECC con arreglo al artículo 20.a) del Código Procesal Penal austríaco. La autoridad de investigación podrá, a su vez, hacer averiguaciones y formular preguntas al denunciante, siempre que preserve su anonimato, para comprobar la solidez de la información aportada. Toda denuncia atinente a los delitos enumerados en el art. 20.a) CPP austríaco, fuera del ámbito de competencia de la CPPOCECC, se remitirán a la autoridad competente (en su mayoría autoridades financieras).</p> <p>Para garantizar y preservar el anonimato, al configurar un buzón de correo seguro, es preciso que el denunciante elija un pseudónimo/nombre de usuario y contraseña. La confidencialidad de la información divulgada se preserva utilizando la encriptación de los datos y otros procedimientos de seguridad. Adicionalmente, se les pide a los denunciantes que no introduzcan datos que den pistas sobre su identidad y que se abstengan de realizar la denuncia utilizando para ello un dispositivo facilitado precisamente por su empleador. Una vez presentada la denuncia, la CPPOCECC informará al denunciante sobre el estado de la denuncia a través de un buzón de correo seguro. Si se precisa aclarar algunas cuestiones relativas al caso, se remitirán las preguntas pertinentes al denunciante a través de una comunicación anónima.</p> <p>Las denuncias correctamente comprobadas y fidedignas pueden dar lugar directamente al inicio de investigaciones o bien suscitar sospechas que determinen la necesidad de llevar a cabo investigaciones preliminares. Desde el 31 de mayo de 2017, se han registrado 343 0296 accesos a la página principal del sistema electrónico de denuncia de irregularidades, habiéndose llegado a denunciar un total de 5 612 (posibles) delitos, no hallándose, en menos del 6% de esos casos, ninguna</p>

⁴⁴ Vid. www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=25049.

justificación ni razón válida que fundamente la denuncia. El número de denuncias para las que ha sido necesario instalar un buzón de correo seguro asciende a un total de 3 895. En aproximadamente un 32% de los casos, las denuncias recibidas recaían en el ámbito de actuación de otras autoridades (principalmente financieras), por lo que se les dio traslado como corresponde.

He aquí el texto que aparece en el sitio web, disponible en inglés y alemán:

«[...] generalmente, las oficinas de la [F]iscalía y la policía también actúan sobre la base de la información facilitada por ciudadanos responsables. Es habitual encontrarse que algunas personas evitan aportar información por temor a verse perjudicados. Este temor puede deberse, por ejemplo, a la participación o implicación directa de compañeros o superiores en las irregularidades denunciadas. De igual forma, el hecho de no tener garantía alguna de que dicha información vaya a tomarse en serio y a investigarse posteriormente puede representar un problema.

Esta plataforma de comunicación privada y segura sirve para disipar estas dudas, ya que pueden enviarse las denuncias de forma anónima y sin que puedan ser rastreadas hasta la fuente. Sólo tiene que configurar un buzón de correo seguro después de presentar la denuncia. De esta forma, la fiscalía, a diferencia de lo que ocurre en el caso de otras denuncias anónimas, tiene la posibilidad de dilucidar las circunstancias formulándole preguntas directamente con el fin de poder adoptar medidas de investigación adecuadas y eficaces.

La plataforma de comunicación que ponemos a su disposición le permite protegerse al preservar simultáneamente su anonimato y contribuir eficazmente a esclarecer cualquier cuestión relacionada con delitos económicos y corrupción [...].»

Fuente: OCDE (2016a) y Ministerio Federal de Justicia austríaco.

1.4 Concediendo eventuales indemnizaciones económicas y/o recompensas

Actualmente, dos de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* ofrecen indemnizaciones económicas y/o recompensas a los denunciantes: **Corea** y **Estados Unidos**. Este tipo de gratificaciones económicas no sólo incita a los denunciantes a notificar la existencia de irregularidades, sino que también puede aportar ayuda económica para poder hacer frente a gastos de manutención y de representación en el caso hipotético de sufrir represalias. La *Ley Anticorrupción coreana* y la *Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público* (2011) obligan a la Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC) de Corea a conceder indemnizaciones económicas a denunciantes, tanto del sector público como del sector privado, que pongan en conocimiento de la organización a la que pertenecen las irregularidades internas detectadas o bien las denuncien directamente ante la ACRC. De igual forma, la citada normativa contempla la posibilidad de que los denunciantes soliciten una indemnización adicional o reembolso de los gastos incurridos, incluidos aquellos asociados a tratamientos médicos o psicológicos, gastos de mudanza por traslado laboral y gastos de representación legal. En 2016, el gobierno coreano introdujo enmiendas a la *Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público* mediante las que, entre otras cosas, modificó y amplió el alcance de las denuncias que afectan a información privilegiada, al tiempo que armonizó los sistemas de indemnización económica que contemplaban sendas leyes. La ACRC desembolsó indemnizaciones económicas por valor de 10,5 billones de wones surcoreanos (el equivalente a 9,38 millones de dólares estadounidenses) en concepto de indemnización económica por la denuncia de casos de corrupción entre 2012 y 2016 y, entre 2011 y 2016, pagó otros 2,64 billones de wones surcoreanos (es decir, 2,35 millones de dólares estadounidenses) destinados a recompensar las denuncias en favor de los intereses generales.

Para favorecer la ampliación de los recursos con los que cuenta el gobierno federal para detectar irregularidades en el sector de las sociedades de valores, la *Ley Dodd-Frank* autoriza a la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) estadounidense a conceder recompensas económicas con el fin de incentivar, recompensar y retribuir económicamente a quienes voluntariamente faciliten a la SEC información fidedigna, garantizando así el éxito de las actuaciones desarrolladas y medidas coercitivas que se traducen en sanciones por valor de más de 1 millón de dólares estadounidenses. El porcentaje en concepto de recompensa oscila entre el 10% y el 30% de los fondos recaudados. Entre los factores que pueden elevar el porcentaje de la indemnización recibida se incluyen la trascendencia y pertinencia de la información aportada por el denunciante, el nivel de ayuda prestado por el denunciante, los intereses en juego para los que se precisa su cooperación y el orden de presentación de la denuncia, es decir, si la infracción se notificó, en primer lugar, internamente a través de los canales de denuncia internos de la propia empresa. Desde la puesta en marcha del programa en 2011, la SEC ha otorgado recompensas por valor de más de 160 millones de dólares estadounidenses a 46 denunciantes y ha conseguido recaudar también un total de 975 millones de dólares estadounidenses en concepto de sanciones económicas gracias a las denuncias recibidas, incluidos 671 millones procedentes de la restitución de ganancias e intereses obtenidos de manera ilícita que, en su mayor parte, ya se han devuelto, o se prevé devolver, a los inversores perjudicados (US SEC, 2017).

1.5 Asegurándose de que la imposición de sanciones por la vía penal y las demandas de difamación por la vía civil no obstaculicen la presentación de denuncias

Con el objeto de silenciar a los denunciantes, pueden llegar a perpetrarse algunos delitos tipificados penalmente tales como las injurias verbales, la violación del secreto bancario, comercial o profesional y el espionaje empresarial. Por otra parte, las demandas civiles por difamación pueden tener efectos disuasorios en aquellos denunciantes que tratan de denunciar las irregularidades cometidas por grandes organizaciones con enormes y abundantes recursos. Se han dado casos en **Rusia y Suiza**, en cuyos países los denunciantes han sido detenidos o declarados penalmente responsables por sacar a la luz las irregularidades detectadas en el desempeño de su trabajo, que ponen de manifiesto la necesidad de lograr un equilibrio entre la sanción aplicable en el caso concreto de revelar malintencionadamente información comercial sensible y aquella que corresponde aplicar a quienes denuncian abiertamente posibles irregularidades que afectan a los intereses generales⁴⁵.

1.6 Ensure data protection legislation does not impede reporting Velando por que la legislación sobre protección de datos no impida la presentación de denuncias

En algunos países, como ya señalaba el informe de la OCDE y del G20 titulado *Plan anticorrupción del G20: Marcos de Protección Jurídica de los Denunciantes*, las leyes de protección de datos pueden imponer restricciones legales a los procedimientos internos de denuncia de irregularidades en el sector privado (OCDE, 2012). El *Reglamento (UE) General de Protección de Datos (RGPD)* y la *Directiva (UE) 2016/680 relativa a la protección de datos* se aplicarán en todos los Estados miembros de la Unión Europea a partir del 25 de mayo de 2018. Dado que los mecanismos de denuncia que establecen las

⁴⁵ Léase, por ejemplo, el párrafo 42 del Informe de la Fase 2 correspondiente a Rusia.

propias empresas se basan en el tratamiento de datos de carácter personal (tanto de la persona que denuncia como del objeto de la denuncia), el establecimiento de tales mecanismos estará supeditado a este marco jurídico reforzado por lo que a la protección de datos se refiere, lo que significa que las empresas que han implementado, o pretenden implementar, mecanismos internos de denuncia necesitarán obtener la aprobación previa de las autoridades nacionales competentes en materia de protección de datos. Por otra parte, las empresas podrían verse obligadas a pagar sanciones administrativas de carácter pecuniario por encima de los 20 millones de euros, o equivalentes al 4% del volumen de negocios total a escala mundial, en la hipótesis de que las autoridades de protección de datos concluyan que los mecanismos internos de denuncia y los consiguientes procedimientos de investigación interna contravienen las disposiciones del RGPD en lo que respecta al tratamiento de datos, a los derechos de la persona a la que se refieren los datos (es decir, el sujeto al que señala la denuncia) o a la transferencia de datos de carácter personal a terceros países y organizaciones internacionales⁴⁶. El requisito de la aprobación previa de los mecanismos de denuncia y el riesgo de importantes sanciones económicas pueden llegar a representar importantes elementos disuasorios para aquellas empresas que se plantean si implementar o no canales de denuncia internos, privados y seguros.

Incluso antes de la entrada del RGPD, las leyes de protección de datos obstaculizaban el fomento y la habilitación de mecanismos de denuncia internos en el seno de las propias empresas. Los tribunales **franceses** han invalidado los procedimientos internos de denuncia de irregularidades en aquellos casos en los que las disposiciones relativas a dicho procedimiento: tenían un alcance demasiado amplio y resultaban aplicables a actuaciones que podían menoscabar los intereses principales de la empresa o la integridad física o moral de un empleado; no precisaban lo suficiente los derechos del sujeto al que se refería la denuncia, o existía el riesgo de una denuncia difamatoria en el lugar de trabajo⁴⁷. En **Grecia**, el Organismo Helénico de Protección de Datos, en su resolución núm. 14/2008⁴⁸, declaró ilegal el sistema interno de denuncia de irregularidades de una empresa griega, a la que sancionó por no acatar los reglamentos y procedimientos contemplados tanto por la normativa de protección de datos griega como por la europea. En consecuencia, quienes efectuaron denuncias con arreglo a este sistema incumplieron los requisitos de protección, pudiendo haber disuadido a otras empresas las sanciones económicas impuestas a la empresa afectada de implantar sus propios sistemas de denuncia. Por un lado, es indispensable que los organismos de protección de datos sean plenamente conscientes de la importancia de mejorar la seguridad interna de los mecanismos de denuncia en las propias empresas, al tiempo que debe garantizarse el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección de datos; por el otro, las disposiciones reforzadas del RGPD ayudarán a preservar aún más la confidencialidad de los denunciantes.

⁴⁶ Artículo 83.5) del RGPD.

⁴⁷ A este propósito, léase la decisión de la *Cour de Cassation* (Tribunal Supremo francés), de 8 de diciembre de 2009.

⁴⁸ 12-09-2008 – Απόφαση Αρ. 14/2008 - Επιβολή κυρώσεων στην εταιρεία ABBOTT LABORATORIES ΕΛΛΑΣ ΑΒΕΕ (Resolución núm. 14/2008, por la que se sanciona a la empresa Abbott Laboratories Hellas), www.dpa.gr/APDPXPortlets/htdocs/documentDisplay.jsp?docid=201,90,84,96,141,65,145,84.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Legislación sobre protección de datos y mecanismos de denuncia en el sector privado	
Dinamarca	<p>En su Informe de evaluación de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca, el GTC señaló que, pese a la falta de legislación sobre la protección del denunciante en el sector privado, las empresas danesas adoptaban cada vez más mecanismos internos de denuncia que debían ser aprobados por la Agencia Danesa de Protección de Datos (DDPA, por sus siglas en inglés) a fin de garantizar su compatibilidad con las leyes de protección de datos. Para cuando se realizaron los trabajos de evaluación en 2013, la DDPA había dado su aprobación a los sistemas de más de 100 empresas. Para facilitar aún más la presentación de denuncias, algunas empresas adoptaron medidas de protección de los denunciantes; sin embargo, ante la falta de protección jurídica de los denunciantes que se enfrentaban a represalias en su puesto de trabajo, se concluyó que estos mecanismos de denuncias tenían una efectividad limitada. El GTC recomendó a Dinamarca adoptar sin dilación medidas de protección de denunciantes de los sectores público y privado.</p> <p><i>Fuente: Informe de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca (2013); OCDE, 2016a.</i></p>
Francia	<p>Los tribunales franceses han invalidado los procedimientos internos de denuncia de irregularidades de algunas empresas remitiéndose a la legislación sobre protección de datos, incluso en aquellos casos en los que las disposiciones relativas a la presentación de denuncias tenían un alcance demasiado amplio y resultaban aplicables a actuaciones que podían menoscabar los intereses principales de la empresa o la integridad física o moral de un empleado. La Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) ha desarrollado un procedimiento acelerado de aprobación mediante el que las empresas presentan una declaración de cumplimiento de la legislación francesa de protección de datos (Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978). Coincidiendo con el momento de remisión del Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondiente a Francia al GTC en 2014, la CNIL calculó que 3 000 empresas disponían de un «sistema profesional de denuncia».</p>

2. Qué medidas permiten proteger mejor a los denunciantes frente a las represalias

Existe una importante disparidad o *asimetría* entre los sistemas jurídicos de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* por lo que respecta a los mecanismos de protección, tanto en el puesto de trabajo como fuera, a los que pueden acogerse los denunciantes. Varios países siguen ofreciendo protección parcial a los denunciantes mediante la adopción de disposiciones que prohíben el acoso laboral y el despido improcedente en sus respectivas legislaciones laborales nacionales. En algunos países, la protección de denunciantes resulta aplicable únicamente en determinados sectores (a funcionarios y empleados públicos o en el sector financiero). Tan sólo nueve países han aprobado legislaciones integrales e independientes en materia de protección de denunciantes aplicables a los empleados tanto del sector público como privado⁴⁹. Los

⁴⁹ Hungría (*Ley CLXV sobre Denuncias y Revelaciones de Información de Interés Público* de 2013); Irlanda (*Ley núm. 14/2014 sobre Divulgación de Información Privilegiada*); Japón (*Ley de Protección de Denunciantes* de 2004); Corea (*Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público* de 2011); Nueva Zelanda (*Ley sobre Divulgación de Información Privilegiada* de 2000); Noruega (*Ley del Entorno Laboral*); República Eslovaca (*Texto Refundido de la Ley núm. 307/2014 sobre ciertos aspectos de la denuncia de irregularidades*),

países miembros deberían plantearse si la armonización de sus respectivas medidas de protección de denunciantes en un solo marco legislativo independiente ayudaría a la opinión pública a entender mejor las implicaciones de las medidas de protección que se les ofrecen y los mecanismos que garantizan su cumplimiento. A continuación, se analizan los elementos que han de concurrir para garantizar la eficacia de los marcos de protección jurídica de los denunciantes.

2.1 Proteger a quienes denuncian interna y externamente

La *Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Deontología y Cumplimiento* de 2010 de la OCDE recomienda a las empresas salvaguardar el contenido de las denuncias internas y, en la medida de lo posible, preservar la confidencialidad de la información que contienen, así como también proteger a quienes denuncian infracciones y vulneraciones de la ley, de las normas profesionales o del código de conducta que tienen lugar en la empresa a la que pertenecen. Es fundamental que todo marco de protección jurídica de los denunciantes contemple garantías tales como la preservación de la confidencialidad y la adopción de medidas frente a las represalias tanto contra quienes denuncian internamente las irregularidades detectadas en la organización a la que pertenecen como contra quienes informan externamente a las autoridades competentes, a los medios de comunicación o a la sociedad civil.

Existen pruebas que avalan la hipótesis de que la mayoría de los denunciantes presentan la denuncia correspondiente (o se decantan por denunciar) internamente en primer lugar. Así, por ejemplo, de los denunciantes del sector privado que han obtenido recompensas económicas por denunciar las irregularidades detectadas ante SEC estadounidense hasta la fecha, alrededor del 83% informó en primer lugar de sus sospechas a sus supervisores, personal de inspección, recurrió a mecanismos internos de denuncia o bien dedujo que sus supervisores o el personal de inspección correspondiente tenían conocimiento de dichas infracciones antes incluso de denunciar los hechos ante la SEC (US SEC, 2017). Por su parte, la SEC ha hecho hincapié en que «una persona que denuncie internamente y sufra represalias en el entorno de trabajo no estará menos protegida que aquella otra que se persone inmediatamente ante la Comisión»⁵⁰. Los denunciantes que reciben información interna privilegiada pueden ayudar a las empresas a tener un conocimiento tempestivo de las irregularidades y aprovechar la oportunidad para presentar una denuncia en una fase temprana (cuando la legislación nacional contemple tales mecanismos), lo que a su vez puede tener un impacto más oportuno y eficaz. Un análisis de casos o tramas de cohecho internacional reveló que el 5% de las empresas que denunció voluntariamente la perpetración del delito de cohecho en sus operaciones internacionales ante las autoridades competentes había tenido conocimiento de los hechos gracias a la información de un denunciante. Adicionalmente, en los casos en que los denunciantes informan internamente de las irregularidades sin que se adopten medidas al respecto, es posible que se sientan más cómodos alertando a las autoridades sobre sus sospechas si saben de antemano que existen medidas y mecanismos que les protegen, con independencia de si comenzaron por denunciar los hechos internamente.

Sudáfrica (*Ley sobre Divulgación de Información Privilegiada* de 2000); Reino Unido (*Ley de Divulgación de Información de Interés Público* de 1998).

⁵⁰ Interpretación de las normas de la SEC a las que alude el artículo 21.f) de la *Ley de la Bolsa de Valores* de 1934 [Circular núm. 34-75592] aplicables a los denunciantes, disponibles en el siguiente enlace: www.sec.gov/rules/interp/2015/34-75592.pdf.

Algunos países (entre ellos, por ejemplo, **Francia, Países Bajos y Suecia**⁵¹) obligan a los denunciantes a comenzar denunciando los hechos internamente para poder protegerles frente a posibles represalias, permitiéndose las denuncias externas en situaciones de urgencia, cuando no se adopten medidas a la luz de la denuncia interna o si hubiere una «causa razonable».

Las denuncias externas deben estar protegidas igualmente. Las normas actuales de la OCDE establecen que debe protegerse a los empleados de los sectores público y privado que denuncian la corrupción y el cohecho ante las autoridades competentes externas, de buena fe y por razones justificadas, frente a posibles represalias o actos discriminatorios. Aun al margen de las actuales normas de la OCDE en materia de protección de denunciantes, los países interesados deben examinar la posibilidad de brindar protección a quienes denuncian externamente ante los medios u organizaciones de la sociedad civil. Como pone de manifiesto el Capítulo 4 del informe que nos ocupa, las respuestas al *Cuestionario sobre Periodismo de Investigación* de la OCDE dejan entrever que los denunciantes son la principal fuente de información para los periodistas que denuncian casos de corrupción. La necesidad de una mayor y mejor protección de las fuentes se planteó en casi todas las respuestas al referido cuestionario, siendo los marcos de protección jurídica de los denunciantes la segunda fuente más valiosa para los periodistas que cuentan con un fuerte apoyo editorial. Es importante que los denunciantes potenciales sean conscientes de que en algunos países sólo se protegen las denuncias externas ante las autoridades competentes, mientras que las denuncias que se hacen públicas ante los medios o la sociedad civil no siempre serán necesariamente objeto de un seguimiento oportuno ni se protegerá a sus denunciantes frente a posibles represalias. En **Canadá**, la *Ley de Protección de Fuentes Periodísticas*, que fuera aprobada el 18 de octubre de 2017, modifica tanto la *Ley de Pruebas* como el Código Penal canadienses para dispensar medidas de protección adicionales y nuevas garantías que preserven la confidencialidad de las fuentes periodísticas.

2.2 Definir qué es un denunciante y qué constituye una divulgación de información privilegiada en términos generales

Es fundamental delimitar claramente qué tipos de acuerdos laborales gozan de la consideración de información privilegiada y, como tales, están protegidos en todo marco jurídico de protección de los denunciantes. En relación con las categorías de «denunciantes» protegidos, las definiciones deben ir más allá de la relación laboral convencional e incluir consultores, contratistas, becarios y pasantes, trabajadores temporales, ex trabajadores, voluntarios y empleados de empresas públicas o participadas por el Estado y organismos oficiales. En el contexto de la denuncia del cohecho internacional, es igualmente indispensable que la protección se amplíe a los empleados que trabajan o residen en el extranjero, al igual que convendría dispensar las mismas garantías y protecciones que se otorgan a los denunciantes a un amplio abanico de divulgaciones de información. Tampoco debería exigirse a quienes denuncian irregularidades establecer categorías o clasificar tales actos en función de su carácter, algo que se hace cuando se les pide que determinen qué normas concretas se han vulnerado o si dichas irregularidades son constitutivas de delito. En definitiva, la divulgación de

⁵¹ En Suecia, esto se aplica únicamente a los empleados del sector privado y se protege a los empleados del sector público denuncien o no internamente en primer lugar. Las denuncias externas están permitidas independientemente del motivo.

información privilegiada no debe limitarse al objeto específico de la denuncia. Al observar que diferenciando entre la denuncia de actos de corrupción y la denuncia de otros asuntos de interés general disuadía a los potenciales denunciantes de su intención, Corea modificó su *Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público* para armonizar los marcos jurídicos de protección y ampliar el número de disposiciones que velaban por los intereses generales de 180 a 279. La *Ley sobre la protección de funcionarios que denuncian actos reprobables* (LPFDAR) canadiense dispensa garantías frente a una gran variedad de «actos reprobables» o *irregularidades* en el ámbito de o en áreas relacionadas con el sector público (véase el artículo 8 LPFDAR). Los denunciantes tan sólo deben manifestar de buena fe su convicción de poder demostrar que se han cometido irregularidades, sin estar obligados a clasificar tales *actos reprobables* en base a la naturaleza de los mismos.

Como se ha expuesto anteriormente, existen factores como la imposición de sanciones penales y civiles ante denuncias sin fundamento o con fines difamatorios, o como el requisito de que quien actúe lo haga *de buena fe* pueden disuadir a los denunciantes. Incluso los empleados descontentos o aquellos realmente implicados en las irregularidades pueden convertirse en denunciantes fidedignos, por lo que también debería ofrecérseles protección. La *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUCC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) afirma que «debe presumirse la buena fe de la persona que solicita protección, aunque si se demuestra que la denuncia era falsa o que no se actuó de buena fe, deberán adoptarse las medidas oportunas» (ONUDD, 2009, pág. 107). El **Reino Unido** adoptó esta postura en 2013, coincidiendo con la modificación de determinadas disposiciones de la *Ley de Divulgación de Información de Interés Público* (PIDA, por sus siglas en inglés), fundamentalmente para reemplazar el *requisito de la buena fe* por una *prueba de interés público* menos onerosa, trasladando así el punto focal de la legislación «del mensajero al mensaje»⁵². En **Nueva Zelanda**, carece de relevancia el motivo por el que una persona denuncia irregularidades, aunque la *Ley sobre Divulgación de Información Privilegiada* de 2000 exige que el empleado tenga la convicción de que existen *razones justificadas* para afirmar que la información sobre presuntas irregularidades graves es, o puede ser, fidedigna, de forma que su divulgación se adecúe a las disposiciones de la citada ley y le resulten aplicables las garantías que prevé (OCDE, 2016a, pág. 51). **Irlanda** omitió la inclusión de la *prueba de interés público* en su *Ley sobre Divulgación de Información Privilegiada* de 2014 por considerar que era un obstáculo potencial para quienes pretendían denunciar irregularidades y por reconocer que, en la práctica, podía ser difícil distinguir lo que cabía calificar de o considerar un asunto de interés general. Como resultado, las medidas vigentes en Irlanda reflejan la noción de que el interés general de atraer a denunciantes fidedignos y fiables supera con creces al interés general de sancionar a quienes posiblemente actúen de mala fe al denunciar (OCDE, 2016a, pág. 52).

⁵² Párrafo 29 del Informe de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido (OCDE, 2017), disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/unitedkingdom-oecdanti-briberyconvention.htm. Cabe señalar, sin embargo, que la indemnización económica puede verse minorada en un 25% en el caso de denuncias de mala fe.

2.3 *Preservar el anonimato o la confidencialidad de los datos*

Un método fundamental para proteger e incitar a los denunciantes consiste en garantizarles el anonimato o preservar la confidencialidad de los datos presentes en las denuncias. No obstante, la presentación de denuncias anónimas no es un sustituto de ni descarta la necesidad de adoptar medidas frente a posibles represalias, ya que la identidad del denunciante puede llegar a deducirse del contenido o las circunstancias que rodean a la denuncia, como en el caso de pequeñas empresas o países pequeños. Desde el punto de vista práctico, también es difícil ofrecer protección integral a una persona cuya identidad se desconoce, si bien posibles autores de represalias podrían llegar a descubrirla por los motivos antes mencionados. Las denuncias anónimas dificultan, asimismo, la obtención de información adicional de la persona que denuncia que podría resultar de vital importancia para comprender y subsanar las irregularidades, al tiempo que podría generar involuntariamente acusaciones falsas o vengativas si no hay posibilidad de identificar a quien denuncia y de exigirle responsabilidades. La SEC estadounidense da la posibilidad a los denunciantes de actuar de forma anónima en caso de estar representados por un abogado, si bien les obliga a revelar su identidad con carácter previo al pago de ninguna recompensa a su favor por parte de la SEC (artículo 21.F.7)). Desde la puesta en marcha del programa correspondiente en 2011, el 19% de los denunciantes que recibieron una indemnización económica de la SEC remitieron su información de forma anónima a través de un representante legal (US SEC, 2017). Como se señala más arriba, el Ministerio Federal de Justicia austríaco utiliza un proveedor de servicios externo para su plataforma de denuncia, lo que permite generar denuncias anónimas encriptadas, así como realizar tareas de seguimiento y retroalimentación a través de un sistema de numeración de casos.

Las normas por las que se rige la presentación de denuncias deben prohibir la revelación de la identidad del denunciante (o la divulgación de cualquier dato que pueda desvelar la identidad de éste) y establecer claramente las excepciones a este principio, en cuyo caso no sólo estaría permitido, sino que se exigiría revelar la identidad del denunciante. A modo de ejemplo, en Estados Unidos, una de las excepciones previstas por el artículo 21.F.7) permite precisamente a la SEC revelar la identidad de un denunciante cuando la Comisión incoe un procedimiento judicial contra un supuesto infractor ante un tribunal federal, o cuando inicie el procedimiento administrativo oportuno, y el denunciante sea llamado en calidad de testigo en el procedimiento. En esta circunstancia, puede que el demandado tenga derecho a saber que el testigo es un denunciante y, por consiguiente, es titular de un posible interés económico en el resultado del caso. Por otro lado, en la medida en que un denunciante se convierte en testigo en un proceso penal, puede acogerse a medidas de protección adicionales con arreglo a las disposiciones sobre protección de testigos existentes en la mayoría de los países.

Los países miembros deben estudiar, asimismo, formas de garantizar tanto la tramitación confidencial de la información aportada por los denunciantes como preservar su anonimato. Así, por ejemplo, puede mejorarse la confidencialidad exonerando a los denunciantes de la obligación de divulgar información tal y como establece la normativa en materia de libertad de información (*p.ej.* la normativa **italiana** sobre el derecho de acceso a la información establece una excepción aplicable a empleados públicos que denuncien irregularidades, al igual que lo hace su nueva *Ley de protección de*

denunciantes)⁵³. Por otra parte, la adopción de medidas disciplinarias ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de confidencialidad (y observancia de las mismas) pueden reforzar la confianza de los denunciantes en los mecanismos de denuncia. En Corea, la revelación de la identidad de un denunciante, o aquellos hechos de los que pueda inferirse, pueden sancionarse con 3 años de reclusión o una multa de 30 millones de wones surcoreanos⁵⁴.

En **Francia**, «los procedimientos para recibir denuncias deben garantizar la estricta confidencialidad de la identidad de quienes denuncian, de las personas a las que se refiere la denuncia y de la información recabada por todos los destinatarios de la denuncia» (art. 9 *Ley Sapin II*). No pueden divulgarse los elementos que podrían conducir a la identificación del denunciante, salvo a las autoridades competentes y con el expreso consentimiento del denunciante una vez se hayan corroborado las irregularidades denunciadas. La divulgación de información confidencial lleva aparejada la pena de 2 años de prisión y una multa que asciende a 30 000 euros.

2.4 *Indemnización económica y otras medidas de protección*

Como ya se ha dicho anteriormente, el marco jurídico **coreano** de protección de denunciantes concedió recompensas económicas en los casos en que las denuncias internas contribuyeron a la recuperación directa o al aumento de los ingresos de autoridades locales y administraciones centrales, oscilando dichas recompensas entre el 4% y el 20% de los activos recuperados y llegando a alcanzar los 2 billones de wones surcoreanos, mientras que llegaron a alcanzar los 20 millones de wones surcoreanos en aquellos casos en que las denuncias ayudaron a proteger los intereses generales, evitar pérdidas o reportaron beneficios económicos a las autoridades locales y administraciones centrales coreanas. Corea dispone también de un sistema de compensación económica para hacer frente a los gastos de los denunciantes tales como, por ejemplo, los asociados a tratamientos médicos o psicológicos, gastos de mudanza por traslado laboral, los gastos de representación legal y la pérdida de salarios. La Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC) de Corea puede ordenar la protección policial de emergencia en los casos de peligro para la integridad física de los denunciantes. La ACRC ha negociado memorandos de entendimiento (ME) con la Asociación Coreana de Neuropsiquiatría, por un lado, para conceder ayudas económicas destinadas al tratamiento psiquiátrico de denunciantes y, por otro, con el Colegio de Abogados de Corea para proporcionar asistencia jurídica a los denunciantes. En el **Reino Unido**, la *Ley de Divulgación de Información de Interés Público* (PIDA) contempla también una indemnización para compensar el valor íntegro de las pérdidas económicas sufridas por quienes fueron despedidos injustamente. Si bien no se establece el límite de compensación por el valor íntegro de las pérdidas económicas, las circunstancias en las que se pagan dependerán de cada caso particular. Los órganos jurisdiccionales del Reino Unido (*HM Courts and Tribunals Service*) no conservan datos de dominio público o centralizados sobre indemnizaciones económicas individuales.

En **Canadá**, toda persona que sea objeto de actos de represalia (tales como la denigración, el despido y cualquier otra acción o amenaza que tenga efectos adversos en

⁵³ *Disposiciones para la protección de los autores de denuncias de la comisión de delitos o irregularidades de las que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones como empleado público o privado*, aprobadas por el Parlamento italiano el 15 de noviembre de 2017.

⁵⁴ *Ley de Protección de Denunciantes de Irregularidades de Interés Público*, Capítulo V, artículo 30.1.

la relación laboral y las condiciones de trabajo) puede presentar una queja ante la Comisión de Integridad, pudiendo derivar en una compensación económica. Los artículos 738 a 741.2 del Código Penal canadiense regulan las órdenes de restitución como parte del proceso de imposición de la pena (incluso ante el delito de represalias contra un empleado por haber aportado información a las autoridades competentes sobre un delito perpetrado por su empleador, o para impedir que lo haga). El artículo 738 autoriza dictar una orden de restitución independiente para hacer frente a los gastos incurridos y asociados, entre otras cosas, a la pérdida, destrucción o daños contra la propiedad como resultado de la comisión de un delito, junto con todos los daños materiales fácilmente objetivables, como pueden ser la pérdida de ingresos o ayuda financiera, en favor de toda persona que hubiere sufrido daños físicos o psicológicos a causa de la comisión de un delito. Por otra parte, también puede ordenarse la restitución como condición de una orden de libertad condicional o de una condena condicional.

2.5 Sanciones ante represalias

Los sistemas de protección de denunciante deben contemplar medidas de protección frente a represalias eficaces en los casos en que los mecanismos de confidencialidad fallan y el empleador deduce la identidad del denunciante, surgiendo así el riesgo de represalias por parte del propio empleador u otros empleados. Las sanciones ante las represalias contra los denunciante deben tener en cuenta la amplia variedad de conductas vengativas y discriminatorias existente. Constituyen ejemplos de actos de represalias, entre otros, el despido, la denigración, la reasignación de funciones o tareas, la privación de actividades de formación y capacitación, la privación de las perspectivas de ascenso, la intimidación, violencia o críticas injustas sobre el trabajo de la persona en cuestión. Así pues, ha de protegerse igualmente a los denunciante que corren el peligro de sufrir represalias. La mayoría de los Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* en los que existen normas de protección de los denunciante brindan protección ante una gran variedad de represalias e imponen sanciones que van desde medidas disciplinarias a multas y penas de cárcel.

Cuadro 7. Estudio de caso de Estados Unidos: *International Game Technology, IGT (2016)*

El 29 de septiembre de 2016, la SEC presentó su primer caso aislado de represalias conforme a lo dispuesto en el artículo 21.F).h).1) de la *Ley de la Bolsa de Valores* estadounidense. El denunciante, un director de departamento de la International Game Technology (IGT), empresa de juegos de azar, había recibido evaluaciones de desempeño positivas durante su permanencia en la compañía, también en la revisión realizada a mediados de año en 2014. Poco después de recibir el informe favorable correspondiente a la evaluación de 2014, el denunciante transmitió sus sospechas a los administradores de la empresa, a la línea directa interna de quejas de la propia empresa y a la SEC afirmando que cabía la posibilidad de que los estados financieros que la IGT había presentado hubieran sido falseados. El denunciante estaba preocupado por que el modelo de contabilidad de costes de la empresa pudiera dar lugar a datos erróneos en los estados financieros de IGT, motivo por el que hizo partícipes de su preocupación y sospechas a la dirección y a la SEC. A las pocas semanas de formular sus sospechas, se notificó un aviso de despido al denunciante y se le cesó en el ejercicio de su cargo y las funciones que venía desempeñando. La empresa llevó a cabo una investigación interna sobre la base de la información aportada por el denunciante y determinó que sus estados financieros no eran inexactos. Poco después, IGT despidió al denunciante. La SEC concluyó que la conducta de IGT vulneró las disposiciones del artículo 21.F).h) e IGT acordó pagar una multa de 500 000 dólares estadounidenses para que se retirasen los cargos.

Fuentes: Informe anual 2016 de la Oficina de Denunciante (OWB) de la SEC y Circular núm. 78991, Expediente núm. 3-17596, de 29 de septiembre de 2016, sobre el caso International Game Technology

(IGT).

Las sanciones penales son quizás las que producen los efectos más disuasorios ante posibles represalias. El artículo 1513.e) del Título 18 del Código Penal **estadounidense** (USC, por sus siglas en inglés) establece que «toda persona que deliberadamente, con la intención de adoptar represalias, actúe en perjuicio de otra persona, incluidas las injerencias en el empleo habitual o en los medios de sustento de esa persona, por aportar a un agente de la ley cualquier información veraz relacionada con la perpetración o posible comisión de un delito federal, será condenada al pago de una multa, a la pena de no más de 10 años de prisión o ambas conforme a las disposiciones del presente Título». En 2004, el Código Penal **canadiense** fue objeto de modificación para incorporar el delito de represalias, aplicable a todos los empleadores y empleados canadienses y sancionable con penas de hasta 5 años de prisión, cuyo tenor literal establece que «ningún empleador o persona que actúe en nombre de un empleador o se halle en una posición de autoridad respecto de un empleado del empleador podrá adoptar medidas disciplinarias, denigrar, despedir o perjudicar en modo alguno el ejercicio de las funciones de dicho empleado, o amenazar con hacerlo, **a**) con la intención de obligar al empleado a abstenerse de facilitar información a una persona entre cuyas funciones figuran hacer cumplir la ley federal o provincial, dar cuenta del delito que el empleado cree que se ha -o está siendo- perpetrado contrario a ésta o cualquier otra ley o reglamento federal o provincial por parte del empleador, un funcionario o responsable, un trabajador del empleador o, si el empleador es una empresa, por uno o varios de sus administradores, o **b**) con la intención de adoptar represalias contra el empleado por haber aportado la información a la que alude el apartado a) a una persona entre cuyas funciones figura hacer cumplir la ley federal o provincial».

Las sanciones civiles y administrativas también pueden ser efectivas para disuadir a los empleadores de adoptar represalias contra sus actuales o antiguos empleados que denuncien la existencia de prácticas ilegales o colaboren con las autoridades en su enjuiciamiento. A este respecto, por ejemplo, el artículo 21.F).h).1).A) de la *Ley de la Bolsa de Valores estadounidense* autoriza a la SEC a imponer sanciones civiles a los empleadores que intervengan en una gran variedad de actos de represalia contra los denunciantes que informan a la SEC de la posible existencia de irregularidades, que colaboran en una investigación, procedimiento judicial o administrativo incoado por la SEC, o que revelan información en cumplimiento de otras leyes. Con arreglo a la normativa sobre protección de denunciantes que entró en vigor en **Suecia** en enero de 2017, los empleadores que adoptan represalias contra los denunciantes están obligados a pagar una indemnización por daños y perjuicios. La carga de la prueba recae sobre el empleador, quien debe demostrar la inexistencia de tales represalias⁵⁵. La Comisión Anticorrupción y de Derechos Civiles (ACRC) de **Corea** ostenta múltiples competencias para sancionar a las empresas que adoptan represalias contra los denunciantes, entre ellas la de dictar orden de reincorporación de los denunciantes que hayan sido trasladados, relegados a puestos inferiores o despedidos. En un reciente caso de gran trascendencia, Hyundai aceptó las recomendaciones de la ACRC conducentes a reincorporar a un antiguo director general que fue despedido tras revelar información sobre los defectos de un vehículo al gobierno coreano, lo que tuvo como consecuencia la retirada de productos.

⁵⁵ *Ley de protección especial contra la victimización de los trabajadores que hacen sonar la alarma acerca de la existencia de graves irregularidades sueca* (Ley 2016:749).

Hyundai inició un procedimiento administrativo e interpuso demanda aduciendo la validez del despido inicial, aunque acabó retirando la demanda en mayo de 2017⁵⁶. El Informe de evaluación de la Fase 3 correspondiente a **Noruega** destaca la efectividad de sus sistemas de protección de denunciantes en el contexto de una visita *in situ* a las instalaciones de una empresa que, en concreto, explicó que el empleado que dio la alerta sobre las sospechas de cohecho internacional que derivaron en la posterior condena de la empresa por la comisión del delito denunciado aún seguía trabajando para la empresa en cuestión⁵⁷.

2.6 Acciones civiles que pueden ejercer los denunciantes

Otra forma de protección consiste en conceder la posibilidad de iniciar acciones en defensa de sus derechos individuales a los denunciantes agraviados para demandar a la empresa, a sus gerentes o administradores por los daños y perjuicios sufridos como resultado del comportamiento discriminatorio o de las represalias adoptadas. Las acciones civiles por daños ayudan a compensar a los denunciantes que han sido despedidos o que tienen dificultades para encontrar un nuevo empleo, pudiendo incluir fondos para hacer frente a la pérdida de ingresos y a las costas procesales, entre ellos los gastos de representación legal por un abogado. En **Estados Unidos**, las Leyes Sarbanes-Oxley y Dodd-Frank contemplan dichas acciones de defensa de los derechos individuales. El artículo 32.4) de la *Ley de Prevención y Determinación de la existencia de Conflictos de Interés* de **Bulgaria** establece que «toda persona que haya sido despedida, perseguida o respecto de la que se hayan adoptado medidas que hayan derivado en acoso físico o moral y que tengan su origen en la presentación de una solicitud, tendrán derecho a recibir una indemnización por los daños personales y materiales sufridos con arreglo a un procedimiento judicial».

Cuadro 8. Estudio de caso de Estados Unidos: *Wadler vs. Bio-Rad Laboratories, Inc. (2017)*

Durante 25 años, Sanford Wadler fue director del departamento de asesoría jurídica en Bio-Rad Laboratories, Inc., una de las empresas incluidas en la lista Fortune 1000, dedicada a la fabricación y venta de productos y equipos en todo el mundo. En 2009, la dirección de Bio-Rad se dio cuenta de que sus empleados podían haber vulnerado las disposiciones de la Ley FCPA en Vietnam, Tailandia y Rusia. La empresa contrató a un bufete de abogados para investigar si los empleados estaban involucrados en el pago de sobornos en China. La firma de abogados concluyó que no existían indicios de pagos indebidos. Sin embargo, en 2011, Wadler descubrió que no había documentación que respaldara las ventas significativas de Bio-Rad en China y le preocupaba que esto constituyese, por un lado, la vulneración de las obligaciones previstas en la Ley FCPA relativas a la llevanza de libros y registros y, por otro, que apuntase a la posible ocultación del pago de sobornos. En 2013, advirtió que se había suprimido la expresión estándar sobre la necesidad de cumplimiento de la Ley FCPA, sin su conocimiento o aprobación, a partir de documentos traducidos al chino destinados a utilizarse en las operaciones de Bio-Rad en China, por lo que puso los hechos en conocimiento del Comité de Vigilancia, así como de abogados y auditores externos de la empresa. El 7 de junio de 2013, Sanford Wadler fue despedido.

⁵⁶ Hyundai Motor tuvo que reincorporar al denunciante que filtró información sobre el encubrimiento de la retirada de productos, 30 de abril de 2017, noticia publicada en el periódico coreano *The Hankyoreh* (véase el siguiente enlace: http://english.hani.co.kr/arti/english_edition/e_business/792836.html).

⁵⁷ Párrafo 105 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Noruega (2011), disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/norway-oecdanti-briberyconvention.htm.

Sanford Wadler presentó una demanda de despido por haber colaborado en actividades protegidas con el Departamento de Trabajo estadounidense, en cumplimiento de las obligaciones a las que alude la Ley Sarbanes-Oxley. Posteriormente, presentó una demanda contra Bio-Rad y cada uno de los miembros de su junta directiva en el Distrito Norte de California, en mayo de 2015. El 6 de febrero de 2017, un Jurado Federal concluyó que Bio-Rad Laboratories, Inc. no habría despedido a Wadler de no haber trasladado sus sospechas al Comité de Vigilancia. El jurado le reconoció a Wadler el derecho a recibir casi 11 millones de dólares estadounidenses por daños y perjuicios; 2,96 millones en concepto de atrasos, suma duplicada conforme a las disposiciones de la Ley Dodd-Frank, y otros 5 millones por daños punibles. Esta indemnización es una de las más altas concedidas, hasta la fecha, a un denunciante estadounidense por los daños y perjuicios sufridos. El jurado apreció en la conducta ilícita de Bio-Rad dolo, intimidación y estafa, lo que daba derecho a Wadler a una indemnización por daños punibles. Esta conclusión parece basarse en la presentación como prueba de una evaluación de desempeño negativa para Wadler por parte de Bio-Rad que, si bien tenía fecha de abril de 2013 (con anterioridad al despido de Wadler), los metadatos demostraban que se había expedido en julio de 2013 (tras su despido). En una resolución interlocutoria anterior del mismo caso, el tribunal confirmó la interpretación efectuada de la Ley Dodd-Frank por parte de la SEC, según la que las disposiciones de protección de los denunciantes frente a posibles represalias que prevé dicha Ley se hacen extensivas a las denuncias internas de irregularidades. Y lo que es más importante, el Tribunal determinó que los administradores de empresas públicas pueden ser considerados individualmente responsables de adoptar represalias contra un denunciante. Bio-Rad ha interpuesto recurso de apelación.

Fuente: Wadler vs. Bio-Rad Laboratories Inc. et al., número de caso 3:15-cv-02356, ante el Tribunal de Distrito de Carolina del Norte, Estados Unidos.

Conclusión

Los denunciantes deben gozar de tutela judicial efectiva en forma de denuncias confidenciales y seguras y de medidas de protección frente a posibles represalias para poder denunciar con total libertad y seguridad presuntos casos de cohecho internacional de funcionarios públicos extranjeros. El GTC persiste en su riguroso seguimiento y supervisión de los marcos jurídicos de protección de empleados de los sectores público y privado que denuncian posibles casos de cohecho internacional, vigentes en los distintos países. Si bien es cierto que varios países han adoptado recientemente normas sobre la protección de los denunciantes, dos tercios de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* aún no ofrecen medidas de protección satisfactorias. Dada la importancia de los denunciantes en cuanto representan una fuente de detección en los casos de cohecho internacional, el GTC vigilará de cerca esta cuestión y los posibles avances como una prioridad en el marco de las evaluaciones por países que se realizarán durante la Fase 4.

Capítulo 3

Confidentes y testigos colaboradores

Introducción

Debido a que las tramas de cohecho internacional a menudo se conciben y diseñan a puerta cerrada y a que puede que sólo involucren a un pequeño grupo de participantes, los confidentes y los testigos colaboradores pueden convertirse en una valiosa fuente de detección para las autoridades competentes. En las jurisdicciones en que está permitido recurrir a confidentes y testigos colaboradores, tal es el caso de Argentina, Brasil, Canadá, Francia, México, Reino Unido y Estados Unidos, las autoridades competentes han sabido utilizar y sacar provecho del conocimiento de estas fuentes humanas para detectar, investigar y enjuiciar tempestivamente y con éxito casos de cohecho internacional. Este capítulo examinará las ventajas y desafíos que conlleva el hecho de servirse de confidentes y testigos colaboradores en las investigaciones de cohecho internacional.

El artículo 37 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUCC) prevé la posibilidad de que los países permitan a los imputados o coautores del delito cooperar con las autoridades competentes en procesos penales por delitos de corrupción, obteniendo a cambio sanciones menos gravosas o la inmunidad, al tiempo que señala que los colaboradores tendrán derecho a las medidas de protección de testigos, peritos y víctimas a las que alude el artículo 32 CNUCC.

El *Convenio Anticohecho OCDE* y demás instrumentos conexos no contienen disposiciones expresas sobre la cooperación en casos de cohecho internacional. El GTC ha analizado esta cuestión en cierta medida con motivo de sus informes de evaluación por países, acabando por recomendar a un país en concreto que permitiese o concediese la inmunidad a los colaboradores como medida de mejora de la detección⁵⁸. En la mayoría de los casos, el GTC ha centrado su atención en determinar si, en lo concerniente a los casos de cohecho internacional, cabe *exculpar* o exonerar íntegramente a los imputados que cooperan (lo que se conoce con el nombre de «arrepentimiento espontáneo»). En virtud de este mecanismo de *exculpación*, un sobornador puede ser exonerado por completo o absuelto del delito de cohecho siempre que concurren ciertas condiciones como, por ejemplo, el hecho de que el individuo en cuestión ayude en la detección y/o investigación del delito⁵⁹. El GTC ha admitido que dicha disposición podría cobrar

⁵⁸ Informes de la Fase 2 (2005) y Fase 3 (2011) correspondientes a Japón, disponibles en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/japan-oecdanti-briberyconvention.htm.

⁵⁹ La petición, o al menos la aceptación, del soborno por el funcionario público es otra de las condiciones que se exigen generalmente para que prospere la exculpación.

importancia en el contexto del cohecho a nivel interno en cuanto coadyuvaría la identificación y el procesamiento de funcionarios públicos nacionales. No obstante, el GTC ha apuntado igualmente al hecho de que dicho razonamiento no tiene aplicación en el contexto del cohecho internacional, al tiempo que ha señalado que la aplicación del *arrepentimiento espontáneo* como mecanismo de exculpación en los casos de cohecho internacional puede dar origen a un vacío en la implementación del *Convenio Anticohecho OCDE*. En el transcurso de las evaluaciones enmarcadas en las Fases 2 y 3, al menos siete países recibieron recomendaciones del GTC en lo referente a la necesidad de asegurarse de que la cooperación no dé lugar a la exculpación total ante un delito de cohecho internacional, todo ello con el objeto de garantizar la efectiva condena de este tipo de delitos⁶⁰.

Cuadro 9. Estudios de caso de Estados Unidos: Casos Alstom (2014) y Haiti Teleco (2011)

El caso Alstom

Con motivo de la investigación de Alstom S.A. y de sus filiales, empleados y demás trabajadores, los agentes de las autoridades competentes estadounidenses realizaron una primera entrevista de carácter informal, en su propio domicilio, con un intermediario externo de la filial estadounidense de Alstom. Tras recibir la visita de los agentes, el intermediario acordó colaborar en la investigación con arreglo a un acuerdo de inmunidad. El intermediario externo aportó información incriminatoria sobre actuales y antiguos empleados de Alstom junto a quienes perpetró una trama de cohecho. Posteriormente, los agentes de las autoridades competentes estadounidenses grabaron las conversaciones mantenidas entre el intermediario externo y varios de los antiguos empleados de Alstom, grabaciones que constituyeron una prueba incriminatoria adicional contra los antiguos empleados que, al encontrarse frente a las autoridades, aceptaron declararse culpables y colaborar en las tareas de investigación. La cooperación de dichos antiguos empleados condujo a la acusación formal de un directivo de Alstom en ese momento, cuyo arresto se produjo cuando se encontraba viajando a Estados Unidos. Al ser arrestado y tras presentarle las pruebas que lo incriminaban, el directivo de Alstom aceptó declararse culpable y colaborar con las autoridades. La información adicional aportada por el directivo de Alstom motivó la presentación de nuevos cargos contra otras personas y llevó a la adopción de un acuerdo con la empresa.

El caso Haiti Teleco

A la luz de las investigaciones sobre empresas de telecomunicaciones estadounidenses que habían pagado sobornos a Telecommunications d'Haiti S.A.M. (conocida como «Haiti Teleco»), las autoridades competentes estadounidenses reunieron pruebas contra un funcionario de la Haiti Teleco que viajaba a menudo a Estados Unidos con la finalidad de cometer infracciones tributarias y blanquear capitales en el país. Ante la acusación de las autoridades competentes, este funcionario aceptó declararse culpable y colaborar en la investigación, al tiempo que aportó pruebas que inculpaban a dos empresas de telecomunicaciones estadounidenses y demostraban que le habían pagado sobornos, así como a otros dos intermediarios a los que se recurrió para perpetrar la trama de cohecho. Como resultado, se presentaron cargos contra ambos intermediarios, quienes se declararon culpables y aceptaron colaborar, y contra varios directivos de las dos empresas implicadas en la trama, una de las cuales también se declaró culpable y aceptó cooperar. Gracias a la cooperación del funcionario en cuestión, de los intermediarios y de uno de los directivos de las empresas de telecomunicaciones, las autoridades consiguieron presentar cargos adicionales contra otros dos funcionarios de Haiti Teleco, acusados de blanquear los fondos procedentes del pago de sobornos a través de instituciones financieras estadounidenses. Gracias al testimonio de los testigos colaboradores, las autoridades estadounidenses fueron capaces no sólo de identificar a los intermediarios y directivos implicados en el delito de cohecho, sino también de conseguir que se condenara a los

⁶⁰ Véanse los Informes de la Fase 2 correspondientes a la República Checa, Grecia, Letonia, Polonia, Rusia, la República Eslovaca y Eslovenia.

dos directivos de las empresas de telecomunicaciones involucradas y a un funcionario de Haiti Teleco.

1. Definiciones y clases de confidentes y testigos colaboradores

El *Manual de las Naciones Unidas para fiscales e investigadores sobre medidas prácticas contra la corrupción* de 2004 (en adelante, «Manual ONU») contiene definiciones de tres clases de fuentes de información humana: *fuentes confidenciales*, *confidentes* y *testigos colaboradores*, cuya definición, en virtud del referido Manual ONU, es la siguiente:

- «*Fuentes confidenciales* son aquellas que proporcionan información obtenida en virtud de su empleo legítimo. Por ejemplo, el empleado de un hotel con acceso a documentos de registro, o un agente de viajes con conocimiento de los planes de viaje, normalmente se clasificarían como fuentes confidenciales. La razón por la que una fuente confidencial colabora con las autoridades competentes puede residir en un sentimiento de deber público, una relación de amistad con un agente de la autoridad, o la gran satisfacción que se experimenta al ayudar a la policía en secreto. Las fuentes confidenciales no suelen recibir, por lo general, pago o retribución ningunos por su ayuda e implican una menor gestión por parte de los investigadores. Conviene actuar con especial cuidado cuando nos encontramos ante un país que dispone de normas sobre la confidencialidad o la protección de datos, y prestar atención al hecho de que, probablemente, exista un riesgo asociado a la utilización de la fuente».
- «Es probable que los *confidentes* sean personas involucradas en actividades delictivas o asociadas con personas que a su vez lo están. Con frecuencia, las autoridades competentes pagan a los confidentes, por lo que cabe esperar que su relación con los investigadores tenga continuidad. Su condición de informante y la información que aportan son estrictamente confidenciales, de ahí que (a diferencia de los testigos colaboradores) no se espere que declaren ante un tribunal o participen públicamente en ningún juicio».
- «Los *testigos colaboradores* son fuentes que ayudan a los funcionarios de las autoridades competentes confidencialmente, aunque se espera de ellos que declaren eventualmente, en calidad de testigos, en procesos judiciales. Cabe la posibilidad de que los testigos colaboradores estén implicados en las actividades delictivas que están siendo investigadas o de que estén estrechamente relacionados con dichas actividades. En ocasiones, un testigo colaborador actúa como un asistente de la policía en una investigación encubierta, por lo que tal vez deba conocer aspectos del plan de investigación. La característica distintiva de los testigos colaboradores radica en el hecho de que su identidad y la cooperación con las autoridades se harán públicas en última instancia. En consecuencia, es probable que haya que trasladar a estos testigos o que las autoridades competentes les brinden otras medidas de protección especial una vez que su identidad y cometido salen a la luz».
- Un «*acuerdo de cooperación*» designa normalmente todo acuerdo escrito entre la fiscalía y un acusado a través del que este último acepta declararse culpable y colaborar con las autoridades, generalmente a cambio de la petición del fiscal al juez que dicta la sentencia de una condena reducida y/u otros beneficios, tales como el compromiso de no volver a procesar al demandado. Habitualmente, el

acuerdo de cooperación obliga al demandado a colaborar plenamente con las autoridades competentes. Serán los propios términos y condiciones del acuerdo los que establezcan qué se espera del demandado, por ejemplo, actuar con total sinceridad, dar a conocer en su totalidad las posibles operaciones financieras, estar disponible urgentemente para reunirse con la fiscalía u otros órganos, aceptar testificar si fuere necesario y, en ocasiones, hasta actuando como un infiltrado.

Este capítulo versa principalmente sobre «testigos colaboradores» y «confidentes» haciendo hincapié en la distinción antes mencionada entre «confidentes», quienes aportan información útil a las autoridades competentes, aunque generalmente no se espera de ellos que testifiquen en un juicio, y «testigos colaboradores», de quienes se espera que declaren, llegado el caso, ante un tribunal o intervengan en un proceso judicial público.

2. Ventajas para las autoridades competentes de contar con testigos colaboradores y confidentes ante delitos de cohecho internacional

2.1. Aportación de información de primera mano sobre las tramas de cohecho y declaración en juicio

Habida cuenta de que los confidentes y los testigos colaboradores estaban generalmente involucrados en los actos constitutivos de delito, se encuentran en una posición privilegiada para aportar información de primera mano sobre el delito o delitos en cuestión. Los confidentes y testigos colaboradores pueden representar una ventaja al poner dicha información al alcance tanto de la autoridad competente, para ayudarla en el desarrollo de la investigación, como de los miembros del jurado. Puede resultar difícil presentar cargos contra un individuo sin el apoyo de un confidente o de un testigo colaborador. De hecho, Estados Unidos informa de que la utilización cada vez mayor, por su parte, de confidentes y testigos colaboradores ha sido uno de los principales factores que han determinado el aumento del número de procesos penales contra los autores de delitos de cohecho internacional.

Los testigos colaboradores y los confidentes cobran especial importancia en los casos de cohecho internacional, principalmente cuando dichos juicios se celebran ante jurados compuestos por legos en la materia. Los juicios por cohecho activan generalmente la capacidad de la fiscalía para explicar problemas complejos de manera comprensible a un jurado compuesto por personas con poca o ninguna experiencia en el tema. Tanto los testigos colaboradores como los confidentes pueden facilitar enormemente la comprensión del jurado de los problemas o cuestiones abordados guiando al jurado paso a paso a través de una compleja trama de cohecho en términos que un lego en la materia pueda comprender, al tiempo que pueden imprimir un nuevo dinamismo y sentido a documentos, por lo demás, ambiguos. No obstante, los fiscales deben ser conscientes de que la defensa intentará socavar la credibilidad de los testigos colaboradores y confidentes siempre que resulten estar involucrados en conductas ilícitas, a cuyo fin adoptarán las medidas necesarias previamente al juicio tales como, entre otras, preparar al testigo colaborador o confidente, mencionar desde el principio cualquier información negativa o utilizarla con sentido despectivo y corroborar sus testimonios basándose en pruebas objetivas.

2.2. *Aclaración de las informaciones recabadas*

Las pruebas documentales suelen ser un elemento decisivo en numerosos casos de cohecho internacional. Dichos casos se basan o construyen a menudo partiendo de documentos bancarios y comunicaciones internas por correo electrónico que quizás no resulten obvios a primera vista. Los testigos colaboradores y confidentes que conociesen o estuviesen familiarizados con tales documentos de la trama pueden ayudar a los fiscales a confirmar la importancia y el alcance de tales documentos. De igual modo, pueden ayudarles a entender pruebas documentales ambiguas, con códigos en clave o incompletas, ayuda especialmente valiosa dada la reciente tendencia que apunta a beneficiarios finales ficticios desconocidos y a la utilización de servicios encriptados de extremo a extremo.

A menudo, los testigos colaboradores o confidentes pueden determinar si faltan documentos clave entre las pruebas recabadas por las autoridades competentes y, en su caso, dar a conocer la ubicación, como pueden ser unos almacenes externos o el domicilio de los propios sospechosos, cajas de seguridad u otras ubicaciones desconocidas con anterioridad, de los documentos que faltan. Cualquier testigo colaborador o confidente que esté familiarizado con la caligrafía de la persona investigada puede confirmar si el contenido o mensaje manuscrito de un documento clave son del puño y letra del sospechoso. Si el testigo colaborador o confidente se encontraban presentes en el momento en que el documento se redactó, podrán aportar las explicaciones pertinentes y aclarar minuciosamente las circunstancias en que se produjeron los hechos.

De forma análoga, los testigos colaboradores y confidentes pueden ayudar a la fiscalía a corroborar y contrastar la información procedente de otros testigos, lo que puede resultarle útil a la fiscalía en la medida en que pone a prueba la credibilidad no sólo de los testigos colaboradores y de los confidentes, sino también de los demás testigos (incluidos otros testigos colaboradores y confidentes).

2.3. *Obtención de pruebas de la comisión de delitos de cohecho internacional*

Los testigos colaboradores y confidentes suelen encontrarse en una situación privilegiada para facilitar información a las autoridades competentes que puede ayudar, a su vez, a los fiscales a reunir nuevas pruebas de la comisión del delito. Así, por ejemplo, un testigo colaborador o confidente está en condiciones de facilitar información suficiente como para permitir a las autoridades competentes conseguir una orden de registro o para interceptar llamadas (también llamadas «escuchas telefónicas»). En el caso de una orden de registro, los testigos colaboradores e informantes a menudo se hallan en una situación ventajosa para aportar información creíble sobre la ubicación física real de las pruebas, como pueden ser documentos o dinero en efectivo, o bien la utilización de una cuenta de correo electrónico para la trama de cohecho. Del mismo modo, un testigo colaborador o confidente pueden proporcionar la información necesaria para que se autoricen las escuchas telefónicas como, por ejemplo, los números de teléfono utilizados por los sospechosos, lo que resulta especialmente útil cuando un sospechoso cambia con frecuencia los números de teléfono con la esperanza de evitar que intercepten sus llamadas.

Cuando la legislación nacional lo permita, las llamadas telefónicas grabadas o las reuniones presenciales entre un testigo colaborador o confidente y un sospechoso pueden representar un valiosísimo método de obtención de pruebas. Normalmente, cuando la conversación tiene lugar por teléfono, dichas llamadas se realizan bajo la supervisión y el

control simultáneo y en tiempo real de las autoridades, lo que a veces se denomina «escuchas telefónicas consentidas» o «teléfono controlado». El agente puede encontrarse en la misma ubicación física que el testigo colaborador o confidente, lo que le permite apuntar de forma encubierta las preguntas o respuestas para el sospechoso, consiguiendo dirigir la conversación hacia el tema de interés y obtener información útil.

En ciertas jurisdicciones, los testigos colaboradores y confidentes también pueden grabar audios y vídeos de las reuniones presenciales que mantienen. Generalmente, esto se consigue llevando un transmisor oculto u otro dispositivo de grabación portátil. Los transmisores ocultos permiten habitualmente que el agente supervise la conversación de forma remota. En condiciones ideales, el agente se sitúa en un lugar oculto cercano para garantizar la seguridad del testigo colaborador o confidente.

La utilización de testigos colaboradores o confidentes en una *operación secreta* puede ser otra forma de sacar provecho de su ayuda en la obtención de pruebas de tramas de cohecho. En términos generales, una «operación secreta» es aquella operación diseñada para atrapar a una persona que comete un delito potencial. Los testigos colaboradores o confidentes pueden asumir temporalmente un papel o identidad ficticios para así ocultar su propósito y estrategias para detectar delitos u obtener pruebas. Su participación en dichas operaciones encubiertas puede ir desde sencillas operaciones puntuales hasta operaciones enormemente complejas que se prolongan en el tiempo.

2.4. Obtención de respuestas a los interrogantes que se plantean durante la investigación de casos de cohecho internacional

Aparte de facilitar la recogida de pruebas, los testigos colaboradores o confidentes proporcionan a menudo información minuciosa y exhaustiva que ni siquiera la investigación más férrea conseguiría sacar a la luz. Dependiendo del grado de implicación de un testigo colaborador o confidente dados en la trama de cohecho investigada, conocerán «de primera mano» todas las circunstancias que rodean al caso y habrán tenido acceso a conversaciones y demás actividades de los cómplices o partícipes que con toda probabilidad desconocen las autoridades competentes. Gracias a ello, los testigos colaboradores o confidentes pueden ayudar a las autoridades a comprender mejor los detalles de la trama en cuestión, proporcionar pistas sobre otras actividades constitutivas de delito, revelar la ubicación de los activos ocultos y realizar otras muchas contribuciones valiosas de cara a una investigación o proceso por delitos que, en caso contrario, pasarían desapercibidos o no se investigarían.

2.5. Aportación de nuevos datos sobre personas físicas o jurídicas implicadas en tramas de cohecho internacional

Los testigos colaboradores y confidentes se hallan en una posición inmejorable para aportar pistas sobre otros cómplices o partícipes involucrados en la misma trama de cohecho internacional en la que se ven envueltos en primera persona. Los testigos colaboradores y confidentes están en condiciones de describir toda comunicación directa con los cómplices relativa a la trama, aun cuando no existan pruebas documentales que apunten a dichos cómplices. En algunos casos, es posible que hayan grabado audios de las reuniones mantenidas o incluso las llamadas telefónicas que confirman la implicación de los cómplices. Por otra parte, puede que también hayan conservado mensajes de texto, correos electrónicos u otras comunicaciones escritas que se hayan intercambiado con otros sujetos.

Adicionalmente, puede que los testigos colaboradores y confidentes tengan conocimiento de personas o empresas involucradas en otras tramas de cohecho internacional. En este sentido, cabe establecer una clara distinción entre el conocimiento de primera mano o el conocimiento personal de otras tramas de cohecho internacional, así como de situaciones en las que el testigo colaborador o confidente en cuestión tan sólo han escuchado rumores sobre esas otras tramas.

3. Dificultades que plantea la utilización de testigos colaboradores y confidentes

3.1. *Reclutar testigos colaboradores y confidentes*

Los testigos colaboradores y los confidentes son herramientas de gran valor al alcance de las autoridades, hasta el punto de que empieza a ser habitual que su aportación y ayuda no puedan ser reemplazadas por otras técnicas de investigación tales como la recogida de pruebas documentales y materiales a través de órdenes de citación o de registro, vigilancia o tan siquiera otros métodos. No obstante, por valiosos que puedan ser los testigos colaboradores y los confidentes, hay que actuar con especial cautela y la diligencia necesaria en su selección, especialmente teniendo en cuenta que entre las razones que les mueven a actuar pueden encontrarse el dinero que se puede ganar eventualmente colaborando con las autoridades (en el caso concreto de los confidentes), el deseo de vengarse de otras personas, el temor a recibir amenazas de los cómplices o partícipes del delito, la aspiración a conseguir una reducción de pena y el miedo a la deportación⁶¹. Estas motivaciones pueden funcionar en contraposición al objetivo de las autoridades competentes de descubrir la verdad en la medida en que los testigos colaboradores y los confidentes tienen un incentivo para aportar información que se considere útil. En un intento de ganarse el favor de la fiscalía, existe el riesgo de que los testigos colaboradores y confidentes exageren, mientan o incluso creen pruebas falsas. Por lo tanto, conviene dejar bien atado de antemano el *reconocimiento* o ventaja que los testigos colaboradores y confidentes reciben por aportar información y declaraciones fidedignas, en lugar de hacer depender dicho *reconocimiento* del resultado del caso.

3.2. *Entablar una relación profesional*

Los testigos colaboradores o confidentes involucrados en un delito pueden ser delincuentes hábiles para manipular y mentir con total desenvoltura a todos cuantos les rodean. Además, pueden tener un incentivo para guiar la marcha de la investigación en la dirección que deseen con el único fin de ganar puntos o de proteger a terceras personas, como pueden ser los miembros de su propia familia. Estos factores, junto con los incentivos que pueden llevar a testigos colaboradores y confidentes a contarle a la fiscalía ni más ni menos que «lo que ésta quiere oír», se traducen en que las autoridades competentes deben proceder con cautela antes de dar por «buena» la información que éstos le proporcionan. «Confiar, no sin antes contrastar» es el criterio aplicado con mayor frecuencia. Por esta razón, es aconsejable corroborar la mayor cantidad de pruebas posible obtenidas de un testigo colaborador o de un confidente.

⁶¹ Dennis G. Fitzgerald (2015): *Informants, Cooperating Witnesses, and Undercover Investigations: A Practical Guide to Law, Policy and Procedure*, 2ª Edición, pág. 45. Este capítulo se basa en los conceptos expuestos en este instructivo libro de consulta (en lo sucesivo, «Fitzgerald»).

3.3. *Lograr un equilibrio entre cooperación y protección de los derechos fundamentales*

Los ordenamientos jurídicos internos que permiten recurrir a testigos colaboradores y confidentes generalmente también contemplan la existencia de controles y mecanismos correctores para garantizar que no se vulneran y que se respetan el derecho de defensa, el derecho a no autoinculparse y el derecho a un juicio justo. A tal fin, las autoridades competentes han de ejercer sus competencias de forma diligente y responsable. El hecho de permitir la supervisión de un juez independiente para determinar cuál es el *reconocimiento* que se merece cualquier testigo colaborador o confidente en función del nivel de colaboración prestado garantiza el respeto y cumplimiento de estos derechos fundamentales. Adicionalmente, puede contribuir a paliar o atenuar la preocupación acerca del riesgo implícito de que el testigo colaborador o el confidente estén simple y llanamente diciéndole a las autoridades lo que quieren escuchar (a este respecto, véase el apartado 3.1). A modo de ejemplo, en Estados Unidos es el juez (y no el fiscal ni el agente de la autoridad correspondiente) quien decide la condena definitiva y establece, en su caso, una reducción de la pena aplicable al testigo colaborador o informante en cuestión basándose precisamente en el grado o nivel de cooperación prestada por parte de aquéllos.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Régimen del «imputado colaborador»

Argentina

En Argentina, la Ley núm. 27.304 de 2016 establece el marco jurídico para la cooperación con los autores de delitos complejos, tales como los relacionados con la corrupción. Contempla una reducción de entre un tercio y la mitad de la pena para el autor de un delito que proporcione información y/o datos exactos y fidedignos que puedan contribuir a evitar un delito o esclarecer los hechos investigados u otros hechos conexos. Esta información también puede servir para revelar la identidad o ubicación de otros responsables, proporcionar datos suficientes para permitir un avance significativo en la investigación, dar a conocer el destino de los instrumentos, activos, efectos o ganancias procedentes del delito, o determinar las fuentes de financiación organizaciones criminales involucradas.

Para beneficiarse de una reducción de las penas, la información aportada debe referirse únicamente a los hechos en los que ha participado el *imputado colaborador* y a los sujetos cuya responsabilidad penal es igual o mayor que la de dicho colaborador. Por otra parte, esta Ley también establece sanciones de carácter penal por la aportación ilegal de información falsa.

A nivel operativo, el acuerdo de cooperación se alcanza entre el imputado y el fiscal, aunque en última instancia se requiere la confirmación formal por parte del juez del caso. La idoneidad del acuerdo alcanzado se evalúa principalmente en función de la credibilidad del imputado y de la veracidad, previamente escrutada, de la información aportada, debiendo corroborar el juez y el fiscal la veracidad y la utilidad de la información facilitada por el imputado antes de la celebración del juicio.

3.4 *Aspectos relativos al juicio*

Un *testigo colaborador que testifica* suele ser alguien que estuvo involucrado en el delito y que ya se ha declarado culpable. Por otra parte, el *testigo colaborador* tiene habitualmente un pasado dudoso y a menudo cuenta con un historial repleto de actos ilícitos y otros hechos reprobables. Es lo que viene denominándose «bagaje», algo que

puede servir de elemento diversivo y un factor que puede hacer que los testigos colaboradores pierdan credibilidad frente a otros testigos más objetivos.

Adicionalmente, en el juicio, la defensa se esforzará por establecer que el testigo colaborador engañó de alguna forma a las autoridades, o que aportó información incompleta con motivo de su colaboración. Por otra parte, la defensa tratará igualmente de establecer que dicho testigo colaborador no tiene otro interés fundamental que el de conseguir una pena menos gravosa, y no ya necesariamente el decir la verdad. Este tipo de contrainterrogatorio, si bien puede ser efectivo, es igualmente cierto que puede resultar muy dañino para la credibilidad del testigo colaborador. En algunos casos, en una fase inicial de la colaboración, el testigo colaborador no habrá admitido aún plenamente su culpa, algo que las autoridades competentes reflejarán oportunamente en los informes relativos a los interrogatorios. Si es éste el caso, la mejor opción para el testigo colaborador es «admitir» su falta de franqueza inicial y explicar los motivos en el juicio.

La fiscalía puede hacer frente a estos ataques a la credibilidad del testigo de varias formas. En el juicio, la acusación debe esperar que tenga lugar un agresivo contrainterrogatorio a sus testigos colaboradores. Si la defensa no puede atacar eficazmente el fondo del asunto o los argumentos presentados por las autoridades, deberá intentar menoscabar dichos argumentos atacando la credibilidad de los testigos colaboradores. Para contrarrestar la efectividad de dicho contrainterrogatorio, los fiscales deben adoptar varias medidas con carácter previo al juicio, consistiendo el primer paso fundamental en interrogar profusamente al testigo colaborador acerca de la posible existencia de delitos cometidos con anterioridad. Por ejemplo, la fiscalía debe saber si el testigo colaborador aportó información falsa en relación con sus obligaciones fiscales o con una declaración de quiebra, aun cuando se hubieran cometido muchos años antes y pese a no estar relacionados con la trama de cohecho. Estas medidas de cautela evitarán sorpresas en el juicio ante las preguntas de la defensa o ante la presentación de un testigo sorpresa por la defensa. Toda información que pueda tener efectos negativos ha de mencionarse por adelantado en la declaración directa del testigo colaborador, ya que esto desmontará la táctica de la defensa al obtener esa información antes. El segundo paso es intentar corroborar la mayor parte posible del testimonio que se espera ofrezca el testigo colaborador recurriendo a otros medios de prueba objetivos. Por ejemplo, si se espera que el testigo colaborador declare que efectuó llamadas al sospechoso en las que se habló del pago de sobornos, la fiscalía deberá obtener los registros telefónicos que permitan constatar que las llamadas se efectuaron realmente. En tercer lugar (o tercer paso), los fiscales y los investigadores deben mantener una relación profesional e independiente con el testigo colaborador y tienen que dejarles claro al juez y al jurado que dicho testigo recibirá una recompensa únicamente por decir la verdad, sin más. Es posible alcanzar un acuerdo de cooperación durante la declaración del testigo colaborador, en cuyo caso dicho acuerdo deberá dejar clara constancia del motivo por el que se alcanza y de la ventaja obtenida a cambio. Por último, es importante ayudar a explicar en el juicio (posiblemente durante los alegatos finales) por qué la información aportada por un testigo colaborador tiene carácter relevante, aun cuando pudiera tratarse de un personaje de conducta reprochable, explicando que tan sólo quienes están implicados en el delito conocen y pueden contar de primera mano lo ocurrido y que, por el contrario, los testigos de conducta más ejemplar carecerían de tal conocimiento porque los cómplices no confiarían en ellos para ningún aspecto relacionado con el delito.

4. Sistema de incentivos para confidentes y testigos colaboradores en los casos de cohecho internacional

Para establecer si las autoridades competentes son capaces y en qué medida de atraer y aumentar el número de testigos colaboradores y confidentes, es fundamental determinar si el ordenamiento jurídico interno correspondiente contempla un sistema adecuado de incentivos («zanahorias») y penalizaciones («palos») para los actores pertinentes o partes intervinientes. En Estados Unidos, diversos tribunales federales y las oficinas de los fiscales de distrito de todo el país han adoptado múltiples prácticas en relación con las reducciones de las penas que pueden conseguir los testigos colaboradores y los confidentes. La cooperación se ve muy recompensada en la mayoría de los distritos, de ahí que represente un poderoso incentivo a colaborar para los acusados. Por el contrario, cuando las personas interesadas deciden no colaborar, se enfrentan a condenas considerablemente más gravosas. En los ordenamientos que no permiten reducir las penas por colaborar, o que simplemente establecen diferencias insignificantes entre las penas aplicables a imputados colaboradores y las que conciernen a imputados no colaboradores, los sujetos concernidos tienen un incentivo más limitado para admitir su propia culpabilidad y colaborar frente a otros, pudiendo decantarse, en este supuesto, por llevar el caso a juicio.

4.1. *Herramientas y técnicas de investigación que permiten a los testigos colaboradores y a los confidentes probar en la práctica la culpabilidad*

En circunstancias excepcionales, una persona implicada en tramas de cohecho trata de reparar el daño y decide cooperar para asumir la responsabilidad de sus actos previos. A menudo, como hemos señalado anteriormente, una persona se decide a colaborar únicamente si piensa que ello redundará en su propio interés. Así pues, el primer paso para garantizar la cooperación por parte de dicho sujeto consiste en reunir pruebas contra dicho individuo lo suficientemente sólidas como para obtener su condena en el juicio. Una vez se encuentre frente a las pruebas recabadas, el sujeto en cuestión comprenderá la conveniencia de plantearse cooperar con las autoridades. Por lo tanto, es imprescindible disponer de herramientas de investigación que hagan posible la recopilación de pruebas.

4.2. *Sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias para los delitos de cohecho internacional*

Como hemos señalado más arriba, una de las razones o motivaciones que llevan a una persona a cooperar con las autoridades reside en el temor a enfrentarse a una pena significativa por el delito o delitos en cuestión. No obstante, si el ordenamiento jurídico interno correspondiente no impone sanciones proporcionales y disuasorias para castigar a los autores de delitos relacionados con el cohecho, ello menoscabará el incentivo a colaborar. Así, por ejemplo, si las penas de prisión durante un período significativo de tiempo son poco frecuentes, y las condenas condicionales o las penas de libertad condicional o arresto domiciliario son más habituales, existe el riesgo de que los sujetos afectados consideren que las ventajas asociadas a la colaboración les compensan menos que la consecuencia poco probable de ser condenados y encarcelados.

4.3. *Reducción o atenuación de las penas basándose en la cooperación*

Reducción de las penas: Aun cuando un ordenamiento jurídico imponga sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias a quienes estén involucrados en una trama de

cohecho, debe contemplar necesariamente también reducciones significativas de las penas en favor de quienes cooperan con las autoridades. De no ser así, los sujetos pertinentes carecerían de un incentivo lo suficientemente persuasivo para cooperar y, en cambio, optarían por rebatir las acusaciones e intentar evitar la condena. Por el contrario, un ordenamiento jurídico que recompense adecuadamente a los *imputados colaboradores* imponiéndoles sentencias menos gravosas que a los sujetos condenados por los mismos delitos, estará incentivando lógicamente a los culpables a colaborar.

Negociación de las penas: En términos generales, la expresión «negociación de las penas» designa la negociación de un acuerdo entre la acusación y el acusado que le da la posibilidad a este último de declararse culpable y obtener así un trato más favorable a la hora de dictar sentencia que si simplemente se declarara culpable de todos los cargos presentados en su contra. Durante el proceso de negociación, y siempre que el ordenamiento jurídico interno así lo contemple, la fiscalía puede ofrecerle una o varias ventajas o protecciones al acusado para incitarle no solamente a declararse culpable, sino también a cooperar. He aquí las ventajas: 1) un acuerdo en virtud del que la fiscalía presentará una moción ante el tribunal a la hora de dictar sentencia, haciendo hincapié en la ayuda significativa prestada por el acusado durante la investigación o procesamiento de otra persona; 2) permitir al acusado declararse culpable de un cargo frente a todos los cargos reflejados en el auto de acusación, o frente a todos los cargos que podrían presentarse contra el acusado; 3) permitir al acusado declararse culpable de un delito menor, o 4) el acuerdo de no enjuiciar al sujeto por otra actividad delictiva. En definitiva, en el supuesto de prever esta posibilidad el procedimiento penal interno correspondiente aplicable en los casos de cohecho internacional, el proceso de negociación de la pena puede acabar favoreciendo la cooperación.

Inmunidad: Representa el nivel más alto de protección jurídica que se puede ofrecer a los testigos colaboradores y confidentes. En los casos de cohecho internacional, los distintos países deben asegurarse de que dicha inmunidad no equivale a ni supone la exculpación automática del «arrepentimiento espontáneo», lo que impediría la condena en la práctica del delito de cohecho internacional.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Concesión de inmunidad	
Estados Unidos	<p>Habitualmente, en el sistema federal estadounidense, el fiscal y el abogado defensor discutirán la posibilidad de conceder la inmunidad a un testigo que se niegue a ser entrevistado por las autoridades o que se acoja a la Quinta Enmienda en lo concerniente al derecho a no autoinculparse en caso de recibir una citación para testificar ante un gran jurado. La inmunidad de enjuiciamiento puede ser conveniente en los casos en que la acusación valora la cooperación de un determinado sujeto, pero carece de pruebas suficientes para acusar y/o condenar a dicho sujeto, o cree que es apropiado concluir la investigación sin presentar cargos contra él.</p> <p>En líneas generales, existen tres tipos de inmunidad en el sistema federal estadounidense: 1) <i>inmunidad transaccional</i> (evita que el testigo sea procesado por el delito o delitos subyacentes, y a menudo se incluye en los acuerdos escritos de admisión de culpabilidad); 2) <i>inmunidad de uso</i> (impide al fiscal el uso de las declaraciones de un testigo en su contra, pero permite su procesamiento posterior sobre la base de pruebas de perjurio o declaración falsa), e 3) <i>inmunidad informal</i> (conferida mediante acuerdo escrito entre la oficina del fiscal y el testigo).</p> <p>Consúltense el <i>Manual del Abogado (USAM)</i>, artículos 9 a 23 sobre «inmunidad del testigo»; USAM, <i>Manual de recursos penales</i>, artículos 716 a 719 sobre «inmunidad»; Departamento de Justicia (DOJ), Oficina Ejecutiva de los Fiscales</p>

Federales de Estados Unidos, *Manual Práctico del Gran Jurado federal*, edición de octubre de 2008, apartado 8.23 sobre «inmunidad transaccional».

Conclusión

Como se detalla más arriba, los testigos colaboradores y confidentes pueden representar una valiosísima fuente de detección del cohecho internacional siempre que se les aseguren las correspondientes garantías y salvaguardas legales. En la medida de sus posibilidades, sería conveniente que los países del GTC que no permiten el uso de testigos colaboradores o de confidentes se planteasen la posibilidad de adoptar medidas legislativas o de otra índole necesarias para legitimar el uso de esta valiosa herramienta al servicio de la ley. Por su parte, los países del GTC que ya permiten el uso de testigos colaboradores y de confidentes deben sacar el máximo provecho de esta herramienta para investigar y perseguir los casos de cohecho internacional, a cuyo fin deben esforzarse por aprobar directrices de aplicación y leyes de enjuiciamiento, en su caso, para mejorar y aumentar su uso.

Capítulo 4

Medios de comunicación y periodismo de investigación

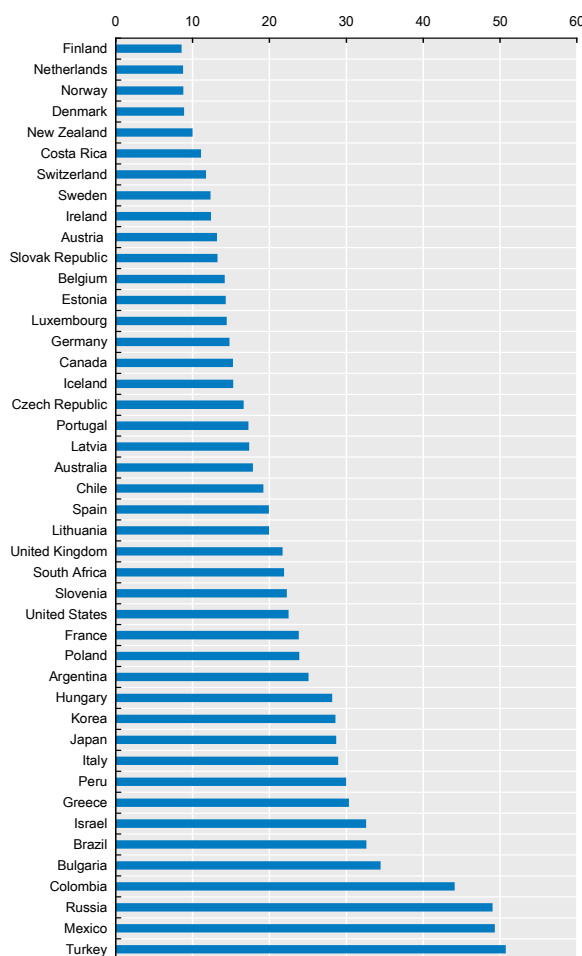
Introducción

Los medios de comunicación, en general, y el periodismo de investigación por periodistas asociados o independientes, en particular, o incluso las ONG, son algunas de las fuentes más importantes de sensibilización de la opinión pública sobre la corrupción. La denuncia de los medios es una fuente indispensable de detección en los casos de cohecho internacional, ya sea para las autoridades competentes que investigan las denuncias hechas públicas por la prensa, para las empresas que deciden realizar sus propias investigaciones internas o presentar una denuncia interna voluntaria, o incluso para los órganos de prevención del blanqueo de capitales que denuncian transacciones sospechosas, como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por los medios o de los artículos publicados por la prensa. Hasta la fecha, el 2% (6 casos) de las tramas de cohecho internacional que derivaron en sanciones se descubrió a raíz de las denuncias en los medios de presuntos casos de corrupción. Aparte de ayudar a incoar los procedimientos oportunos, las denuncias de los medios también pueden ayudar a revisar otros casos conocidos o populares susceptibles de ser investigados. El conocido como «cuarto poder» merece reconocimiento por la labor que desempeña en su condición de *ojo libre* que investiga irregularidades o conductas ilícitas y de *voz libre* que denuncia esas conductas ante los ciudadanos. Si bien es cierto que las innovaciones tecnológicas, entre ellas las monedas virtuales y la minería de datos, dotan a los delincuentes de nuevas herramientas para cometer delitos, es igualmente cierto que las comunicaciones cifradas aumentan la confianza de las fuentes para llamar la atención de los medios sobre sus sospechas, sin miedo a ser vigilados o a sufrir represalias. Los datos abiertos permiten a los periodistas de investigación tener acceso a una cantidad ingente de información antes inalcanzable, a la vez que las redes y los consorcios internacionales de periodistas facilitan investigaciones que eran inimaginables hace diez años. La investigación sobre los «Papeles de Panamá», que fue galardonada con el premio Pulitzer al mejor periodismo explicativo en abril de 2017, fue fruto de los cinco años de denuncias por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (CIPI), que excavó en los secretos que se esconden tras los paraísos fiscales y publicó gráficos concernientes a los diez primeros países en los que operan intermediarios: Hong Kong, Reino Unido, Suiza, Estados Unidos, Panamá, Guatemala, Luxemburgo, Brasil, Ecuador y Uruguay⁶². De forma análoga, en abril de 2016, tras seis meses de investigación, dos grandes medios de información sacaron a la luz el escándalo de Unaoil, una presunta trama de cohecho

⁶² Se pueden ver los principales gráficos de los «Papeles de Panamá» en: <https://panamapapers.icij.org/graphs/>.

internacional consistente en el pago de sobornos en nombre de empresas de países de todo el mundo, incluidas las situadas en los países signatarios del *Convenio Anticohecho OCDE*. En fecha más reciente, la investigación del CIPI denominada «Los Papeles del Paraíso» ha conducido a la presentación de denuncias en todo el mundo relativas al uso que hacen las multinacionales de centros financieros extraterritoriales para ocultar ciertas operaciones⁶³.

Gráfico 3. Estados firmantes del *Convenio Anticohecho* en la Clasificación mundial de la libertad de prensa 2017



Nota: Los países obtuvieron puntuaciones que van de 0 a 100, siendo 0 la mejor puntuación posible y 100 la peor. Se incluye a Perú como miembro de pleno derecho del GTC.

- Fuente: Reporteros Sin Fronteras (RSF), Clasificación mundial de la libertad de prensa 2017, en <https://rsf.org/en/ranking>.

⁶⁴ Argentina, Australia, Brasil, Eslovenia, España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Israel, Letonia, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca y Turquía.

⁶⁵ Argentina, Australia, Grecia, Israel, Portugal y Turquía.

⁶⁶ El GTC señaló, con motivo de sus evaluaciones, que la referida *base de datos* no debía utilizarse como única ni tan siquiera principal fuente de detección, ya que se espera que los países sigan implementando sus propias medidas de detección.

Dieciséis de los 41 Estados firmantes del Convenio Anticohecho que han completado la evaluación de la Fase 3 confirmaron la detección de al me caso de cohecho internacional gracias a denuncias de los medios tanto nacionales como internacionales⁶⁴. Se recomendó a seis países que sus autoridades evaluaran periódicamente las denuncias de cohecho internacional fundadas y hechas públicas en los medios, y a las misiones en el extranjero se les recomendó vigilar a los medios locales y trasladar las denuncias a las autoridades competentes, o sensibilizar a los medios de comunicación nacionales sobre los problemas de corrupción internacional⁶⁵. El GTC de la OCDE gestiona una «base de datos» de denuncias de cohecho internacional, habilitada por la Secretaría de la OCDE sobre la base de fuentes públicas y denuncias de los medios, principalmente. El GTC se sirve de esta *base de datos* para hacer un seguimiento de los avances en cada caso y, en ocasiones, los países miembros la utilizan como fuente de detección⁶⁶.

retos de la élite mundial», disponible en el pers/.

El papel de los medios en la detección de casos de cohecho se ve reforzado por los marcos jurídicos que protegen la libertad, la pluralidad y la independencia de la prensa, por leyes que permiten a los periodistas acceder a la información de las administraciones públicas y por sistemas judiciales eficaces que evitan a los periodistas tener que enfrentarse a demandas infundadas.

El periodismo de investigación no existiría de no existir las fuentes. Así pues, es igualmente indispensable proteger a las fuentes o denunciantes (ambos términos se utilizarán indistintamente en el presente capítulo) con el fin de asegurarse de que los medios de comunicación puedan hacer público todo caso de corrupción.

1. Freedom of the press – a pre-condition to reporting on corruption

La *libertad de prensa* constituye un derecho humano fundamental cuya importancia en la protección de los principios democráticos se reconoce en varios tratados internacionales⁶⁷. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUCC) de 2003⁶⁸ confirma el papel decisivo de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción. El artículo 13.d) CNUCC insta a cada Estado firmante fomentar la participación activa de la sociedad en la prevención y la lucha contra la corrupción «respetando, promoviendo y protegiendo la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción», libertad que «podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: i) garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros, y ii) salvaguardar la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas». El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)⁶⁹ considera que el nivel de libertad de prensa actúa como un indicador del cumplimiento de las normas establecidas por el Consejo de Europa (CdE) para luchar contra la corrupción. El punto 16 de la Resolución (97)24 CdE incluía explícitamente la necesidad de *garantizar la independencia y la libertad de los medios de comunicación* entre los «Veinte Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción».

El Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación⁷⁰ (en lo sucesivo, «Cuestionario OCDE») pedía a los periodistas que cuantificasen qué nivel de seguridad

⁶⁷ Son varios los instrumentos internacionales y regionales que pretenden garantizar la libertad de prensa. Véanse, por ejemplo, el artículo 19 tanto de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas* (1948) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); los artículos 13 y 14 de Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) (1981).

⁶⁸ Todos los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han ratificado la CNUCC.

⁶⁹ Son miembros de GRECO, entre otros: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rusia, Suecia, Suiza y Turquía.

⁷⁰ El Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación, realizado durante el período comprendido entre el 12 de abril y el 26 de mayo de 2017, recibió las respuestas de un total de 101 periodistas de 43 países, entre ellos 28 de los 43 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*. El Cuestionario tenía como objetivo principal averiguar cómo descubren e investigan los casos de corrupción los periodistas de investigación y recabar sus puntos de vista sobre la interacción con las autoridades competentes en los casos de cohecho internacional. El Cuestionario OCDE incluía algunas preguntas opcionales y otras tantas que permitían una respuesta múltiple, de ahí que los porcentajes de cada pregunta se hayan calculado en función del porcentaje de encuestados que

experimentaban al denunciar casos de corrupción, pregunta a la que la mayoría de los encuestados (35%) respondía sentirse moderadamente seguros. Los periodistas se preocupaban más por la amenaza de emprender acciones legales o las realmente emprendidas en la práctica, en forma bien de demandas civiles por difamación o bien de proceso penal por difamación o publicación de información reservada. Algunos se referían a acciones judiciales infundadas que se estaban llevando a cabo para intimidar a los periodistas que, sin embargo, se prolongaron durante un período de tiempo significativo y les acarrearón un importante coste tanto desde el punto de vista jurídico como psicológico. Un periodista declaró que varios compañeros de profesión habían recibido amenazas de grandes empresas y, como resultado, tuvieron que decidir si realmente valía la pena correr el riesgo de publicar una determinada noticia. Otro periodista había sido procesado y absuelto hasta en dos ocasiones por denunciar casos de corrupción: «Puedo decir lo pesado [sic], costoso y largo que se hace el estar sometido a presión sólo por hacer mi trabajo». Otras de las preocupaciones a las que apuntaban eran los ataques a la credibilidad profesional y las represalias políticas. Algunos periodistas habían recibido amenazas de muerte y recordaron cómo algunos colegas habían sido asesinados por haber investigado y denunciado casos de corrupción. Los periodistas autónomos o independientes eran los que se sentían más expuestos, mientras que aquellos que trabajaban en grandes medios de comunicación o en grandes ciudades se sentían más protegidos. El asesinato, el 16 de octubre de 2017, de la periodista de investigación maltesa Daphne Caruana Galizia, conocida por sus implacables investigaciones sobre corrupción y delincuencia organizada en su pequeño país europeo, causaron conmoción en Europa y en todo el mundo⁷¹. El Gráfico 3 indica qué lugar ocupan los Estados firmantes del Convenio Anticohecho en la Clasificación mundial de la libertad de prensa 2017. Si bien la libertad de prensa no constituye específicamente el objeto del *Convenio Anticohecho OCDE* o de sus otros instrumentos, el GTC ha examinado las restricciones a la libertad de prensa e información en sus evaluaciones.

2. Denunciantes y protección de las fuentes

El Cuestionario OCDE puso de manifiesto que los denunciantes suelen ser la primera fuente de información de los periodistas que denuncian casos de corrupción. Los denunciantes recurren a los periodistas por diversas razones, entre ellas para proteger su identidad, para llamar la atención del público o de las autoridades, o por falta de respuestas eficaces por parte de las autoridades competentes o de los empleadores. Uno de los periodistas aludió al hecho de que las denuncias ante los medios pueden ser más efectivas para un denunciante que hacerlo ante las autoridades competentes. Mientras que los procesos penales pueden prolongarse varios años hasta que se dicte la sentencia, un periodista puede redactar y publicar una noticia en cuestión de días que, a su vez, puede llegar a lectores de todo el mundo a través de las redes sociales. Las nuevas tecnologías hacen posible que los periodistas puedan comunicarse con sus fuentes por medio de plataformas de comunicación encriptadas (p.ej. Signal), capaces de proteger la identidad

respondieron a la pregunta en cuestión. Esto explica las variaciones del número de respuestas por pregunta y por qué los porcentajes de algunas preguntas no alcanzan el 100%. Los porcentajes se han redondeado al número entero más próximo.

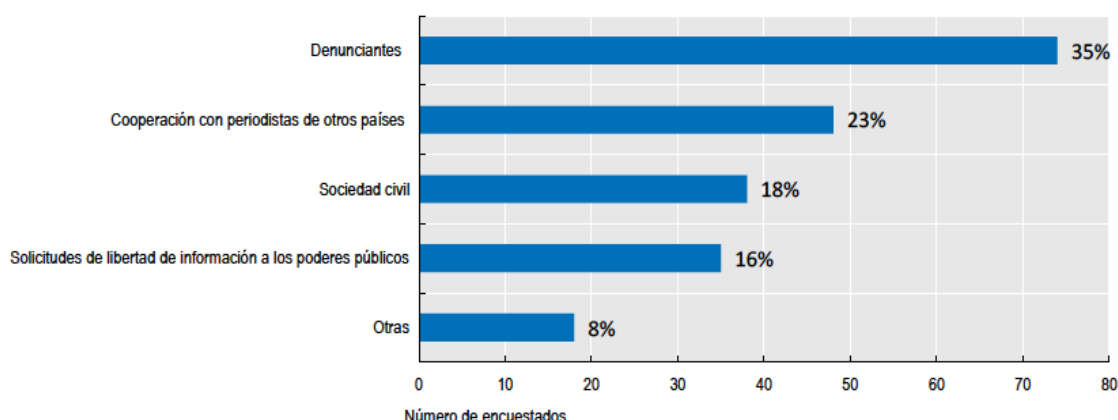
⁷¹ Artículo de *The New York Times* publicado el 16 de octubre de 2017 con el titular «Asesinada una periodista de investigación con un coche bomba en Malta» (*Investigative journalist in Malta is killed in car bombing*), disponible en el enlace <https://www.nytimes.com/2017/10/16/world/europe/daphne-caruana-galizia-journalist-malta.html>.

del denunciante. No obstante, los periodistas reconocieron que las fuentes se enfrentan a serios riesgos debido a la inexistencia o a las graves deficiencias e inadecuación de los marcos jurídicos de protección de los denunciantes en la gran mayoría de países. Incluso en países que cuentan con este tipo de normas, la protección rara vez se hace extensiva a los denunciantes que informan directamente a los medios⁷². El 54% de los encuestados consideraba que la protección de las fuentes es motivo de preocupación por lo que a la interacción con las autoridades competentes en casos de corrupción se refiere. Un periodista se refirió a un caso administrativo todavía en curso entre un medio de comunicación y una administración tributaria que solicitaba al primero documentos relacionados con los «Papeles de Panamá» y otros materiales editoriales que, de hacerse públicos, dejarían al descubierto a las fuentes. Para este periodista, el caso en cuestión dejaba entrever la falta de seriedad con que las autoridades trataban la protección de las fuentes. Algunos periodistas mostraron su preocupación ante la vigilancia por parte de las instituciones gubernamentales u otros intentos para conseguir desvelar la identidad de sus fuentes; otros pidieron ayuda a las autoridades para proteger a las fuentes en relación, supuestamente, con procesos penales cuyas fuentes eran objeto de amenazas físicas por parte de otros autores materiales de los hechos.

Las medidas de protección de denunciantes se consideraron el segundo apoyo, por orden de importancia, para los periodistas que investigan casos de corrupción (63%), inmediatamente después del fuerte respaldo editorial (77%). Por otra parte, los periodistas encuestados señalaron que sus fuentes también pueden cooperar con las autoridades competentes, por lo que opinaban que había que proteger a estas fuentes al igual que a cualquier otro denunciante. Los medios de comunicación desempeñan una función potencialmente decisiva en la desestigmatización de la labor del denunciante. Por ejemplo, el hecho de referirse a una «fuga» cuando se produce la filtración de una noticia basada en la información aportada por un denunciante (en particular, un infiltrado) puede servir para reforzar la sensación e incluso la percepción de que el denunciante estaba actuando ilegalmente o de manera poco o nada ética al facilitar dicha información. Precisamente el Capítulo 2 analiza el papel de los denunciantes de irregularidades y los mecanismos y medidas de protección que se les brindan ante los riesgos a los que se exponen al descubrir casos de cohecho internacional.

⁷² A modo de ejemplo, la nueva *Ley de protección especial contra la victimización de los trabajadores que hacen sonar la alarma acerca de la existencia de graves irregularidades* sueca permite a los denunciantes informar a los medios o a las autoridades en caso de que la organización en cuestión no adopte las medidas oportunas a la luz de una denuncia interna o cuando existan razones justificadas para divulgar la información externamente como, por ejemplo, en caso de emergencia, cuando las irregularidades tengan un carácter especialmente grave, cuando el empleado tenga razones concretas para esperar represalias o cuando el empleador sea responsable de las irregularidades cometidas.

Gráfico 4. Primeras fuentes de información de periodistas que denuncian casos de corrupción



Fuente: Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación (88 respuestas).

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Normas constitucionales sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación

Suecia

Suecia dispone de normas específicas sobre la libertad de prensa (*Ley de Libertad de Prensa*, de 1949) y la libertad de expresión en los medios de comunicación (*Ley Fundamental de Libertad de Expresión*, de 1991). Las normas constitucionales suecas tienen algunos rasgos distintivos de origen histórico que se remontan y derivan del principio fundamental en virtud del que la libertad de expresión es una garantía para la libre influencia de la opinión pública. Estas normas constitucionales se aplican a diversos medios de comunicación, tales como periódicos y revistas, televisión y otros medios, inclusive, hasta un cierto punto, Internet. El objetivo de estas normas constitucionales es, entre otras cosas, el de garantizar el libre intercambio de opiniones, aunque también es una forma de que el público ejerza el control de la administración pública. Estas características o rasgos distintivos han evolucionado a lo largo de los siglos, desde que se promulgara la primera *Ley de libertad de prensa* en 1766, y brindan una protección particularmente sólida a la libertad de expresión en los medios de comunicación.

Las disposiciones de la Constitución se basan en algunos principios fundamentales como son el derecho de establecimiento, entre otros, de imprentas y empresas de periódicos y revistas, al tiempo que se prohíbe totalmente cualquier forma de censura. Por otra parte, la Constitución sueca se basa también en los siguientes principios:

El *principio de responsabilidad exclusiva*, según el que sólo una persona puede ser considerada responsable del contenido de un periódico, por ejemplo. No suelen aplicarse las normas de responsabilidad penal por complicidad. El *principio de responsabilidad exclusiva* garantiza que siempre hay una persona designada que es responsable de la publicación, no pudiendo ésta evadir su responsabilidad alegando que desconocía el contenido o que no había autorizado su publicación. Por lo tanto, no es necesario emprender ninguna medida de investigación con el fin de establecer la responsabilidad de esa persona.

El *principio de libertad de comunicación con los medios* implica el derecho, sin consecuencias penales, a proporcionar información, también de carácter confidencial, a periódicos y revistas, a la radio y a la televisión para su publicación. El proveedor de la información tiene derecho al anonimato, mientras que los periodistas no pueden divulgar su fuente de información. Por su parte, las

autoridades y demás organismos públicos no pueden investigar a quien ha proporcionado la información, si éste ha optado por el anonimato, y no pueden adoptar medidas negativas, tales como iniciar una investigación, contra el proveedor.

No obstante, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. La responsabilidad derivada de la publicación del contenido de una declaración o afirmación puede cuestionarse al tratarse de alguno de los delitos enumerados en la Constitución sueca, entre los que se incluyen ciertos delitos graves contra la seguridad del Estado, el delito de agitación contra grupos étnicos, el delito de amenazas y la difamación. Se trata de una enumeración exhaustiva, de ahí que no pueda ser objeto de medida de investigación alguna un delito que no se halle entre los incluidos en la lista, por lo que la publicación de una declaración no puede generar responsabilidad penal o civil.

Por último, las disposiciones constitucionales ofrecen también garantías procesales en el caso de acciones contra el abuso de la libertad de prensa y de la libertad de expresión en otros medios de comunicación. Estas disposiciones difieren en cierta medida de las normas procesales ordinarias. En estos casos, el Canciller de Justicia sueco es el único fiscal.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Marco jurídico de la libertad de prensa

Canadá

El *principio de audiencia pública* está vinculado a la libertad de prensa, ya que los medios de comunicación son un medio importante a través del que el público recibe información sobre lo que ocurre en los tribunales. En determinadas circunstancias, el artículo 2.b) contempla una vía de acceso a documentos judiciales; sin embargo, no contempla todas las técnicas de «acopio de información». La libertad de expresión y la libertad de prensa no dan cabida a la inmunidad total para los periodistas ya sea ante la existencia de pruebas materiales relevantes de la comisión de un delito, o ante la divulgación de fuentes confidenciales. En consecuencia, un juez puede obligar a un periodista a divulgar información sobre una fuente secreta. El Derecho anglosajón contempla el secreto profesional entre el periodista y su fuente, utilizándose una prueba inspirada en los valores consagrados en la Carta para determinar la existencia y pertinencia del secreto profesional caso por caso. La recientemente promulgada *Ley de Protección de Fuentes Periodísticas* modificó la *Ley de Pruebas* y el Código Penal canadienses para otorgar una protección aún mayor a la confidencialidad de las fuentes periodísticas. Concretamente, las enmiendas a la *Ley de Pruebas* canadiense permiten a un periodista oponerse a la divulgación obligada de información o documentos aduciendo que ello ayuda, o es probable que ayude, a identificar una fuente periodística confidencial. La objeción puede plantearse ante cualquier tribunal, persona u organismo con competencias para obligar a divulgar información, recayendo la carga de la prueba sobre el sujeto u órgano en cuestión que solicitan la divulgación y debiendo demostrar éstos que se cumplen las condiciones para ello (en el Derecho anglosajón, la carga de la prueba recaía sobre el periodista, quien debía demostrar que concurría la aplicación del deber de secreto profesional). Por su parte, las enmiendas introducidas en el Código Penal contemplan un nuevo proceso de adopción de medidas de investigación (como las órdenes de entrada y registro) cuando se trate de un periodista, incluido un protocolo de clasificación que prevé el sellado de las pruebas recogidas y su examen por un tribunal antes de que la información se

transmita a la policía.

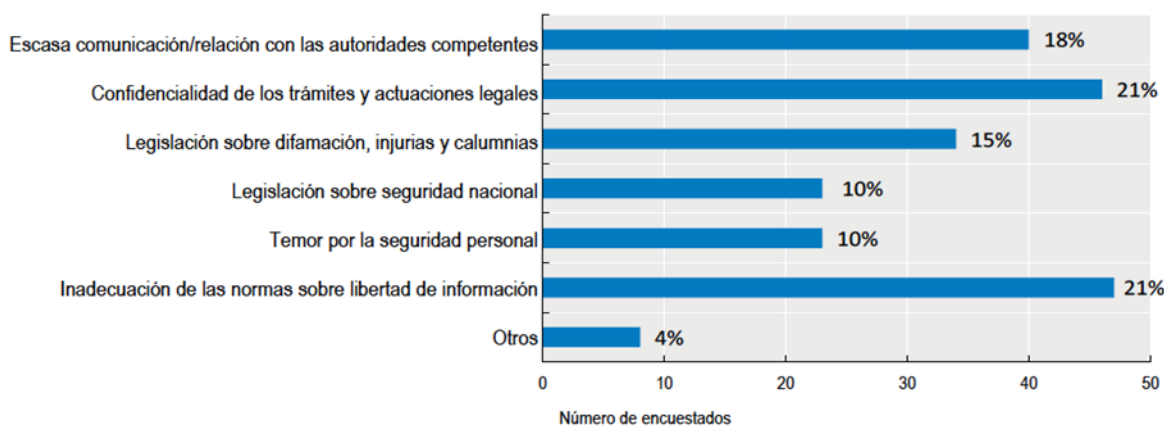
3. Libertad de información y «datos abiertos» (open data)

Las normas en materia de libertad de información (en adelante, «LdI») regulan el derecho de acceso de los ciudadanos a la información que obra en poder de los organismos públicos. Estas normas han sido concebidas y desarrolladas para fomentar la transparencia en los órganos de la administración pública poniendo los archivos y documentación gubernamentales a disposición del público en la mayor medida posible. Los periodistas apuntaron a la inadecuación de la legislación sobre LdI como uno de los dos principales obstáculos a la investigación y denuncia de casos de corrupción, siendo la otra la confidencialidad de los trámites y actuaciones legales. Un periodista afirmó que hasta en países que cuentan con una legislación sobre LdI vigente, «la mayoría de las normas y disposiciones sobre libertad de información excluyen al sector privado de su jurisdicción y, en muchos casos, el acceso a este tipo de información en poder del sector privado es ilegal. Esta limitación tiene graves repercusiones debido a que el sector privado desempeña numerosas funciones antes consideradas de dominio del sector público». El importante papel de las empresas públicas o de propiedad del Estado (en lo sucesivo, «EPE») por lo que respecta tanto a la entrega como a la aceptación de sobornos en operaciones comerciales internacionales hace que esta observación cobre todavía más importancia en el contexto de las actividades de denuncia y de lucha contra el cohecho en la realización de transacciones comerciales internacionales⁷³. Otra de las limitaciones guarda relación con el plazo necesario para dar respuesta a las solicitudes de LdI. A veces, para cuando un periodista recibe la información ya es demasiado tarde y se ha esfumado también la oportunidad de dar la noticia.

Los datos abiertos (u *open data*) son datos digitales disponibles y accesibles que presentan unas características técnicas y jurídicas necesarias para que cualquier persona pueda utilizarlos, reutilizarlos y redistribuirlos libremente, en cualquier momento y desde cualquier lugar (G20, 2015). Los datos abiertos constituyen una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción en cuanto favorecen la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a información que puede ayudar a detectar y enfrentarse a este delito. El *Compendio OCDE/G20 de buenas prácticas sobre el uso de datos abiertos para combatir la corrupción* es un recurso útil para que los países examinen y mejoren sus respectivos marcos jurídicos de datos abiertos (OCDE, 2017b). Un periodista destacó la importancia de la educación digital para los reporteros: «Los datos abiertos pueden ser una bendición para la democracia, pero sólo si hay profesionales capaces y motivados para convertir esos datos en información para el público». La transparencia por lo que respecta al beneficiario final puede constituir otro importante recurso para los periodistas que investigan casos de corrupción. El estudio de caso TeliaSonera/VimpelCom viene a demostrar la importancia de la transparencia en materia de beneficiario final para el periodismo de investigación en casos de corrupción.

⁷³ El *Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional* de 2014 señalaba que los funcionarios de empresas públicas o de empresas controladas por el Estado (EPE) recibieron el pago de sobornos en el 27% de los casos cerrados.

Gráfico 5. Principales obstáculos a la investigación y denuncia de la corrupción



Fuente: Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación (84 respuestas).

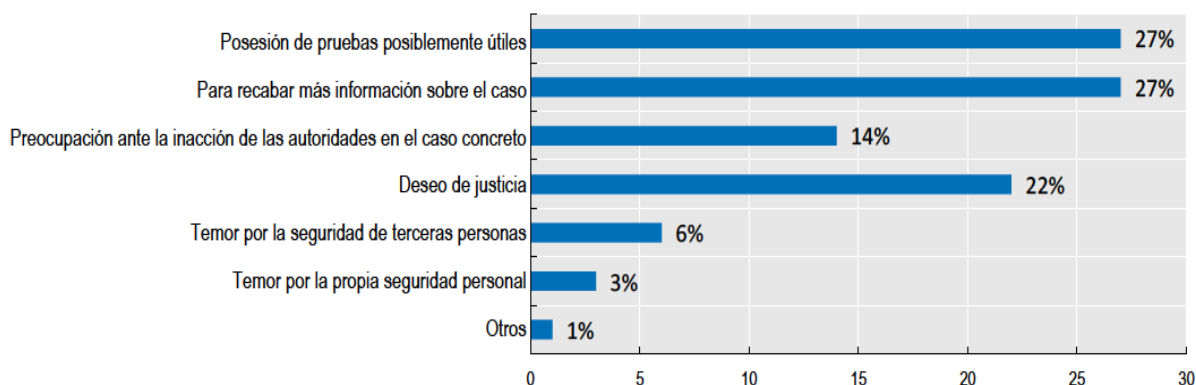
En 2016, **Argentina** aprobó la *Ley de Acceso a la Información Pública* (Ley núm. 27.275) para garantizar el acceso a la información pública y fomentar la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública. Dicha Ley tiene como objetivo permitir a los ciudadanos buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información. Asimismo, tiene un amplio ámbito de aplicación, incluidos los tres poderes del Estado, las empresas que pertenecen mayoritaria o minoritariamente a la administración nacional, concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y otros entes privados a los que se han concedido fondos públicos, fideicomisos constituidos con fondos públicos y entidades colaboradoras que tengan acuerdos con la Administración, entre otros. Esta Ley insta a los funcionarios a facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través del sitio web del órgano al que pertenezcan de forma clara, estructurada y comprensible para cualquier parte interesada. Por otra parte, un Decreto Ejecutivo aprobado en enero de 2016 obliga a los ministerios centrales a desarrollar planes institucionales de datos abiertos. Este Decreto clasifica los tipos de información del sector público cuya publicación como datos abiertos ha de priorizar el gobierno central para luchar contra la corrupción del país, incluidos datos estructurales, divulgación de cuentas y activos, créditos presupuestarios, procedimientos de adjudicación de contratos públicos y reuniones con grupos de presión, entre otros.

4. La verdadera interacción práctica entre periodistas y autoridades competentes

A la hora de investigar casos de corrupción, ya sea en el contexto de un proceso penal o del periodismo de investigación, las autoridades y los medios de comunicación comparten objetivo y tienen una misión en común: denunciar los abusos de poder para obtener beneficios privados y poner a los autores de tales abusos a disposición de la justicia. Los periodistas encuestados clasificaron la escasa relación o comunicación con las autoridades competentes como el tercero de los principales obstáculos a la investigación y denuncia de la corrupción. El 54% de los encuestados contactó con las autoridades competentes para proporcionarles información sobre casos de corrupción. Aquellos que informaron a las autoridades lo hicieron, fundamentalmente, para recabar más información sobre el caso en cuestión o porque eran conscientes de que la información de que disponían podía ser de utilidad. La siguiente razón más habitual para

informar a las autoridades era el deseo de que se hiciera justicia, seguida de la preocupación ante la inacción de las autoridades en el caso concreto.

Gráfico 6. Factores que llevaron a los periodistas a informar a las autoridades



Fuente: Cuestionario OCDE para Periodistas de Investigación (40 respuestas).

La clase de información que compartieron periodistas con autoridades competentes iba desde «documentación financiera indescifrable» hasta documentos e información sobre corrupción que el periodista en cuestión sabía que sería de utilidad y que todavía no había llegado a conocimiento de las autoridades. Las respuestas al Cuestionario OCDE indican una asimetría en la interacción entre periodistas y autoridades competentes: mientras que los reporteros a menudo procuraban conseguir más detalles del caso de las autoridades, el 62% no obtuvo seguimiento alguno en respuesta a la denuncia presentada o información aportada. Por otro lado, el 58% de los encuestados había sido contactado por las autoridades competentes en relación con la investigación de un caso de corrupción, y el 45% respondió haberse negado a facilitar información. Un periodista señaló que suele ser habitual que los reporteros consigan más información en un período más corto de tiempo por medio de asociaciones internacionales de periodistas de investigación gracias a no verse limitados por protocolos, solicitudes de asistencia jurídica mutua y requisitos de procedimiento. No obstante, la información obtenida por los periodistas a través de dichas redes puede no resultar útil o admisible en posteriores procesos penales.

La gran mayoría de los encuestados (el 78%) consideraba ‘fundamental o muy importante’ mantener una relación constructiva con las autoridades. En realidad, más de un tercio de los periodistas calificaron su interacción con las autoridades de ‘insatisfactoria o escasa’ (un 38%), calificándola aproximadamente el mismo porcentaje (el 35%) de ‘satisfactoria’. No obstante, los periodistas encuestados insistieron en la necesidad de trazar una línea divisoria entre las respectivas misiones de los medios y de las autoridades y de respetar la integridad de ambos colectivos: «Los periodistas no pueden convertirse en herramientas del Estado. Es competencia de las autoridades realizar investigaciones y celebrar juicios justos». Un periodista describió el dilema ético al que se enfrenta el colectivo al que pertenece:

«No se supone que debemos colaborar con las autoridades en absoluto. Nuestra credibilidad podría verse afectada si lo hiciéramos. La gente debería confiar en que, si están hablando con los medios, están hablando con periodistas independientes, no con alguien que trabaja para instituciones»

gubernamentales o policiales. Por otro lado, para conseguir la información que necesitamos, podemos hablar con cualquiera. Tenemos fuentes en todas partes, incluso en la policía o en la fiscalía... lo que significa que son perfectamente conscientes de estar trabajando en un artículo o reportaje con el mero hecho de escuchar las preguntas. Ellos necesitan nuestra ayuda, pero nosotros también necesitamos la suya... para poder analizar documentos complicados. Necesitamos sus conocimientos para acabar el artículo. Por otra parte, debemos continuar siendo independientes de ellos... ¿Hasta dónde podemos llegar? Es una pregunta crucial desde el punto de vista ético. Tenemos que asegurarnos de que nadie pueda acusar a los medios de trabajar en colaboración con la policía».

Los periodistas encuestados subrayaron la necesidad de entablar una relación constructiva de respeto mutuo y de que los casos cerrados se hagan públicos. Algunos encuestados señalaron que en las jurisdicciones en las que puede registrarse una injerencia política indebida en los casos de corrupción, las denuncias de los medios y la correspondiente cobertura mediática pueden ejercer presión pública para que sigan investigando y enjuiciando estos casos. Los periodistas buscan una reacción a sus artículos y un impacto en la sociedad. Pueden asegurarse de que los fiscales inician una investigación, por ejemplo, publicando un artículo con tantas pruebas como para que las autoridades no tengan excusa para no investigar el caso, o bien buscando la reacción o respuesta de las autoridades a la luz de dicho artículo. Los periodistas hicieron hincapié, asimismo, en la importancia de no contactar a las autoridades antes de publicarse el artículo en cuestión para evitar ser acusados de actuar de forma sesgada o de la falta de independencia en su denuncia pública. Si bien las autoridades y los medios tienen el objetivo común de sacar a la luz la corrupción y de asegurarse de que los responsables rindan cuentas de sus actos, la relación de interacción entre ambos colectivos puede plantear dificultades. Desde el punto de vista de las autoridades competentes, estas dificultades pueden verificarse en la gestión de las expectativas de los periodistas y en los límites a la información que se puede compartir sobre las investigaciones. Las autoridades deben actuar en cumplimiento de las leyes y disposiciones por las que se rige la admisibilidad de las pruebas, así como también deben recoger pruebas e indicios suficientes que permitan procesar en la práctica a los autores y/o personas jurídicas responsables de los hechos. No obstante, el hecho de mantener una relación constructiva y provechosa conlleva enormes ventajas. Por ejemplo, para las autoridades, establecer contacto con los periodistas antes de se publique un artículo o noticia puede ser extremadamente importante para asegurarse de que la información publicada no tenga efectos adversos o perjudique el desarrollo de una investigación. En ocasiones, los periodistas aceptarán retrasar la publicación de un artículo a fin de que las autoridades puedan realizar los pasos necesarios en la investigación antes de que el asunto sea de dominio público y se ponga sobre aviso al sospechoso (y demás partes implicadas). Dicho esto, conviene recordar que las autoridades no pueden asumir ningún compromiso con los periodistas sobre el uso o destino de la información aportada, al igual que tampoco deberán pedir en ningún momento a los periodistas que revelen la naturaleza de sus fuentes. Una relación constructiva con los medios también puede reportar ventajas para las autoridades competentes: intercambios con carácter previo a la publicación o peticiones de comentarios y acotaciones que permiten a las autoridades estar preparadas para responder a la noticia una vez que se haga pública.

Cuadro 10. Entrevista a Paolo Biondani, L'Espresso (Italia)

Los principales factores que permiten a los periodistas investigar casos de cohecho internacional son disponer de un acceso fácil y seguro a los documentos en poder de la administración pública y una protección eficaz contra acusaciones infundadas de difamación. Hasta el año 2016, Italia carecía de una ley en materia de libertad de información que regulara de forma sistemática el acceso a los documentos que poseía la administración. El único acto relacionado con la transparencia pública fue una Ley de 1990 que solía aplicarse erróneamente y que dio lugar a frecuentes demandas ante los tribunales administrativos, que conllevaban interminables y costosos procedimientos. El nuevo marco jurídico se guía por el principio general de libre acceso a la información y la posibilidad de apelar ante una respuesta desestimatoria de la administración mediante un procedimiento rápido y gratuito. No obstante, subsiste la preocupación por el carácter enormemente genérico de las excepciones al acceso a la información previstas por la ley, existiendo la posibilidad de interpretarlas de muchas maneras. Como consecuencia, hasta ahora los periodistas italianos se han venido basando principalmente en actos procesales de juicios e investigaciones a la hora de denunciar públicamente un caso.

Las demandas civiles infundadas o la presentación de cargos por difamación pueden incidir enormemente en la labor de un periodista, ya que conllevan costes y se pierde mucho tiempo, llegando incluso a impedir hacer el seguimiento de una investigación. La falta de una sanción eficaz por acusaciones infundadas y la duración de los procedimientos pone a los periodistas en una situación extremadamente vulnerable. Es importante evitar publicar información engañosa, pero al mismo tiempo es necesario lograr un nuevo y justo equilibrio entre la protección de la libertad de los periodistas y la proliferación de noticias falsas implementando procedimientos efectivos y aplicando sanciones eficaces.

La cooperación profesional internacional y los denunciantes suelen ser herramientas esenciales para que los periodistas de investigación detecten un caso o amplíen la investigación. Los denunciantes a menudo se ponen en contacto con los medios de comunicación ante la inacción de las autoridades o porque los periodistas pueden preservar mejor la confidencialidad de su identidad. De hecho, de acuerdo con el Derecho procesal italiano, no hay posibilidad de que los testigos testifiquen de forma anónima. Es crucial garantizar su protección para incitar a los denunciantes a informar a los medios y a las autoridades, así como para evitar verse penalizados por denunciar.

La experiencia reciente demuestra que investigar y denunciar la corrupción internacional es cada vez más fácil y, a veces, resulta más asequible que dedicarse a destapar casos de cohecho nacionales. Esto es gracias a la cooperación en el ámbito de redes tales como el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (CIPI), lo que conduce a resultados que eran impensables hasta hace poco tiempo. Así, por ejemplo, el caso de los «Papeles de Panamá» supuso un trabajo de revisión y análisis de millones de documentos que no podía llevar a cabo un solo periódico, mientras que el trabajo en equipo desarrollado a nivel internacional a través del CIPI arrojó un resultado más rápido y completo enfocado a muchos países distintos.

5. Cómo detectar los casos de cohecho internacional denunciados por los medios

Una de las formas más sencillas de tener bajo control las denuncias que aparecen en los medios consiste en utilizar motores de búsqueda en Internet y alertas o avisos de noticia. Es importante que las autoridades competentes supervisen la labor de los medios de comunicación en sus propios países, así como también a los medios de comunicación ubicados en los principales destinos de exportación o inversión. Puede encomendarse a la red de embajadas en el extranjero la tarea de supervisar a los medios locales en sus respectivos países de acreditación (en los idiomas locales) y de traducir e informar de cualquier denuncia de cohecho internacional verosímil que reciban. Como se ha mencionado anteriormente, el GTC ha formulado diversas recomendaciones que tienen por objeto que las autoridades analicen ordinaria y sistemáticamente las denuncias de

cohecho internacional que aparecen en los medios, y que los Ministerios de Asuntos Exteriores conciencien a los diplomáticos sobre la necesidad de efectuar búsquedas en los medios informativos locales y de poner dichas denuncias en conocimiento de las autoridades nacionales competentes (como se indica en el Capítulo 7).

El aspecto más problemático de la detección a través de las denuncias mediáticas radica en determinar si la noticia es verosímil. El problema asociado a las «noticias falsas» y a las graves repercusiones que pueden tener ha salido recientemente a la luz, debiendo permanecer las autoridades alerta ante la posibilidad de que circulen noticias falsas o prefabricadas. Si la información que aparece publicada en un medio determinado se corrobora en varios medios de prensa de distintos países, ello puede sugerir la autenticidad de la noticia. Esto mismo se aplica a las noticias y reportajes publicados por medios de comunicación consolidados y a cargo de periodistas con una sólida reputación de denuncias fidedignas. Los medios también pueden hacer público un caso a nivel nacional relacionado con el destinatario de un soborno, quien, a su vez, podría alertar sobre la posibilidad de que un sobornador perteneciente a uno de los países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE sea autor de un delito de cohecho internacional en su jurisdicción de procedencia.

Cuadro 11. Estudio de caso de Canadá: *Niko Resources* (2011)

En 2005, Niko Resources, una empresa petrolera y gasista canadiense cotizada en bolsa, se dedicó a realizar prospecciones en Bangladesh. En junio de ese año, el diario bangladesí *The Daily Star* publicó una comunicación por correo entre el entonces Vicepresidente de Niko Resources, Brian J. Adolph, y el Ministro de Energía de Bangladesh, Mosharraf Hossain. La carta hacía referencia a la entrega de un todoterreno de lujo y rezaba: «Aprovecho la oportunidad para agradecerles a todos, en nombre de la dirección de Niko, por el apoyo que nos han brindado en el pasado y esperamos seguir recibiendo en los próximos días». El soborno estaba vinculado aparentemente a las explosiones que se produjeron el mismo año en uno de los campos de gas natural de la compañía y que desencadenaron protestas en una aldea cercana y quejas por contaminación medioambiental.

La investigación se puso en marcha, en parte, a raíz de la denuncia en los medios y fue el primer caso en ser investigado tras el establecimiento de unidades especiales de la RPMC para combatir el cohecho internacional. En 2011, Niko Resources se declaró culpable de haber sobornado al Ministro bangladesí con un todoterreno de lujo y sendos viajes a Nueva York y a Calgary, por lo que fue condenado a pagar una multa de 9,5 millones de dólares canadienses y a una pena de tres años de libertad condicional. No hubo inculpados.

Cuadro 12. Estudio de caso de los Países Bajos, Suecia y Estados Unidos: «*Misión: Investigar*», *TeliaSonera* y *VimpelCom* (2016)

En 2012, gracias a las denuncias anónimas recibidas, el programa televisivo sueco de investigación *Uppdrag Granskning* («Misión: Investigar»), dirigido por Nils Hanson, comenzó a investigar un caso de cohecho relacionado con una empresa de telecomunicaciones sueco-finlandesa parcialmente propiedad del Estado, *TeliaSonera*, y sus vínculos con Gulnara Karimova, la hija del Presidente uzbeko. La noticia ya había estallado en Suecia; sin embargo, el programa de TV «Misión: Investigar» decidió ir más a fondo.

Los periodistas detectaron pagos en el balance anual de *TeliaSonera* a una empresa llamada *Takilant*, con sede en Gibraltar. Fueron a Gibraltar y consiguieron obtener algunos datos de la empresa en el Registro de Empresas correspondiente, entre ellos información financiera limitada y el nombre del director, que resultó ser el asistente personal en funciones de Karimova. La investigación de los periodistas fue posible gracias a los datos abiertos disponibles en Suecia y otros países, que permitieron la consulta en línea o en persona de los datos que figuraban en

registros de empresas y proporcionaron a los periodistas los informes anuales de las empresas en cuestión. Adicionalmente, se consiguió dar cobertura mediática a la noticia gracias a la colaboración del Proyecto de Información y Denuncia contra el Crimen Organizado y la Corrupción (OCCRP), una red de periodistas de investigación y, en particular, de sus miembros en Uzbekistán.

Con el objetivo de aliviar la presión a que estaban sometidos los periodistas, antes de publicar el documental, el propio Sr. Hanson informó a Gulnara Karimova de su emisión, dejando patente que contaban con el respaldo de toda una estructura consolidada, un ejemplo de fuerte apoyo de la junta editorial. Tras la emisión del documental televisivo, los fiscales suecos comenzaron una investigación y contactaron, entre otras, con las autoridades estadounidenses. La investigación sueca dio lugar al procesamiento, en septiembre de 2017, de tres personas pertenecientes a la anterior cúpula directiva de TeliaSonera por el pago de importantes sumas en concepto de sobornos, y la ejecución de una orden de decomiso contra la empresa por importe de 280 millones de dólares estadounidenses. La investigación sueca sigue todavía en curso por lo que respecta al decomiso de los sobornos que se sospecha recibió Gulnara Karimova.

Cuadro12. Estudio de caso de los Países Bajos, Suecia y Estados Unidos: «Misión: Investigar», TeliaSonera y VimpelCom (2016) (continuación)

Los periodistas suecos del programa televisivo de investigación Uppdrag Granskning («Misión: Investigar») descubrieron también que VimpelCom Ltd., la sexta empresa de telecomunicaciones más grande del mundo con sede en Ámsterdam y con acciones cotizadas en bolsa en los Estados Unidos, estuvo involucrada en un caso de cohecho internacional de gran alcance, oculto tras enormes y numerosos pagos efectuados a «consultores» y «socios locales» que desarrollaban su actividad en un país de alto riesgo y que no prestaron servicio alguno tangible. VimpelCom se había asociado a otras empresas, incluida su filial uzbeka Unitel LLC, para pagar sobornos por valor de más de 114 millones de dólares estadounidenses a Gulnara con el objetivo de introducirse y seguir operando en el mercado de telecomunicaciones uzbeko entre 2006 y 2012, obteniendo licencias de servicio 3G y 4G que generaron unos ingresos superiores a los 2 500 millones de dólares estadounidenses. En la trama, que se prolongó durante seis años, estaban implicadas varias sociedades «pantalla» que blanqueaban capitales a través de cuentas en Letonia, Reino Unido, Hong Kong, Bélgica, Irlanda, Luxemburgo y Suiza. Unitel se declaró culpable y VimpelCom llegó a un acuerdo de enjuiciamiento diferido de tres años con el DOJ como parte del acuerdo internacional alcanzado con la SEC estadounidense y con el Fiscal neerlandés mediante el que aceptó pagar un importe total que excedía de los 795 millones de dólares estadounidenses en concepto de multas y restitución de ganancias obtenidas de manera ilícita, se comprometió a modificar su sistema de cumplimiento y aceptó someterse a un proceso de supervisión empresarial durante tres años. Este caso pone de manifiesto la extrema importancia de las denuncias de los medios como fuente de detección en los casos de cohecho internacional y la utilidad de fomentar relaciones de asistencia y colaboración mutuas entre los medios y las autoridades para reforzar la lucha contra el cohecho internacional.

Conclusión

Las denuncias de los medios de comunicación y el periodismo de investigación, incluidas las ONG, son una fuente de información enormemente útil y, posiblemente, mal aprovechada en lo concerniente a presuntos casos de cohecho internacional. Una verdadera libertad de prensa, los datos abiertos, el acceso a la información y la existencia de marcos jurídicos de protección de denunciantes son elementos indispensables de cara a la presentación de denuncias voluntarias y verosímiles. Aunque la Secretaría de la OCDE supervisa periódicamente la prensa internacional para detectar posibles casos de cohecho internacional y ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes en los países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE, el GTC, por su parte, seguirá asegurándose de que los distintos países pongan a disposición los recursos humanos, los conocimientos

técnicos, las competencias lingüísticas, la capacitación y los programas informáticos necesarios para realizar controles y actuar sobre la base de las denuncias mediáticas de cohecho en operaciones internacionales.

Capítulo 5

Administraciones tributarias

Introducción

Con carácter previo a la firma del Convenio Anticohecho OCDE en 1997, el cohecho todavía se consideraba un gasto ordinario de las empresas en varios países firmantes del referido Convenio y, por consiguiente, un gasto fiscalmente deducible. La introducción de la no deducibilidad fiscal de los gastos incurridos por pagos por cohecho a agentes públicos extranjeros en las legislaciones tributarias nacionales ha sido uno de los principales logros del GTC y del Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE en la lucha contra el cohecho. En 1996, el Consejo de la OCDE aprobó la Recomendación sobre Deducibilidad Fiscal de los Pagos por Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros de 1996 (en adelante, «Recomendación de 1996»), en virtud de la que los Estados firmantes que no denegaban la deducibilidad de los pagos por cohecho a funcionarios públicos extranjeros «deberán reexaminar dicho tratamiento fiscal con la finalidad de denegar su deducibilidad». La Recomendación de 1996 envió un claro mensaje de que el cohecho dejaba de tener la consideración de gasto asociado a la actividad empresarial para pasar a considerarse un gasto ilícito constitutivo de delito. Inspirándose en la Recomendación de 1996, en mayo de 2009 se aprobó la Recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (en lo sucesivo, «Recomendación Fiscal de 2009»). Todos los países signatarios del Convenio Anticohecho OCDE están obligados a la aceptación de la Recomendación Fiscal de 2009⁷⁴ y, en consecuencia, a introducir una prohibición expresa sobre la deducibilidad de los pagos por cohecho en sus respectivas legislaciones tributarias. Al menos 29 Estados han eliminado la deducción fiscal de los pagos por cohecho en cumplimiento de las obligaciones que les competen con arreglo al Convenio Anticohecho OCDE y a la Recomendación Fiscal de 2009. A partir de 2017, todos los países consideran ilícita la deducibilidad fiscal de los pagos por cohecho.

Para garantizar que no se aplica la deducibilidad fiscal, las administraciones tributarias deben asegurarse de poder detectar pagos ocultos por cohecho consignados en la contabilidad de los contribuyentes. Pese a que la función principal de las administraciones tributarias es la de garantizar el cumplimiento de la normativa tributaria interna y determinar las obligaciones fiscales de los contribuyentes, también tienen acceso a información sobre las operaciones y actividades financieras de los contribuyentes que puede resultarles de utilidad igualmente a las autoridades competentes y fuerzas del orden para investigar casos de cohecho internacional. En consecuencia, ha de establecerse un marco jurídico para que las administraciones tributarias puedan intercambiar información con las autoridades competentes, al tiempo que ha de capacitarse y sensibilizarse a inspectores tributarios y

⁷⁴ Párrafo 37 de los *Comentarios al Convenio Anticohecho OCDE*.

auditores fiscales en el ámbito de la detección del cohecho internacional. En la práctica, únicamente se han detectado dos tramas de cohecho internacional que han derivado en sanciones en el transcurso de una investigación sobre presunta evasión fiscal y otras formas de fraude fiscal en dos Estados firmantes del Convenio Anticohecho OCDE. Las experiencias satisfactorias de estos dos países pueden servir para familiarizarse con la forma en que detectan las administraciones tributarias los casos de cohecho internacional y pueden utilizarse como punto de partida y referencia para trasladar esa misma experiencia a otros países firmantes.

1 El papel de las administraciones tributarias

Como ya se ha señalado anteriormente, la función principal de las administraciones tributarias es la de determinar las obligaciones fiscales de los contribuyentes. Cuando surgen sospechas fundadas de fraude fiscal, puede iniciarse una inspección tributaria, aunque en esta fase también pueden detectarse indicios de la comisión de otros delitos, entre ellos el cohecho internacional. El papel de las administraciones tributarias en las inspecciones tributarias puede variar. De hecho, se han identificado cuatro modelos organizativos diferentes en base al grado de participación de estos órganos en las inspecciones tributarias.

Cuadro 13. Modelos organizativos de administraciones tributarias para luchar contra los delitos fiscales en los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*

Modelo 1: La administración tributaria es la encargada de dirigir y llevar a cabo inspecciones tributarias. Este modelo se aplica en **Australia, Canadá, Alemania, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Corea, Nueva Zelanda, Polonia, Sudáfrica, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.**

Modelo 2: La administración tributaria es la encargada de realizar inspecciones tributarias bajo la dirección de un fiscal. Este modelo se aplica en **Austria, Estonia, Hungría, Letonia, Alemania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia y España.** En **España**, las inspecciones las dirige un juez de instrucción.

Modelo 3: Una agencia tributaria especializada, bajo la supervisión del Ministerio de Finanzas, aunque al margen de la administración tributaria, es la encargada de realizar inspecciones tributarias. Este modelo se aplica en **Grecia, Islandia y Turquía.**

Modelo 4: La policía o el fiscal son los encargados de realizar investigaciones, incluso relacionadas con delitos fiscales. Este modelo se aplica en **Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, [Perú], Federación de Rusia, República Eslovaca, Eslovenia y España.**

Nota: Italia no se incluye bajo ninguno de los cuatro modelos descritos. Según el informe «Cooperación interinstitucional eficaz en la lucha contra los delitos fiscales y otros delitos económicos», en Italia, «la responsabilidad de llevar a cabo investigaciones sobre delitos económicos, entre ellos también los de carácter fiscal, recae sobre la *Guardia di Finanza*, que puede realizar dichas investigaciones tanto de forma independiente como bajo la dirección de un fiscal. Con arreglo a sus propias competencias y atribuciones de carácter administrativo, la *Guardia di Finanza* también puede llevar a cabo inspecciones tributarias y auditorías fiscales». Por otra parte, algunos países se incluyen bajo diversos modelos para reflejar los diferentes marcos existentes en sus respectivas jurisdicciones, como ocurre en el caso de Australia, Grecia, Islandia, Polonia y España. En la página 14 del informe OCDE titulado «Cooperación interinstitucional eficaz en la lucha contra los delitos fiscales y otros delitos económicos» se aborda detallada y minuciosamente este aspecto.

Fuente: OCDE (2013b).

Las competencias y atribuciones de las administraciones tributarias en materia de inspección o investigación penal tributaria varían en función del modelo. Algunos países firmantes han mejorado su capacidad institucional mediante la creación de unidades especializadas de investigación. En 2014, por ejemplo, en la República Checa, se creó una

unidad de cumplimiento tributario (KOBRA) integrada por agentes de policía y funcionarios de aduanas y de la administración tributaria para facilitar el intercambio de información sobre casos individuales de delito fiscal. Este enfoque intersectorial puede facilitar la detección de delitos de cohecho conexos, a su vez, a delitos de carácter fiscal.

El alcance de las competencias en materia de investigación conferidas a las administraciones tributarias puede ayudar a que dichos órganos corroboren las sospechas de cohecho internacional antes de poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes. En 2011, se creó en Israel la Unidad Tributaria Yahalom, una unidad especializada de investigación dedicada, entre otras cosas, a delitos económicos, delincuencia organizada y cohecho internacional, adscrita a la Administración Tributaria de Israel (ITA, por sus siglas en inglés). Los inspectores tributarios israelíes ostentan amplias competencias para investigar declaraciones de impuestos, pudiendo incluso requerir declaraciones, datos y registros contables para recabar información sobre proveedores y clientes y acceder a información oficial. Asimismo, pueden recurrir a medidas de investigación que generalmente son competencia exclusiva de la policía israelí, tales como el acceso a información sobre cuentas bancarias, con la autorización del Ministro de Seguridad Pública de Israel. En Bélgica, la administración tributaria goza de amplias facultades de investigación, incluida la posibilidad de llevar a cabo inspecciones in situ y de requerir a la administración y organismos públicos la presentación de documentos. En otros países, los órganos de administración tributaria también pueden solicitar información bancaria. Cabe señalar que la mayoría de las administraciones tributarias ostentan estas competencias. Lo que difiere es el alcance de dichas competencias y su ámbito de aplicación ante un delito o causa penal, y hasta qué punto se reparten tales competencias con organismos con fines extrafiscales⁷⁵.

Puede que las consideraciones, a primera vista, en torno a la deducibilidad de los gastos también incida en la capacidad de los inspectores tributarios de invocar o implementar la no deducibilidad de los pagos por cohecho. El hecho de que sean los contribuyentes quienes tengan la responsabilidad de justificar la deducibilidad de sus gastos coloca a las autoridades en la posición de tener que solicitar documentación adicional que demuestre el carácter lícito de los gastos en relación con los que solicita la deducción. En los Países Bajos, compete a los contribuyentes a los que se deniega la deducción demostrar que: 1) han incurrido realmente en los gastos declarados; 2) recibió una contraprestación en bienes o servicios por el pago de dichos gastos, y 3) en caso de no haber recibido contraprestación alguna, que el pago estaba asociado a una transacción comercial. Del mismo modo, en Canadá, Dinamarca, Letonia, Sudáfrica y Estados Unidos, cuando las administraciones tributarias inadmiten o deniegan una deducción fiscal, la carga de la prueba para demostrar el carácter legítimo de dicha deducción recae sobre los contribuyentes afectados. En la República Checa, corresponde al contribuyente aportar documentación justificativa o demostrar tener derecho a la deducción a petición de la administración tributaria. Por el contrario, en Bélgica la carga de la prueba recae sobre la administración tributaria, lo que significa que es responsabilidad de la administración tributaria demostrar que los gastos en cuestión no son deducibles. De forma análoga, en Francia compete a la administración tributaria demostrar si el gasto en

⁷⁵ Párrafo 65 del Informe de la Fase 2 (2009) y párrafo 140 del Informe de la Fase 3 (2015) correspondientes a Israel, disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/israel-oecdanti-briberyconvention.htm>.

cuestión benefició directa o indirectamente a un funcionario público u otra persona con funciones equiparables, aunque puede denegarse la deducción por otros motivos⁷⁶.

2. Fomento de la detección

Un requisito previo importante para que las administraciones tributarias puedan detectar el cohecho internacional radica en la existencia de un marco jurídico que permita y facilite el intercambio de información entre las administraciones tributarias y las autoridades competentes correspondientes. Además de la existencia de un marco jurídico que regule el intercambio de información entre dichos organismos, las administraciones tributarias deben estar debidamente informadas y contar con personal lo suficientemente capacitado por lo que se refiere a la necesidad y las formas de detectar posibles casos de cohecho internacional.

2.1. Marco jurídico para el intercambio de información

2.1.1. Intercambio de información entre administraciones tributarias y otras autoridades competentes

Como punto de partida, es indispensable que exista la obligación o el deber inequívoco de denunciar las sospechas de cohecho internacional ante las autoridades competentes. En consecuencia, los países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE se comprometen a establecer «[...] un marco administrativo y jurídico eficiente [y a] proporcion[ar] asesoría para facilitar que las autoridades fiscales denuncien sospechas de cohecho internacional surgidas a raíz del cumplimiento de sus deberes a las autoridades competentes nacionales adecuadas» de conformidad con la Recomendación Fiscal de 2009 y la Recomendación del Consejo para facilitar la cooperación entre las administraciones tributarias y otras autoridades competentes para luchar contra los delitos graves de 2010. Ha de establecerse una clara distinción, desde el principio, entre el suministro o intercambio espontáneo de información por parte de las administraciones tributarias a las autoridades competentes y el intercambio de información previa petición o cuando las autoridades competentes lo soliciten en el marco de investigaciones y procedimientos penales. Este apartado trata únicamente el intercambio espontáneo de información por las administraciones tributarias como fuente principal de detección del cohecho internacional.

Con motivo de los informes de seguimiento correspondientes a la Fase 3, el GTC formuló recomendaciones a doce países encaminadas a mejorar la notificación o denuncia espontánea de casos de cohecho internacional por parte de las administraciones tributarias a otras autoridades competentes. He aquí las tres clases de recomendación que formuló el GTC: i) plantearse la posibilidad de imponer a los funcionarios de las administraciones tributarias obligaciones en materia de notificación y denuncia; ii) recordarles a los funcionarios de las administraciones tributarias que tienen el deber de denunciar los casos de cohecho internacional, y iii) proporcionar a los funcionarios de las administraciones tributarias directrices claras sobre el procedimiento de notificación y/o denuncia.

El 92,7% de los países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE (es decir, 38 Estados) prevé varias modalidades de denuncia espontánea de presuntos delitos por las administraciones tributarias a las autoridades competentes, ya se trate de una obligación

⁷⁶ Párrafo 116 del Informe de la Fase 3 correspondiente a los Países Bajos; párrafo 77 del Informe de la Fase 2 correspondiente a la República Checa; párrafo 118 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Bélgica, y párrafo 151 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia.

legal o de una facultad discrecional de notificación. En 31 de los Estados firmantes del referido Convenio, las administraciones tributarias tienen la obligación legal o el deber de notificar las sospechas de cohecho internacional a las autoridades competentes⁷⁷. Dicha comunicación se realiza por medio de los canales oficiales, suministrando la administración tributaria la información de la que disponga a las autoridades competentes, o bien presentando una denuncia directamente ante las autoridades competentes. Por ejemplo, en Brasil, los inspectores tributarios deben comenzar por informar a su jefe de departamento, quien a su vez informa al fiscal. Este mismo procedimiento se sigue en otros países firmantes del Convenio como Chile, Estonia, Francia y Países Bajos⁷⁸. En Australia, los auditores fiscales están obligados a remitir los presuntos casos de cohecho internacional al Área de investigación de fraudes de la Administración tributaria australiana (ATO, por sus siglas en inglés), que a su vez se encargará de poner el asunto en conocimiento de la policía federal australiana. En algunos países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE, como son Austria, Noruega o Suecia, el incumplimiento de la obligación de informar a las autoridades competentes lleva aparejadas sanciones, aunque no han llegado a aplicarse aún. Ocho de los países firmantes del Convenio permiten (pero no obligan) a los funcionarios de administraciones tributarias a denunciar de manera espontánea el cohecho internacional ante las autoridades competentes⁷⁹. Concretamente, Canadá modificó su normativa interna en cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por el GTC⁸⁰. En 2015, Canadá introdujo modificaciones en su Ley del Impuesto sobre la Renta con el fin de permitir que la Agencia tributaria canadiense (CRA, por sus siglas en inglés) proporcionase información confidencial sobre los contribuyentes a las autoridades competentes con carácter discrecional. La CRA debe comenzar por establecer que existen motivos justificados y suficientes para creer que la información en cuestión aportará pruebas sobre un delito tipificado grave, como puede ser el cohecho internacional, debiendo notificar la decisión de divulgar información a las instancias superiores de la CRA. Sin embargo, en otros cuatro de los países firmantes del Convenio (es decir, en Finlandia⁸¹, Grecia, Corea y en algunos cantones suizos) existen aún trabas legales que impiden el intercambio espontáneo de información sobre sospechas de cohecho internacional con autoridades competentes en materia penal. Esta prohibición no resulta aplicable en el supuesto de que los funcionarios de administraciones tributarias estén obligados a divulgar información en el marco de un procedimiento penal.

⁷⁷ Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

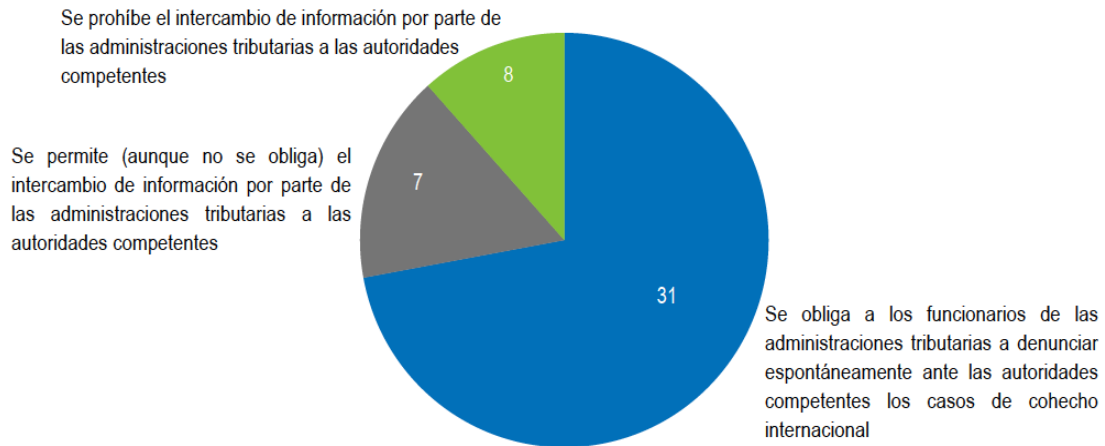
⁷⁸ Párrafo 143 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Brasil y párrafo 152 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia.

⁷⁹ Australia, Dinamarca, Irlanda, Israel, Nueva Zelanda, Noruega y Estados Unidos.

⁸⁰ Recomendación 4.c) del Informe de la Fase 2 y Recomendación 8.b) del Informe de la Fase 3 correspondientes a Canadá.

⁸¹ La administración tributaria finlandesa puede responder a las solicitudes de información procedentes de las autoridades competentes, pero sólo puede denunciar sospechas de corrupción por iniciativa propia cuando se trate de un delito fiscal u otro delito conexo (*p.ej.* falsificación de documentos relativos al pago de tributos).

Gráfico 7. **Obligaciones en materia de información aplicables a los funcionarios de las administraciones tributarias de 43 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE***



El alcance de la información por parte de las administraciones tributarias a las autoridades competentes puede depender del nivel de prueba necesario para desencadenar dicha denuncia o notificación. En la mayoría de los países firmantes del Convenio, basta una mera sospecha. En algunos otros, sin embargo, la obligación o deber de informar de las administraciones tributarias está condicionada y supeditada a un cierto umbral o nivel de exigencia, requiriéndose más que una simple sospecha. En **Sudáfrica**, por ejemplo, los funcionarios de la administración tributaria necesitan tener algo más que una mera sospecha de cohecho antes de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Estos umbrales pueden disuadir a los funcionarios de informar o denunciar, ya que necesitan que las acusaciones estén bien fundadas antes de proceder a denunciar, para lo cual puede que los funcionarios de la administración tributaria no cuenten con los recursos ni con los conocimientos técnicos específicos necesarios. Es posible que las autoridades competentes se encuentren en una posición mejor para adoptar las medidas de investigación pertinentes con el fin de verificar si las denuncias están debidamente fundadas.

Por el contrario, un umbral o nivel de exigencia inferior puede alentar a las administraciones tributarias a dar un paso adelante e informar a las autoridades competentes. Por ejemplo, **Noruega** solía aplicar el criterio de «causa probable (legítima)» como nivel de referencia para que la administración tributaria procediese a denunciar. Ese nivel de referencia se atenuó en 2007, por lo que ahora basta con que la administración tributaria tenga «motivos justificados» para comunicar sus sospechas de cohecho a las autoridades competentes. La introducción de un umbral inferior ha facilitado el intercambio de información y cooperación con las autoridades competentes, según la administración tributaria noruega⁸². En **Austria** y **Alemania**, el nivel de sospecha que origina la obligación es una «cierta probabilidad de que se haya perpetrado un delito basándose en circunstancias que llevan a sospechar», aunque no es necesario tener una fuerte sospecha⁸³.

⁸² Párrafos 86 y 87 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Noruega.

⁸³ Párrafo 136 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Austria.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Eficacia de la obligación de los auditores fiscales de denunciar presuntos casos de cohecho internacional ante las autoridades competentes

Alemania

La obligación de la administración tributaria de denunciar presuntos casos de cohecho se establece en la *Ley del Impuesto sobre la Renta* alemana y se reforzó mediante una circular emitida por el Ministerio de Finanzas alemán en octubre de 2002. Una resolución de 2008 del Tribunal Supremo de Finanzas alemán (BFH) endureció aún más este marco de denuncia⁸⁴. En su resolución, el BFH estableció que debe remitirse a las autoridades competentes la información pertinente de todos los casos relacionados con gastos o la concesión de beneficios conforme a lo dispuesto en la *Ley del Impuesto sobre la Renta*, incluido el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Por otra parte, el BFH debe enviar información relevante sobre casos en los que no se hayan deducido gastos sospechosos.

En la práctica, los inspectores tributarios documentan su investigación de transacciones comerciales sospechosas. La documentación resulta especialmente importante cuando los auditores deciden no seguir adelante con un caso porque, en su opinión, la sospecha no está suficientemente fundada. Si dejan de investigarse deliberadamente los pagos sospechosos, puede considerarse que existe obstrucción a la justicia.

Cuando los inspectores tributarios consideran que existen motivos suficientes, envían la documentación pertinente a la administración o departamento al que pertenecen para que éstos se encarguen de intercambiar información con las autoridades competentes. Es importante señalar que, de acuerdo con la sentencia del BFH, la administración tributaria no tiene que determinar si existen pruebas suficientes para que la acción judicial prospere o si un caso puede haber prescrito, por ejemplo. El único órgano competente para determinarlo es la fiscalía.

Fuente: Párrafos 173 a 175 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Alemania.

2.1.2. Intercambio de información entre administraciones tributarias y otras autoridades administrativas sin competencias en materia penal

Once países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han puesto en marcha un régimen de responsabilidad empresarial no penal en caso de cohecho internacional (OCDE, 2016b)⁸⁵. En siete de esos once países, las autoridades competentes son las encargadas de perseguir y sancionar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Uno de los países –**Estados Unidos**– contempla un régimen de responsabilidad empresarial penal y no penal. En los tres países restantes (**Brasil, Colombia y Grecia**), la imposición de sanciones a las personas jurídicas que cometen delitos de cohecho internacional es responsabilidad de las autoridades con competencias administrativas y no de ninguna otra autoridad. En estos tres países, la pregunta que se plantea es si esto puede incidir en el intercambio espontáneo de información por parte de las administraciones tributarias, lo que se debe precisamente a que las obligaciones en materia de información se refieren a la denuncia ante las autoridades con competencias en el ámbito penal. En **Colombia**, por ejemplo, la legislación no permitía inicialmente la transmisión de información tributaria a la Superintendencia de Sociedades (SSC), el órgano a cargo de las actuaciones contra personas jurídicas por delitos de cohecho internacional. En febrero de 2016, Colombia modificó su normativa y, como resultado,

⁸⁴ Resolución del *Bundesfinanzhof* (Tribunal Supremo de Finanzas alemán), dictada el 14 de julio de 2008, Ref. VII B 92/08.

⁸⁵ Esos once países son: Brasil, Bulgaria, Colombia, Alemania, Grecia, Italia, Letonia, Polonia, Federación de Rusia, Suecia y Turquía.

«(ahora) la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales debe informar a la Superintendencia de Sociedades acerca de todas las actividades sospechosas que apunten a supuestas conductas de los típicos comportamientos considerados como cohecho internacional». En **Brasil**, el Ministro de Transparencia y la Controladuría General de la Unión (CGU) sólo pueden solicitar información tributaria tras probar la incoación de los procedimientos administrativos pertinentes contra las personas jurídicas en cuestión⁸⁶. En **Grecia**, la administración tributaria no puede informar directamente al Ministerio de Finanzas, sino únicamente a las autoridades competentes, encargadas de remitir a su vez la información al Ministerio de Finanzas. En cualquier caso, los funcionarios de la administración tributaria griega tan sólo pueden proporcionar información tributaria de carácter confidencial en los casos relacionados con el Estado o relativos a los delitos de fraude, evasión fiscal u otros delitos fiscales⁸⁷.

2.1.3. Intercambio de información entre administraciones tributarias y autoridades extranjeras

En el marco del intercambio espontáneo de información, las administraciones tributarias pueden hacerse con información que podría ser relevante para las autoridades competentes extranjeras. El intercambio de dicha información tendría lugar únicamente a través de las administraciones homólogas. El intercambio espontáneo de información tributaria con las autoridades competentes extranjeras se rige por lo dispuesto en el *Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (CAAM)*⁸⁸ y en el *Modelo de Convenio OCDE* (artículo 26 MC OCDE). En virtud de la *Recomendación Fiscal de 2009*, los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* estudiarán la posibilidad de incluir la redacción opcional del artículo 26 MC OCDE en sus respectivos convenios fiscales bilaterales⁸⁹. Veintisiete de los países signatarios del *Convenio Anticohecho OCDE* han incluido parte de la redacción del *Modelo de Convenio OCDE* en al menos uno de sus convenios fiscales bilaterales⁹⁰. Otros doce países firmantes han ratificado el CAAM, encaminado a lograr el mismo objetivo⁹¹.

La redacción opcional del *Modelo de Convenio OCDE* permite que la información recibida con fines fiscales se intercambie con otros órganos encargados de velar por el cumplimiento de la ley y autoridades judiciales para utilizarla en el caso de ciertos delitos graves, como es la corrupción, y en la lucha contra delitos económicos. El intercambio de información está supeditado al cumplimiento de dos condiciones: si el país receptor o

⁸⁶ Párrafo 66 del Informe de la Fase 2 correspondiente a Colombia; artículo 22 de la Ley núm. 1778, de 2 de febrero de 2016; párrafo 144 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Brasil.

⁸⁷ Párrafo 156 del Informe de la Fase 3 bis correspondiente a Grecia.

⁸⁸ 39 de los 41 países signatarios del *Convenio Anticohecho OCDE* han ratificado el CAAM, modificado en 2010.

⁸⁹ El artículo 26 MC OCDE fue objeto de revisión en julio de 2012.

⁹⁰ Argentina (con la advertencia de que el *Modelo de Convenio OCDE* supedita el intercambio de información tributaria con fines extrafiscales únicamente a la legislación vigente en el país remitente y de que la legislación interna argentina no contempla el uso de la información tributaria para la realización de investigaciones de delitos por parte de autoridades distintas de las argentinas), Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Chile, Colombia, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Eslovaca, Sudáfrica, Suecia y Suiza. Por su parte, Hungría, Irlanda, Letonia, México, Nueva Zelanda, Reino Unido y Turquía introdujeron esa redacción en menos de cinco de sus convenios fiscales bilaterales.

⁹¹ Brasil, Canadá, Corea, Dinamarca, Grecia, Islandia, Italia, Israel, Japón, Luxemburgo, Polonia y República Checa.

destinatario desea utilizar la información con fines extrafiscales (tales como la investigación de casos de cohecho internacional), deberá: i) obtener el consentimiento del país remitente para utilizar la información recibida con un determinado fin extrafiscal, y ii) confirmar que tanto el país remitente como el país destinatario pueden utilizar la información con fines extrafiscales de conformidad con sus respectivas legislaciones.

De manera análoga, el artículo 7 CAAM establece: «1. Una Parte, sin que exista solicitud previa, transmitirá a otra de las Partes la información de la que tenga conocimiento en las siguientes circunstancias: a) la Parte mencionada en primer lugar tiene razones para suponer que existe una pérdida en la recaudación de impuestos de la otra Parte; [...], y e) si la información enviada a la parte mencionada en primer lugar por la otra Parte ha permitido que se obtenga información, la cual puede ser relevante para determinar obligaciones de pago de impuestos en esta última Parte». Siempre que se cumplan las mismas condiciones, el artículo 22.4 CAAM permite utilizar la información recibida a efectos fiscales para otros fines extrafiscales y, por lo tanto, a transmitirla a las autoridades competentes a los efectos de investigaciones en el ámbito penal. Hasta la fecha, las administraciones tributarias extranjeras no han detectado casos de cohecho internacional, por lo que no se ha producido intercambio de información alguno con las autoridades competentes con arreglo al CAAM o MC OCDE.

Cuadro 14. Cómo puede ayudar el intercambio automático de información entre administraciones tributarias a detectar el cohecho internacional en un futuro

Las administraciones tributarias tienen mecanismos bien definidos para intercambiar información tributaria entre sí en virtud de acuerdos internacionales por los que se rige el intercambio de información tributaria, incluida la relativa a la titularidad de la empresa, datos contables e información de cuentas bancarias. El intercambio de información tributaria aumentó exponencialmente desde que, en 2014, viera la luz la *Norma para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras* de la OCDE. Hasta la fecha, son 100 las jurisdicciones que se han comprometido a intercambiar información anualmente sobre ciertas cuentas financieras abiertas por no residentes en su jurisdicción. Los primeros intercambios de información se produjeron en septiembre de 2017 y proporcionarán a las administraciones tributarias datos sobre los activos financieros de sus contribuyentes en el extranjero que, de no ser así, podrían no haberse detectado. Dichos datos podrían ser relevantes para detectar las ganancias procedentes de la evasión fiscal, así como posiblemente también en la investigación de otros delitos económicos, tales como el blanqueo de capitales y el cohecho internacional.

2.2. Actividades de capacitación y sensibilización

El fortalecimiento de los marcos jurídicos para luchar contra el cohecho debe ir acompañado de la aplicación estricta y eficaz de esas normas. A tal fin, la OCDE elaboró el *Manual para Inspectores Fiscales sobre la Detección del Cohecho* (en adelante, «Manual OCDE para Inspectores Tributarios»), que aborda específicamente los indicadores que alertan de la existencia de cohecho y corrupción. El *Manual OCDE para Inspectores Tributarios* se publicó, por primera vez, en 2001 en 18 idiomas, mientras que la última versión vio la luz en 2013 y se encontraba disponible en 7 idiomas. Dicho Manual representa una guía práctica que tiene por objetivo ayudar a los inspectores tributarios y auditores fiscales a detectar pagos sospechosos susceptibles de constituir pagos por cohecho, de tal forma que pueda denegarse su deducibilidad y que puedan detectarse tempestivamente y ponerse en conocimiento de las autoridades nacionales competentes correspondientes.

Es posible detectar indicadores de cohecho en una gran variedad de documentos a los que tienen acceso las administraciones tributarias, de entre los que destacan las declaraciones de impuestos, los registros bancarios y las cuentas financieras. Asimismo, los

inspectores tributarios y auditores fiscales pueden obtener indicadores no sólo consultando información públicamente disponible, sino también revisando informes de auditorías internas, informes judiciales y a través de denuncias anónimas. El *Manual OCDE para Inspectores Tributarios* (OCDE, 2013a) clasifica los indicadores en cinco grandes grupos:

- Indicadores relativos al entorno de riesgo externo e interno del contribuyente;
- indicadores relativos a las transacciones efectuadas por el contribuyente;
- indicadores relativos a los pagos y flujos monetarios;
- indicadores relativos a los resultados de las transacciones del contribuyente, e
- indicadores relativos a los destinatarios de los fondos procedentes de posibles actividades ilícitas vinculadas al cohecho y a la corrupción.

Cabe prestar atención igualmente a la identificación de pagos por cohecho que pueden haberse ocultado consignándolos como gastos deducibles, como pueden ser obsequios, aportaciones o gastos de representación, entre otros. En la mayoría de los países firmantes del Convenio, se está distribuyendo o poniendo a disposición en línea, como mínimo, el referido Manual. No obstante, puede que esto no sea suficiente para asegurarse de que tanto inspectores tributarios como auditores fiscales son capaces de detectar la consignación incorrecta de forma deliberada de los pagos por cohecho en las declaraciones de impuestos. En consecuencia, es indispensable desarrollar programas de capacitación individual y orientación, en cuyo sentido el GTC ha formulado recomendaciones dirigidas precisamente a 29 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* con motivo de su última evaluación⁹². En algunos casos, los informes por países han identificado también experiencias positivas y buenas prácticas. De hecho, en Alemania, la amplia capacitación brindada a los auditores fiscales ha tenido efectos muy positivos en el número de casos de cohecho internacional detectados e investigados⁹³.

El referido Manual puede utilizarse para formar a inspectores tributarios tanto en activo como recién nombrados en la detección de pagos por cohecho encubiertos y consignados como gastos empresariales legítimos. Los programas de capacitación enfocados específicamente en la detección del cohecho internacional, frente a otros programas de formación sobre la detección de delitos económicos en general, responden eficazmente a las necesidades de capacitación de los inspectores tributarios para poder detectar la consignación incorrecta de forma deliberada de los pagos por cohecho en las declaraciones de impuestos. Convendría analizar la forma en que se consignaron los pagos por cohecho en las declaraciones de impuestos y la razón por la que las administraciones tributarias no consiguieron detectarlos en los países en que se han procesado y cerrado casos de cohecho internacional, ya que ello ayudaría a consolidar los conocimientos técnicos de los

⁹² Se incluyen las recomendaciones formuladas con motivo de los informes de evaluación de la Fase 2 correspondientes a Letonia y la Federación de Rusia; de los informes de evaluación de la Fase 3 correspondientes a Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Corea, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Sudáfrica y Suiza, y del informe de evaluación de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido.

⁹³ Comentarios siguientes al párrafo 180 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Alemania.

inspectores tributarios. A este respecto, el GTC ha recomendado insistentemente a los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* que se realice dicho análisis *a posteriori*⁹⁴.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, el párrafo 223 del Informe de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido y párrafo 155 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Chile.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Actividades informativas y de sensibilización para administraciones tributarias	
Australia	La Administración tributaria australiana (ATO) ha elaborado una serie de directrices inspiradas en el <i>Manual OCDE para Inspectores Tributarios</i> , disponibles en el siguiente enlace: www.ato.gov.au/About-ATO/About-us/In-detail/How-we-do-things/Guidelines-for-understanding-and-dealing-with-the-bribery-of-Australian-and-foreign-public-officials/ .
Dinamarca	Dinamarca organizó una conferencia (la I Cumbre Nórdica contra la Corrupción y los Delitos Fiscales) que incluía un programa de capacitación anticorrupción para inspectores tributarios de países nórdicos y desarrollaba una iniciativa encabezada por Dinamarca y Noruega para recabar una gran variedad de materiales de casos prácticos para futuros programas de capacitación y proyectos (párrafo 146 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca).
Italia	La administración tributaria italiana organiza cursos de capacitación periódica sobre detección de casos de corrupción y cohecho internacional para auditores fiscales, que abordan temas que van desde la recogida de pruebas al formulario normalizado para la remisión de sospechas de cohecho internacional a las autoridades competentes (párrafo 133 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Italia).
Noruega	En Noruega, se creó un grupo de trabajo para impartir sesiones de capacitación sobre detección del cohecho dirigidas a inspectores tributarios que se inspiraban tanto en experiencias prácticas reales como en el <i>Manual OCDE para Inspectores Tributarios</i> , que se tradujo al noruego y se distribuyó a todos los funcionarios y empleados públicos de la administración tributaria noruega. También se organizaron actividades de capacitación interdepartamentales que contaron con la participación de agentes de policía y funcionarios de aduanas (párrafo 85 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Noruega).

3. Detección del cohecho internacional en la práctica

Atendiendo al número de casos de cohecho internacional cerrados hasta la fecha, cinco países (a saber, Finlandia, Francia, Alemania, Japón y Suiza) han procesado y condenado casos de cohecho internacional de los que se tuvo conocimiento gracias a la información remitida por las administraciones tributarias o detectados durante las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios. Esencialmente, pueden detectarse indicios de la existencia de cohecho internacional en tres momentos distintos: en fase de comprobación de las declaraciones de impuestos de los contribuyentes, durante la realización de inspecciones y auditorías fiscales periódicas o, lo que es más frecuente, en el curso de investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios.

3.1. Detección de casos de cohecho internacional en fase de comprobación de las declaraciones de impuestos

El cohecho internacional puede empezar detectándose durante la tramitación de las declaraciones de impuestos. Los inspectores tributarios precisan de un conocimiento adecuado de las prácticas comerciales de los contribuyentes, de los diversos sectores industriales y del entorno en que éstos desarrollan su actividad para poder detectar pagos sospechosos. Si bien algunos pagos pueden resultar sospechosos a primera vista –tal es el caso de los pagos por elevados importes, de los pagos derivados a paraísos fiscales, de los pagos recurrentes o deducciones fiscales de comisiones, honorarios u otros pagos similares satisfechos a agentes extranjeros–, los inspectores tributarios deben prestar igualmente especial atención a los pagos consignados como gastos deducibles como, por ejemplo,

deducciones específicas por gastos promocionales y publicitarios o gastos por servicios de consultoría, entre otros, tras los que puede ocultarse el pago de sobornos. A este respecto, sin embargo, la Administración tributaria australiana (ATO) señala que las empresas australianas no suelen consignar generalmente los pagos por cohecho como si de gastos deducibles se tratase (o como deducciones encubiertas), sino que tales pagos se efectúan normalmente a través de una filial extranjera.

3.2. *Detección de casos de cohecho internacional durante la realización de auditorías fiscales*

Existe una mayor probabilidad de descubrir casos de cohecho internacional durante la realización de auditorías fiscales e inspecciones tributarias. El primer paso que han de dar las administraciones tributarias es incluir el cohecho en sus respectivas evaluaciones de riesgos de cara a la planificación de auditorías fiscales para poder determinar si se han consignado los pagos por cohecho en las declaraciones de impuestos, circunstancia en torno a la que giraron precisamente las recomendaciones del GTC a las administraciones tributarias de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* cuando esta práctica aún no se había implantado. Así, por ejemplo, se recomendó a Grecia que su administración tributaria no sólo incluyese el cohecho en sus evaluaciones de riesgos para la planificación de auditorías fiscales, sino que también llevase a cabo las comprobaciones y controles pertinentes en materia de cumplimiento con miras a detectar pagos por cohecho en la fase de comprobación de las declaraciones de impuestos⁹⁵.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Inclusión del cohecho en la evaluación de riesgos para la planificación de auditorías fiscales	
Australia	En Australia, los auditores fiscales ponderan los riesgos de cohecho en función de las características de la empresa. Los riesgos de cohecho se evaluarán atendiendo al perfil del país en que desarrolle su actividad la empresa objeto de análisis (es decir, si existe en ese país un mayor riesgo de pagos por cohecho y por facilitación como una forma de «hacer negocios»), al código de conducta interno de la empresa y teniendo en cuenta hasta qué punto existe una política explícita de no pagar sobornos, el modo en que se ha implementado y aplicado en la práctica dicho código de conducta, incluyendo cómo la junta directiva, el comité de vigilancia y las propias auditorías internas garantizan su cumplimiento, y determinando si se aplican otros mecanismos de control y de protección internos para reducir al mínimo el riesgo de que se paguen sobornos a funcionarios públicos. En caso de recibir la ATO información específica sobre el pago de un soborno, esto también repercutirá en el nivel de calificación de riesgo y en el índice de probabilidad de que se realicen investigaciones.
Italia	En Italia, la planificación de las auditorías se basa en un análisis de riesgos de factores tales como, por ejemplo, los países en los que la entidad empresarial en cuestión desarrolla su actividad y su tamaño.
Sudáfrica	En Sudáfrica, la selección de casos que han de someterse a una auditoría fiscal se realiza de forma aleatoria o atendiendo a una serie de factores de riesgo, tales como la existencia de ingresos no contabilizados o sin justificar, comisiones excesivas o gastos de consultoría, gastos sectoriales específicos (p.ej. sector de la construcción), pagos transnacionales o contratos públicos, entre otros. A este respecto, a la administración tributaria puede resultarle útil planificar las inspecciones tributarias y auditorías fiscales para establecer con precisión: i) los factores de riesgo considerados a la hora de decidir qué empresa(s) van a ser

⁹⁵ Recomendación 12.b) del Informe de la Fase 3 correspondiente a Alemania (2011).

objeto de una auditoría; ii) el lapso temporal que transcurre entre las auditorías, y iii) si la experiencia técnica altamente especializada en sectores empresariales específicos y el conocimiento específico de los riesgos de carácter tributario asociados a cada actividad pueden servir de ayuda.

En **Alemania**, las auditorías a empresas que lleva a cabo la administración tributaria son el detonante más habitual de las investigaciones de delitos de cohecho, existiendo diversas motivaciones para realizarlas en la práctica: puede tratarse de auditorías periódicas o especiales, o bien de inspecciones tributarias en el ámbito del impuesto sobre la renta, en materia de IVA u otros impuestos. La administración tributaria suele realizar auditorías o inspecciones *in situ*, en las instalaciones de la empresa auditada, pudiendo centrarse la investigación en cuestión en el análisis de libros y registros contables o en otra documentación de interés. Los pagos por cohecho deben contabilizarse, salvo que se realicen con «fondos de reptiles» o dinero «negro», lo que implica que, en la mayoría de los casos, los pagos de sobornos se contabilizan como gastos en los registros contables de las empresas. En 2011, a la fecha de publicación del Informe de evaluación de la Fase 3 correspondiente a Alemania por el GTC, ascendía a 15 el número de casos abiertos por presuntos delitos de cohecho internacional a raíz de las comunicaciones y denuncias efectuadas, desde 2006, por la administración tributaria alemana⁹⁶. Según la experiencia de este país, las diversas señales de alarma registradas no son sino indicadores de que ciertos gastos son, en realidad, pagos por cohecho. En la mayoría de los casos, no es ya que una señal aislada de alerta levante sospechas, sino que es probable que se detecten varios indicadores de alerta durante la realización de la auditoría.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Indicadores de alerta que suscitan las sospechas de las administraciones tributarias

Alemania	<p>Los gastos sospechosos suelen consignarse bajo las siguientes categorías de gasto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Gastos de consultoría • Comisiones • Servicios de terceros • Gastos comerciales • Gastos promocionales • Gastos publicitarios <p>La existencia de facturas o anotaciones sospechosas suele revelar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pagos que no llevan aparejada una contraprestación específica • Importes incrementados que suelen responder a una cuantía fija preestablecida • Descripción inexistente o inconcreta de los servicios prestados • Inscripción en categoría distinta de la que corresponde • Ausencia del número de factura
-----------------	---

⁹⁶ Párrafos 173 a 175 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Alemania (2011).

- Falta de referencia a la dirección o cuenta bancaria preestablecidas
- Facturas antedatadas
- Inexistencia de documentación acreditativa
- Transacciones inusuales/excesivas en términos económicos
- Pagos en favor de socios comerciales ubicados en países líderes en corrupción

He aquí las técnicas utilizadas para ocultar el pago de sobornos:

- Facturas falsas por los servicios de consultoría prestados por empresas inexistentes/sociedades «pantalla»
- Inscripción contable de servicios ficticios prestados por familiares y allegados del sobornado
- Utilización de testaferros que prestan servicios ficticios, en ocasiones a través de oficinas de empleo falsas
- Sobrefacturación en facturas recibidas y emitidas

Las empresas auditoras que trabajan al servicio de la administración tributaria alemana se encuentran en una posición inmejorable para detectar las señales de alarma antes mencionadas en los libros y registros contables de las empresas auditadas gracias a su dilatada experiencia y amplias competencias en materia de investigación. No obstante, existen varias dificultades a las que enfrentarse: en primer lugar, deben detectarse los gastos sospechosos en los libros y registros contables del sobornado; en segundo lugar, ha de establecerse la conexión entre el sujeto que efectúa el pago del soborno y el destinatario del mismo. En este segundo supuesto, la dilatada experiencia y amplias competencias de las que hablábamos unas líneas más arriba resultan especialmente útiles al hallarse la administración tributaria en condiciones de recibir información pormenorizada y precisa sobre el destinatario de los pagos (sospechosos). Por otra parte, los inspectores tributarios también pueden investigar cuentas, libros y registros contables utilizando técnicas para el análisis de datos digitales e interrogando a todo el personal pertinente.

Cuadro 15. Estudio de caso de Alemania: *El caso del intermediario*

Una empresa encargó a un intermediario ubicado en un país africano que consiguiera adjudicarse contratos a nivel local. Los pagos al intermediario se contabilizaron como gastos en los registros contables de la empresa. Con motivo de una auditoría fiscal, los auditores detectaron que el pago se había realizado en efectivo, que se había facturado internamente y se había inscrito contablemente como «ayuda para la toma de decisiones».

Los auditores fiscales remitieron el caso a la División Especializada Anticorrupción de la Administración tributaria alemana. Tras la evaluación, se denunció el caso ante la División de Investigaciones Internas, un cuerpo especial de las fuerzas del orden público encargado de investigar delitos de malversación y corrupción. La denuncia se efectuó con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 5, párrafo 10º de la *Ley del Impuesto sobre la Renta*, que, por una parte, estipula la no deducibilidad de los pagos por cohecho y, por otra, establece la obligación de informar de la administración tributaria cuando se detecten pagos sospechosos.

Bajo la dirección de la Fiscalía germana, la División de Investigaciones Internas inició un registro *in situ* en las instalaciones de la empresa atendiendo a la denuncia y comunicación efectuadas por la administración tributaria, a la que se dio traslado, a su vez, de lo que se descubrió durante los registros. La Fiscalía decidió entonces coordinar y liderar ambas investigaciones, es decir, tanto la concerniente al delito fiscal como la relacionada con el delito de corrupción. Las consiguientes actuaciones judiciales concluyeron con la imposición de una elevada sanción pecuniaria al

acusado.

Fuente: Alemania.

En **Francia**, el órgano encargado de llevar a cabo las inspecciones y auditorías externas a grandes empresas es el Departamento de Verificaciones Nacionales e Internacionales (DVNI, por sus siglas en francés), adscrito a la Dirección General de Finanzas Públicas (DGFIP, por sus siglas en francés), dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas. El DVNI está organizado en departamentos especializados por sectores empresariales con un conocimiento específico de los riesgos fiscales asociados a cada actividad, por un lado, y consultores internos expertos en fiscalidad internacional, por el otro. Los departamentos de inspección efectúan análisis de riesgos, revisan la documentación y realizan inspecciones *in situ* durante las que examinan las cuantías de los pagos, su destino y tratan de dilucidar si el beneficiario es o no un intermediario. Como resultado de las inspecciones llevadas a cabo, entre 2008 y 2011, la Administración tributaria francesa exigió reembolsos en 18 casos por un total de 4 117 millones de euros en virtud de la normativa tributaria vigente en materia de cohecho (artículo 39.2 *bis* del Código General de Impuestos francés, o *Code Général des Impôts*). Una de las investigaciones de cohecho internacional se inició a raíz de la comunicación efectuada por la DGFIP a la Fiscalía General, con sede en París⁹⁷.

Es igualmente importante llevar a cabo auditorías fiscales periódicas y frecuentes. En 2003, sobre la base de una recomendación efectuada por el GTC en relación con los Informes de evaluación de la Fase 2, **Alemania** se comprometió a reducir el plazo necesario para realizar inspecciones tributarias y auditorías a las grandes empresas. El Gobierno Federal alemán y sus Estados federados (*Länder*) fijaron unos criterios básicos con el fin de garantizar que se cumpliesen debidamente los plazos establecidos para las auditorías de las empresas⁹⁸. La reducción de los plazos asociados a las auditorías fiscales permite que las irregularidades se detecten antes. Otros países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* como **Luxemburgo** fueron objeto de recomendaciones en este mismo sentido, instándole a que su administración tributaria intensificase la exhaustividad y asiduidad con que realizaba inspecciones *in situ*⁹⁹.

3.3. *Detección de casos de cohecho internacional en el curso de investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios*

Es igualmente posible detectar casos de cohecho internacional en el curso de investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios. Con motivo de tales investigaciones, los inspectores tributarios pueden recabar información que ponga de manifiesto la comisión de otros delitos, entre ellos el de cohecho internacional. En la práctica, se han detectado varios casos de cohecho internacional en este contexto:

- En **Finlandia**, se detectaron dos casos de cohecho de un funcionario público extranjero (uno a principios de la década de los 90 y el otro en 1998) gracias a las denuncias y comunicaciones efectuadas por inspectores tributarios. No obstante, se

⁹⁷ Párrafos 147 a 149 y 152 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia.

⁹⁸ Las inspecciones tributarias y auditorías fiscales se rigen por lo dispuesto en el reglamento de auditorías de cuentas alemán (*Betriebsprüfungssordnung*).

⁹⁹ Párrafo 156 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Luxemburgo.

investigaron como si se tratase de delitos de fraude fiscal y no como delitos de cohecho internacional propiamente dichos¹⁰⁰.

- En **Japón**, con motivo de las investigaciones conjuntas entre inspectores tributarios y fiscales sobre las denuncias de evasión fiscal por parte de una empresa japonesa, los fiscales detectaron pagos realizados con «fondos de reptiles» y descubrieron que el dinero se había utilizado para sobornar a funcionarios públicos extranjeros. Las investigaciones posteriores revelaron que los pagos de sobornos iban dirigidos a un alto funcionario de un organismo extranjero de contratación pública en relación con un importante proyecto de infraestructura financiado, en parte, con fondos de ayuda oficial al desarrollo (AOD) estanciados por Japón. Los sobornadores y la empresa fueron procesados y declarados culpables de sobornar a funcionarios públicos extranjeros¹⁰¹.
- En **Portugal**, también se detectó una denuncia por cohecho internacional durante una investigación contra una empresa portuguesa por un delito fiscal. En este caso, la empresa portuguesa estaba vendiendo productos a una cadena de supermercados propiedad de uno de los oficiales militares angoleños de más alto rango. La venta se realizó a través de una empresa en el extranjero y parte de los ingresos se desviaron, supuestamente, a una cuenta en un banco suizo en concepto de coimas o comisiones clandestinas pagadas en favor de funcionarios angoleños. Entre 2006 y 2010, se realizaron pagos por un total de 2 millones de dólares estadounidenses destinados a varios sujetos¹⁰².
- En **Suiza**, la Administración tributaria del Cantón de Ginebra detectó el pago de sobornos con motivo de los controles realizados tras recibir una comunicación procedente de la Administración tributaria federal suiza en la que se hacía referencia a sospechas de fraude en materia de IVA. El 17 de febrero de 2010, la Administración tributaria del Cantón de Ginebra advirtió a la Fiscalía General de la realización de pagos ilícitos por el director de varios hoteles de Ginebra. A raíz de la denuncia y comunicación recibidas, la Fiscalía General del Cantón de Ginebra abrió el caso e inició la investigación correspondiente, que se concluyó con la condena del director hotelero por el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros¹⁰³.

Conclusión

Los principales casos más recientes han puesto en relieve los claros y estrechos vínculos existentes entre el cohecho internacional y otros delitos en materia fiscal. Las administraciones tributarias desempeñan un papel decisivo y fundamental en la detección del cohecho internacional, siempre que existan marcos jurídicos apropiados y se hayan implantado los canales de denuncia pertinentes que permitan poner los presuntos delitos perpetrados en conocimiento de las autoridades competentes. Los pocos países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* en los que no se permite el intercambio espontáneo de información tributaria con las autoridades competentes deberán aprobar la legislación correspondiente, tal y como establece la *Recomendación Fiscal de 2009*. Al margen de los

¹⁰⁰ Párrafo 5 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Finlandia.

¹⁰¹ Párrafos 13, 47, 98 y 99 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Japón.

¹⁰² Párrafo 24 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Portugal.

¹⁰³ Párrafo 79 y Anexo 4 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Suiza, sentencia condenatoria del Fiscal General de la República y del Cantón de Ginebra, de 2 de diciembre de 2010.

requisitos legales establecidos y los canales de denuncia habilitados, conviene no sólo recordarles sistemáticamente a las administraciones tributarias su cometido en la detección del cohecho internacional, sino también dotarlas de personal debidamente capacitado para detectar las señales que alertan de un delito de cohecho mediante actividades presenciales de formación entre las que se incluyen, por ejemplo, la distribución de y capacitación inspirada en el *Manual OCDE para Inspectores Tributarios*. La retroalimentación e intercambio de información entre autoridades competentes y administraciones tributarias en el marco de casos reales de cohecho serán, asimismo, esenciales a la hora de concienciar y de promover la idea de responsabilidad dentro del ámbito de actuación de la administración tributaria, y de cara a desarrollar los conocimientos técnicos de estos organismos y su experiencia en la detección de posibles casos de cohecho internacional. Precisamente en este sentido, es posible que las nuevas modalidades de intercambio de información entre administraciones tributarias (*p.ej.* el intercambio automático de información tributaria entre administraciones tributarias) y, eventualmente, también con y entre autoridades competentes, faciliten ulteriormente la detección del cohecho internacional.

Capítulo 6

Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)

Introducción

Las medidas de prevención del banqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, «PBC/FT») adoptadas por los distintos países constituyen poderosas herramientas en la lucha contra el cohecho internacional. El cohecho internacional, unido a toda una serie de conductas ilícitas, genera unos beneficios considerables. Las ganancias ilícitas derivadas del cohecho y de la corrupción, con independencia de que beneficien directamente a funcionarios corruptos o a los propios sobornadores, se blanquean con frecuencia para poder usufruir de ellas sin temor a su detección o decomiso. Las normas internacionales, entre las que se incluyen el *Convenio Anticohecho OCDE*, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)*¹⁰⁴ y las *Recomendaciones* del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁰⁵, admiten la importancia de evitar el blanqueo de capitales en el marco de la lucha contra la corrupción. Con arreglo al *Convenio Anticohecho OCDE*, todos los países firmantes están obligados a enfrentarse al blanqueo de capitales vinculado a delitos de cohecho a nivel tanto internacional como interno de la misma forma, como establece el artículo 7 del referido Convenio¹⁰⁶. La *Recomendación Anticohecho de 2009* obliga, asimismo, a los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* a adoptar medidas concretas y relevantes que permitan concienciar a los sectores público y privado con el fin de impedir y detectar el cohecho internacional (Recomendación III.i) y de asegurarse de que existan canales de fácil acceso para denunciar ante las autoridades competentes los presuntos delitos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en la realización de transacciones comerciales internacionales (Recomendación IX.i). Así pues, al evaluar la aplicación del *Convenio Anticohecho OCDE* por los distintos países firmantes, el GTC

¹⁰⁴ En virtud de la CNUCC, los Estados firmantes deberán penalizar el blanqueo de capitales, adoptar medidas que lo impidan en la práctica y establecer Unidades de Inteligencia Financiera (UIF).

¹⁰⁵ Las *Normas internacionales de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva* (normas PBC/FT) que establecen las *Recomendaciones del GAFI* son herramientas importantes en la lucha contra la corrupción en cuanto contribuyen a la detección, rastreo, decomiso y devolución, en su caso, de las ganancias ilícitas derivadas de actos de corrupción, al tiempo que fomentan la cooperación internacional para prevenirla y combatirla.

¹⁰⁶ El artículo 7 del *Convenio Anticohecho OCDE* reza lo siguiente: «Cada parte que haya dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos a efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde éste haya ocurrido». Véase también el párrafo 28 de los *Comentarios al Convenio Anticohecho OCDE*.

examina de qué forma pueden facilitar los mecanismos PBC la detección del cohecho internacional, incluso a través de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF).

Los esfuerzos por combatir el blanqueo de capitales y el cohecho internacional están intrínsecamente relacionados entre sí y permiten potencialmente multiplicar los efectos y ampliar el impacto esperados. Las UIF desempeñan un papel fundamental en la lucha contra la corrupción, contra el cohecho y contra el blanqueo de las ganancias ilícitas que generan estos delitos. En **Polonia**, por ejemplo, se le reconoce esta función a la UIF en la medida en que participa plenamente en el Programa Estatal para la Prevención de la Corrupción. Las UIF pueden tener un conocimiento valioso de los sujetos potencialmente involucrados en tramas de soborno, incluso de sus actividades comerciales, principalmente a través de las llamadas denuncias o *comunicaciones de operaciones sospechosas* (en lo sucesivo, «COS»), circunstancia ésta que puede contribuir en gran medida al éxito de la detección y enjuiciamiento de estos delitos, también en países en los que se blanquean los fondos procedentes de la corrupción recurriendo a sofisticados sistemas financieros.

Habitualmente, el delito de cohecho internacional lleva aparejado el blanqueo del dinero utilizado para pagar el soborno o de las ganancias ilícitas procedentes del soborno, de ahí que lo lógico fuera que los sistemas de notificación y denuncia PBC consiguiesen detectar casos de cohecho internacional con regularidad y que resultasen de utilidad para los casos ya en curso. En realidad, las estadísticas a este respecto son algo decepcionantes. A modo de ejemplo, entre los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, las denuncias de operaciones sospechosas (COS) efectuadas por las UIF en lo referente al blanqueo de capitales en los casos de cohecho internacional tan sólo pusieron al descubierto 6 de las 263 tramas de cohecho analizadas a los efectos del presente informe¹⁰⁷.

No obstante, podemos exponer algunos contraejemplos¹⁰⁸. En **Suiza**, por ejemplo, en 2016, el 60% de los procedimientos judiciales incoados por casos de cohecho en los que estaban implicados funcionarios públicos extranjeros¹⁰⁹ se debió a la denuncia o notificación efectuadas por una UIF. El papel de la TRACFIN (Unidad de Inteligencia Financiera **francesa**) en el descubrimiento de casos de cohecho internacional ha recibido

¹⁰⁷ El presente informe se propone cuantificar y describir la corrupción transnacional atendiendo a los datos extraídos de los 427 casos de cohecho internacional enjuiciados y cerrados durante el período que se extiende desde la entrada en vigor, en 1999, del *Convenio Anticohecho OCDE* hasta junio de 2014. Esta tendencia se corrobora en el informe de situación elaborado por Europol en 2017 (titulado «De la sospecha a la acción: Cómo dar mayor impacto operativo a la información financiera» y disponible en inglés en la siguiente página web: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/suspicion-to-action-converting-financial-intelligence-greater-operational-impact>) que apunta a que tan sólo el 4% de las denuncias o *comunicaciones de operaciones sospechosas* (COS) recibidas por las UIF de los distintos Estados miembros de la UE guardan relación con casos de corrupción.

¹⁰⁸ Conviene tener en cuenta que las estadísticas facilitadas por las UIF en el apartado correspondiente del presente capítulo no son comparables a las publicadas en el *Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional* (que se refiere únicamente a casos cerrados). Concretamente, es posible que dichas estadísticas no se refieran a casos cerrados, sino a casos que están siendo investigados o enjuiciados y que las UIF han ayudado a detectar.

¹⁰⁹ Con arreglo a la legislación suiza, el delito de cohecho por parte de funcionarios públicos extranjeros comprende todos los tipos de corrupción en los que esté implicado un funcionario público extranjero, incluido, entre otros, el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en la realización de transacciones comerciales internacionales.

los elogios del GTC¹¹⁰. Por su parte, la UIF **argentina** también ha ayudado de reciente a la detección de un caso de cohecho internacional como resultado de las iniciativas de capacitación y sensibilización intensivas desarrolladas en el sector privado en relación con la detección de la corrupción y el cohecho. En **Noruega**, hace poco se ha comenzado a investigar un caso de cohecho internacional a la luz de una denuncia de la UIF correspondiente.

El GTC ha destacado la falta de detección en la práctica en sus informes de evaluación por países, principalmente en el marco de las evaluaciones correspondientes a la Fase 3 y Fase 4. Precisamente en este contexto, se ha instado a la mayoría de los países firmantes¹¹¹ del *Convenio Anticohecho OCDE* a adoptar medidas que permitan aumentar la probabilidad de detección recurriendo a mecanismos PBC (e incluso a la adopción de medidas preventivas aplicables a las entidades denunciadas). Algunos países han emprendido varias iniciativas que, en última instancia, contribuirán a facilitar la detección del cohecho internacional:

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Mecanismos que facilitan la detección del cohecho internacional	
<p>Francia: Ejemplo de iniciativas útiles para facilitar la detección recurriendo a mecanismos PBC</p>	<p>Junto con la Agencia Anticorrupción francesa (el <i>Service central de prévention de la corruption</i> o SCPC, por sus siglas en francés), la TRACFIN (o Unidad de Inteligencia Financiera francesa) ha elaborado una guía para detectar operaciones financieras potencialmente corruptas.</p> <p>La guía se distribuyó, por primera vez, en 2008. A mediados de junio de 2014, se facilitó una nueva edición de esta guía, ampliamente reformulada y actualizada, a las entidades denunciadas. La guía, dirigida a profesionales y expertos tanto del sector financiero como de otro sector, contiene señales de alerta y tipologías de delitos basadas en la experiencia real. Se distribuyen copias impresas de esta guía en diversas actividades de capacitación y sensibilización organizados por la SCPC y TRACFIN.</p>
<p>México: Ejemplo de iniciativas útiles para identificar y supervisar a Personas Políticamente Expuestas (PPE)</p>	<p>En 2016, la UIF mexicana implementó un modelo de evaluación de los riesgos de corrupción que examina varios criterios de medición asociados a las transacciones tanto financieras como ajenas al sector financiero con el fin de calificar y determinar el nivel de riesgo de sujetos que, por la naturaleza de sus funciones, pueden estar involucrados en actos de corrupción, como es el caso de las personas del medio político o «personas políticamente expuestas» (PPE), organismos públicos de los distintos poderes gubernamentales a nivel federal, estatal y municipal, empresas públicas, funcionarios y empleados públicos y personas o empresas relacionadas con las anteriores.</p> <p>Entre los indicadores evaluados, se encuentran los depósitos o retiradas de efectivo injustificados, la triangulación de recursos</p>

¹¹⁰ Véase el Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia. La TRACFIN, Unidad de Inteligencia Financiera francesa, remite cada año a las autoridades competentes entre 30 y 50 denuncias ante la sospecha de posibles delitos de cohecho.

¹¹¹ He aquí los nombres de esos países: Argentina, Bélgica, Brasil, Corea, Chile, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Islandia, Israel, Luxemburgo, México, Países Bajos, Portugal, Polonia, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Sudáfrica, Suecia y Turquía.

	entre empresas vinculadas a PPE o funcionarios públicos, transferencias internacionales injustificadas y la adquisición de artículos de lujo.
Suiza: Ejemplos positivos de iniciativas de sensibilización con respecto a los intermediarios financieros	Entre enero de 2014 y junio de 2017, la Oficina suiza de Comunicación y Denuncia del Blanqueo de Capitales (MROS) impartió unas 150 conferencias y seminarios de capacitación dirigidos a entidades denunciantes que registraron la participación de más de 3 500 profesionales. Dichos seminarios se centran, principalmente, en la detección de la corrupción y proponen ejemplos reales de casos de corrupción, lo que los convierte en iniciativas verdaderamente prácticas y útiles.

1. El papel de las UIF

Todos los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han creado Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) para recibir y analizar las denuncias de operaciones económicas sospechosas.

Las UIF son un elemento importante en todo sistema PBC, principalmente en los estadios iniciales de la etapa previa a la instrucción o en la fase de acopio de información. Las UIF actúan también como un *nexo* entre el sector privado y las autoridades competentes, ayudando en las tareas de acopio y circulación de información financiera relevante. La función principal de toda UIF es la de recibir (y, en la medida en que estén facultadas para ello, solicitar), analizar y transmitir a las autoridades competentes la información financiera recibida y el análisis pertinente. La vinculación de la información financiera con posibles formas subyacentes de delito es uno de los principales retos que se plantean en este proceso. El papel de las UIF desde el punto de vista de la recepción y análisis de las denuncias o *comunicaciones de operaciones sospechosas* (COS) es, por lo tanto, fundamental en la lucha contra el cohecho internacional. Las UIF deben gozar de recursos y competencias suficientes para desempeñar esta función, en particular por lo que respecta a los recursos humanos y tecnologías de la información, así como a la autonomía operativa necesaria. Con motivo del proceso de evaluación atinente a la Fase 3, el GTC examinó en todos los casos si las UIF cuentan con recursos adecuados para detectar en la práctica casos de blanqueo de capitales que tengan su origen en delitos de cohecho internacional, llegando a instar al menos a tres países a adoptar medidas en este sentido¹¹².

¹¹² Esos tres países fueron: Dinamarca, Estonia y Grecia.

Cuadro 16. Modelos organizativos de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)

1. **Modelo judicial:** Adscrito a y dependiente del Poder Judicial del Estado, canaliza las *denuncias* de actividades financieras sospechosas recibidas por los organismos investigadores de un país y procedentes de su sector financiero, de tal forma que puedan desembocar en procedimientos judiciales. Encontramos un ejemplo de este modelo en la UIF luxemburguesa.

2. **Modelo policial:** Implementa medidas PBC de forma paralela a las actividades de las fuerzas y cuerpos de seguridad de por sí, apoyando la labor de las múltiples autoridades competentes en el ámbito policial o judicial con el órgano jurisdiccional con atribuciones concomitantes a las de las anteriores o, a veces, incluso contrapuestas entre sí para investigar el blanqueo de capitales. Desde el punto de vista operativo, en estas condiciones, la UIF trabajará en estrecha colaboración con otras unidades especializadas, como puede ser una unidad de delitos económicos, beneficiándose de y compartiendo sus conocimientos técnicos y fuentes de información. Las UIF del Reino Unido y de Hungría son ejemplificativas de este modelo.

3. **Modelo administrativo:** Se trata de una autoridad administrativa centralizada e independiente que recibe y procesa información procedente del sector financiero y transmite las denuncias o comunicaciones recibidas a los órganos judiciales u otras autoridades competentes para su enjuiciamiento. Sirve de «puente», es decir, actúa como un nexo entre los servicios financieros/no financieros y las fuerzas y cuerpos de seguridad. Son ejemplos de este modelo la Unidad de Inteligencia Financiera belga (CTIF-CFI), la Oficina de Prevención del Blanqueo de Capitales eslovena (OMLP), la UIF canadiense (FINTRAC) y la UIF estadounidense (FinCEN). Este modelo prevé la existencia de otras dos subcategorías de UIF: aquellas que sólo pueden utilizar la información financiera recibida por los órganos denunciadores para llevar a cabo sus funciones de análisis, y aquellas otras que, junto a esta información, tienen acceso, ya sea directamente o a través de agentes de enlace, a la información que obra en poder de autoridades judiciales. Las UIF francesa (TRACFIN) y la suiza (MROS) se engloban bajo esta segunda categoría.

4. **Modelo híbrido:** Actúan como un canal de denuncia y sirven de nexo con las autoridades judiciales y cuerpos policiales u otras autoridades competentes. Combina elementos de al menos dos de los modelos de UIF. Algunas UIF reúnen las características de los modelos de UIF de tipo administrativo y policial, mientras que otras UIF combinan las facultades y atribuciones de la oficina de aduanas con las de la policía. La UIF de los Países Bajos (MOT) ejemplifica este modelo.

2. Qué delitos se pueden detectar

Si bien las *Recomendaciones del GAFI*¹¹³ se centran en la lucha contra el blanqueo de capitales (y contra la financiación del terrorismo), es igualmente cierto que incluyen medidas específicas encaminadas a detectar los riesgos de corrupción y cohecho. A modo de ejemplo, las *Recomendaciones del GAFI* instan a los países a tipificar los delitos de corrupción y cohecho como subyacentes al delito de blanqueo de capitales; incitan a las instituciones financieras a adoptar medidas que atenúen los riesgos que representan o asociados a *personas políticamente expuestas* (PPE), y exhortan a los distintos países a introducir mecanismos que permitan recuperar las ganancias obtenidas de manera ilícita mediante el decomiso, además de ratificar e implementar la CNUCC.

¹¹³ Vid. www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html.

Cuadro 17. Obligaciones y requisitos útiles para detectar el cohecho previstos en las *Recomendaciones del GAFI*

Comprensión de los riesgos a nivel interno y coordinación nacional

Las *Recomendaciones del GAFI* instan a los países a identificar, evaluar y dimensionar los riesgos de blanqueo de capitales a nivel interno con el fin de adoptar medidas proporcionales a dichos factores de riesgo (*Recomendación 1*). Dicha evaluación de riesgos puede incluir la ponderación de los riesgos que plantea el blanqueo de las ganancias ilícitas derivadas de delitos de corrupción, atendiendo al perfil de riesgo del país de que se trate. En tales casos, se puede consultar a los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción con el fin de conocer sus propias consideraciones y punto de vista sobre la evaluación de riesgos. Las *Recomendaciones del GAFI* exhortan, asimismo, a los países a implantar mecanismos de cooperación y coordinación nacional que permitan desarrollar políticas y actividades de PBC/FT (*Recomendación 2*). Muchos países han creado comités permanentes u organismos interinstitucionales con esta finalidad, pudiendo constituir estos mecanismos una herramienta eficaz para contar con la participación de órganos anticorrupción y formar parte de organismos interinstitucionales, en su caso.

Medidas preventivas, incluidas las obligaciones en materia de y la conservación de registros

El procedimiento de diligencia debida con respecto al cliente (DDC) consiste en identificar al cliente y al beneficiario final, estableciendo claramente la naturaleza de la relación con el cliente para poder entender y gestionar en la práctica, de forma efectiva, los riesgos derivados de esa relación. Las *Recomendaciones del GAFI* obligan tanto a las instituciones financieras como a las no financieras a adoptar medidas DDC con respecto a sus clientes en determinadas circunstancias como, por ejemplo, cuando establecen una relación de negocios o cuando realizan operaciones ocasionales por importe superior al umbral establecido. Las medidas DDC pueden resultar efectivas para atenuar los riesgos de blanqueo de capitales asociados a los delitos de corrupción, al tiempo que pueden ayudar a investigar y procesar los casos de corrupción. Por otra parte, la obligación relativa a la recopilación de información que contemplan las medidas DDC puede ayudar a las instituciones financieras y APNFD a detectar toda actividad sospechosa potencialmente relacionada con un caso de corrupción y a alertar acerca de dicha actividad. Las obligaciones implícitas en las *Recomendaciones del GAFI* aplicables a las denominadas «Personas Políticamente Expuestas» (PPE) son también una herramienta importante en la detección de la corrupción.

Detección, investigación, enjuiciamiento y decomiso

Las *Recomendaciones del GAFI* exhortan a los países a implementar medidas PBC a nivel interno en cuanto se trata de precizadas y valiosas herramientas para rastrear activos, realizar investigaciones financieras y facilitar el decomiso de las ganancias obtenidas de manera ilícita de delitos subyacentes (incluidos delitos de corrupción y otros delitos conexos). Estas herramientas pueden ser una valiosa aportación en cualquier caso de corrupción, aun cuando no sea posible presentar cargos por delitos relacionados con el blanqueo de capitales.

Cooperación internacional

En la lucha contra la corrupción, los países afectados deben implementar normas y mecanismos eficaces que les permitan proporcionar una amplia asistencia judicial mutua, ejecutar solicitudes de extradición y facilitar la cooperación internacional. En este sentido, las *Recomendaciones del GAFI* instan a los países a poner en marcha mecanismos que faciliten la cooperación y la coordinación a escala internacional de todas las autoridades (responsables políticos, UIF, fuerzas del orden, supervisores y demás autoridades competentes), tanto a nivel político como operativo.

Los mecanismos PBC tienen la capacidad de detectar diversos tipos de estructuras financieras sospechosas tras las que puede perpetrarse el delito de cohecho internacional. En la práctica, pueden detectarse varias clases de flujos financieros de la siguiente forma:

- Examinando qué ha hecho con el dinero el destinatario del soborno, generalmente un funcionario o empleado público, tras haberlo recibido;
- detectando o localizando la operación de pago del soborno, por lo que conviene señalar que los pagos de sobornos dirigidos a funcionarios suelen ocultarse,

debiendo asegurarse ante todo las empresas y los sujetos que efectúan esos pagos de no ser descubiertos, o

- analizando los ingresos de la empresa o sujeto que sobornaron al funcionario público, procedentes de la operación ilícita o práctica corrupta en cuestión, tales como, por ejemplo, el precio de un contrato que no se corresponda con la información que tiene de su cliente la entidad que notifica o denuncia la operación, o la transferencia de fondos de la cuenta bancaria del sobornador recurriendo a estructuras sospechosas (*p.ej.* a través de una sociedad «pantalla»).

Tabla 1. **Casos de cohecho internacional detectados por las UIF**

Estructura financiera detectada	Caso
Transaction related to the bribe	<p>Caso 1 (Bélgica): Transferencias electrónicas a una cuenta bancaria abierta por un funcionario o empleado público responsable de la adjudicación de contratos, de la asignación de subvenciones y ayudas públicas o de la concesión de permisos, autorizaciones y homologaciones.</p> <p>Caso 2 (Bélgica): Transferencias electrónicas para el pago de sobornos seguidas de importantes retiradas de efectivo.</p> <p>Caso 3 (Canadá): Varias transferencias internas de una empresa canadiense efectuadas a su matriz europea. Una parte de esos fondos fue repatriada a Canadá mediante transferencias electrónicas de fondos a otras empresas vinculadas situadas en Canadá.</p> <p>Caso 4 (Francia): Detección de cambios repentinos en los movimientos de una cuenta bancaria privada de un cliente, sin justificación económica, consistentes en la realización de diversas transferencias de 100 000 euros que no tenían explicación alguna a una cuenta privada y desviadas a otros bancos.</p> <p>Caso 5 (Francia): Operaciones societarias sin motivación económica atendiendo al volumen de negocio o margen de explotación habituales: i) una empresa envía 3 millones de dólares estadounidenses a un particular en el país A, con una elevada tasa de corrupción. El sobornador le explica a su banco que está obligado por contrato con su cliente a no facilitar detalles relativos a dicho pago; (ii) otra empresa envía 2,5 millones de dólares estadounidenses a un particular como contraprestación o pago por un falso contrato (no hay rastro del contenido de dicho contrato en las cuentas bancarias de la empresa, en los libros contables ni en las declaraciones aduaneras).</p> <p>Caso 6 (Suiza): El pago de un soborno efectuado desde y no a una cuenta bancaria. Éste fue el caso relacionado con la apertura de una cuenta y realización de operaciones en nombre de una sociedad inmobiliaria situada en el extranjero (X). Los pagos se efectuaron desde esta cuenta con destino a la cuenta de una empresa que opera en el mismo sector y en el mismo país que X. Supuestamente, las transacciones eran el resultado de la adquisición de bienes inmuebles. Sin embargo, las investigaciones llevadas a cabo por el intermediario financiero revelaron que la empresa titular de las cuentas en que se habían recibido las transferencias pertenecía a los familiares de un personaje político que había permitido a X obtener una licencia urbanística contraria a la normativa de ordenación del país en cuestión. El análisis efectuado por la MROS demostró que los contratos de venta de bienes inmuebles se habían falsificado y que los pagos constituían sobornos. El caso se remitió a las autoridades judiciales.</p>
Transacción relacionada con ganancias ilícitas procedentes del pago de sobornos	<p>Caso 1 (Bélgica): Uso de sociedades pantalla y centros extraterritoriales. Los fondos se transfieren por orden de una sociedad pantalla a un centro extraterritorial (es difícil o imposible identificar a los beneficiarios finales de la empresa que ordena la transferencia de fondos).</p>

Caso 2 (**Bélgica**): Inversión de ganancias procedentes del soborno por una PPE extranjera en el sector inmobiliario en la adquisición de acciones o en productos de seguros de vida.

Caso 3 (**Canadá**): Varios funcionarios extranjeros de Oriente Próximo y de África del Norte y sus familias que habían transferido y comprado activos obtenidos de manera ilícita en Canadá adoptaron un plan de acción global para ocultar o encubrir al verdadero beneficiario final.

Caso 4 (**Francia**): Contratos de seguros de vida: un empresario conocido por actuar como intermediario en transacciones internacionales invierte la cantidad de 200 000 euros en una cartera de seguros de vida que se solicita como aval (garantía subsidiaria) para conseguir un préstamo concedido por otro banco al empresario para adquirir una propiedad inmobiliaria. Cuatro meses más tarde, se producía el impago del préstamo y se invocaba la garantía.

Caso 5 (**Suiza**): La MROS tramitó un caso en el que la cuenta bancaria de una empresa extranjera de obras públicas recibió varios pagos importantes, lo que provocó una investigación a fondo de los pagos por parte del banco. El cliente presentó al banco los contratos formalizados por las autoridades del país en el que la empresa desarrollaba su actividad. Esos contratos mostraban que la empresa había sido contratada para construir un gasoducto entre dos ciudades del país en cuestión. Tras consultar las bases de datos disponibles y la información facilitada por la UIF del referido país, la MROS concluyó que los contratos se habían falsificado y que las actividades de construcción relacionadas con los pagos no existían, sino que eran el resultado de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Transacción relacionada con el pago de beneficios recibidos por el destinatario del soborno

Caso 1 (**Suiza**): El cliente extranjero de un banco suizo abrió simultáneamente tres nuevas cuentas con el propósito de recibir fondos relacionados con tres pólizas de seguro de vida contratadas con una aseguradora extranjera. El cliente dijo que los fondos se desviaron de los ahorros procedentes de sus actividades profesionales y de su participación del 40% en una empresa proveedora de equipos y dispositivos de videovigilancia. Un mes después, la esposa del cliente abrió otra cuenta en la que debían recibirse los pagos de fondos relacionados con una nueva póliza de seguro de vida y explicó que esos fondos procedían de sus ingresos y de su participación del 20% en la misma empresa. Las pesquisas y solicitud de información realizadas por la MROS a la UIF del país de origen de los clientes revelaron que los fondos procedían de la celebración de contratos públicos para la instalación de sistemas de videovigilancia en áreas urbanas y que esos contratos habían sido alterados por funcionarios públicos corruptos.

Caso 2 (**Suiza**): La empresa X, que representa a un país europeo en sus relaciones con una empresa pública latinoamericana, informó al intermediario financiero de haber recibido comisiones por dicho servicio. Dos de los pagos efectuados por el país europeo a tales efectos se habían transferido de la cuenta de X a la cuenta de una empresa en el extranjero bajo el pretexto de que este último también había ejercido influencias y desarrollado actividades de presión por cuenta de la empresa latinoamericana. Al no existir un documento concluyente que sustentase esta acusación, el intermediario financiero denunció el caso ante la MROS. Gracias a la información facilitada por la UIF del país en el que se hallaba registrada la empresa extranjera, la MROS tuvo conocimiento de que dicha sociedad era en realidad una empresa privada domiciliada. Por otra parte, la MROS descubrió también el nombre del director de la empresa y determinó que ya había recibido dicha información con motivo de una denuncia precedente por sospechas de corrupción. Dado que el cliente no pudo explicar de forma verosímil las transacciones efectuadas por la empresa extranjera y habida cuenta de que otra persona cercana al cliente era sospechosa de un delito de corrupción, la MROS remitió la denuncia a las autoridades judiciales.

Otras estructuras financieras

Caso 1 (**Suiza**): Dos empresarios extranjeros que trabajaban en el sector de la construcción de viviendas, tenían cada uno una cuenta personal en un determinado banco y tres cuentas a nombre de tres empresas domiciliadas en el extranjero de las que eran copropietarios y beneficiarios finales. El plan de financiación de esas tres empresas suscitó interrogantes. De hecho, dichas empresas tenían cuentas bancarias en distintos países abiertas a su nombre

entre las que circulaban grandes cantidades de dinero sin ningún tipo de justificación económica o comercial. Gracias a la información sobre estas cuentas bancarias que facilitaron a la MROS las UIF de los países afectados, se comprobó que algunas transacciones procedían de o iban dirigidas a empresas extranjeras registradas en jurisdicciones conocidas por albergar a dichas empresas y cuyo beneficiario final era un personaje político de un país europeo. Las transacciones realizadas a estas empresas respondían, en parte, al pago de sobornos que iban dirigidos a dicho personaje político por su ayuda en la adjudicación de contratos públicos en terceros países en los que tenía contactos importantes, y en parte también a los ingresos procedentes de los contratos conseguidos en el propio país del personaje en cuestión con su apoyo e influencia. El caso se remitió a las autoridades judiciales, que iniciaron una investigación.

3. A manos de quién y cómo tiene lugar la detección

Casi todos los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* (el 94%) han aplicado en gran medida el procedimiento preceptivo de identificación de clientes (DDC) y las obligaciones en materia de información a sus respectivos sectores financieros y a las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) –las *entidades informantes* y/o *denunciantes*– en las circunstancias requeridas conforme a las *Recomendaciones del GAFI*. El GAFI admite la importancia de las instituciones financieras (*p.ej.* bancos, sociedades de valores y empresas de envío de dinero) y APNFD (abogados, auditores y proveedores de servicios fiduciarios y societarios o PSFS, entre otros) en la lucha contra el blanqueo de capitales. Para aumentar el nivel de transparencia del sistema financiero, las *Recomendaciones del GAFI* contemplan la obligación de conservar toda información relativa a las relaciones de negocios y transacciones comerciales durante al menos cinco años, al tiempo que obligan a instituciones financieras y no financieras a identificar al beneficiario final de sus clientes. Estas medidas preventivas cobran importancia en la lucha contra cualquier delito económico, pudiendo contribuir su implementación a mejorar la detección del cohecho internacional.

Las medidas de diligencia debida con respecto al cliente (medidas DDC) y demás medidas de carácter preventivo pueden resultar eficaces para atenuar el riesgo de blanqueo de capitales y de perpetración de otros delitos conexos. En particular, las *Recomendaciones del GAFI* exhortan a los países a asegurarse de que las instituciones financieras y las APNFD adopten medidas reforzadas de diligencia debida con el objeto de impedir el uso indebido del sistema financiero a manos de «personas políticamente expuestas» (PPE) y para conseguir detectar dicho abuso cuando éste se produzca.

Cuadro 18. Definición de «persona políticamente expuesta» (PPE)

La expresión «**PPE extranjeras**» designa a las personas físicas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas importantes que les han sido o fueron conferidas por un país extranjero como, por ejemplo, Jefes de Estado o Presidentes de Gobierno, políticos avezados, altos funcionarios gubernamentales, judiciales o militares, altos cargos y directivos de empresas públicas y funcionarios y dirigentes de partidos políticos.

La expresión «**PPE a nivel nacional**» designa a las personas físicas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas importantes como, por ejemplo, Jefes de Estado o Presidentes de Gobierno, políticos avezados, altos funcionarios gubernamentales, judiciales o militares, altos cargos y directivos de empresas públicas y funcionarios y dirigentes de partidos políticos.

Cuando se habla de personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado importantes funciones públicas que les hayan sido o fueran conferidas por una organización internacional, se está haciendo referencia a los altos directivos como, por ejemplo, directores, vicedirectores y

miembros de consejos de administración o en el ejercicio de funciones equivalentes.

La definición de «PPE» no comprende a personas que ocupen puestos de niveles intermedios o inferiores en las categorías anteriores.

Fuente: Recomendaciones del GAFI.

Debido a la posición que ocupan, es sabido que muchas PPE pueden abusar de sus atribuciones y competencias a los efectos de perpetrar delitos de blanqueo de capitales y otros delitos conexos subyacentes o relacionados con la corrupción, tales como el delito de cohecho internacional. El GTC ha constatado que, por lo general, los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* obligan a las instituciones financieras y APNFD a implantar sistemas apropiados de gestión de riesgos para determinar si los clientes o beneficiarios finales son PPE extranjeras, o si se trata de un familiar, allegado o estrecho colaborador de una PPE extranjera. En virtud de las *normas del GAFI*, además de aplicar las típicas medidas DDC de identificación de clientes, las instituciones financieras deberán: obtener previa autorización de la dirección antes de entablar nuevas relaciones de negocios o de mantener las ya existentes; adoptar medidas razonables a fin de determinar el origen del patrimonio y de los fondos de toda PPE, o realizar una supervisión permanente de toda relación de negocios, incluida la adopción de medidas reforzadas de diligencia debida. La adopción de medidas adecuadas en relación con las PPE aumenta las probabilidades de detectar supuestos en los que los funcionarios públicos abusan de sus puestos o de su influencia para obtener beneficios a título privado. Dichas medidas también pueden facilitar la detección de operaciones relacionadas con el pago de sobornos (dirigidos a una PPE o personas allegadas en calidad de destinatarios o beneficiarios de la operación en cuestión) o con la circulación de las ganancias ilícitas (en cuyo caso, la PPE o personas allegadas inician la transacción). En el primer caso, la identificación de tales transacciones puede contribuir a detectar al emisor u ordenante de la transacción, es decir, al sobornador, y, en consecuencia, ayuda a descubrir al sujeto activo del cohecho. En todos los casos, rastrear el flujo de dinero concerniente a una PPE puede ayudar a identificar al oferente del soborno. En Bélgica, se detectó y denunció un caso de cohecho internacional en el que estaba implicada una PPE.

Cuadro 19. Estudio de caso de Bélgica: *El caso de la empresa de electrónica*

Cuatro transferencias internacionales, cuyo importe total excedía de los 2,2 millones de dólares estadounidenses, procedentes de una empresa asiática del sector electrónico se abonaron en una cuenta corriente de un banco belga de la que era titular una empresa centroafricana. La cuenta de esta empresa africana se había abierto para hacer negocios con empresas belgas y europeas. El administrador de la empresa residía en África. Tras estas cuatro transferencias, se sucedieron otras transferencias con destino a Sudáfrica, Chipre y, en menor medida, Francia. Los movimientos registrados en la cuenta eran intrascendentes atendiendo al supuesto carácter o finalidad de la relación empresarial, esto es, el pago a proveedores europeos. Según las denuncias mediáticas, la persona que se identificó a sí mismo como intermediario en este caso había trabajado como asesor para el Ministro de Defensa del país centroafricano en cuestión. Otros artículos disponibles en línea hablaban de programas de desarrollo dirigidos por la empresa surcoreana, que habría pagado sobornos a las fuerzas militares de ese país centroafricano para conseguir la firma de contratos. Los pagos iban dirigidos a una persona que tenía vínculos con el Gobierno africano.

Fuente: Informe de la UIF belga (CTIF-CFI) de junio de 2016, titulado «Casos de corrupción remitidos a las autoridades judiciales: tendencias y tipologías», publicado en francés y neerlandés y disponible en el siguiente enlace: www.ctif-

cfi.be/website/images/FR/typo_ctifcfi/corruption.pdf

El minucioso control y análisis de las operaciones por parte de las instituciones financieras y las APNFD, en algunos casos también gracias al seguimiento de la cobertura mediática, han llevado a destapar casos de corrupción internacional.

Cuadro 20. Estudios de caso de Suiza: *El papel decisivo de los medios de comunicación en la detección de casos de corrupción*

Caso 1. X, un empresario extranjero y beneficiario final de tres empresas domiciliadas, cada una de ellas con su propia cuenta bancaria en la misma entidad, solicitó a su banco que aceptara el abono de una suma considerable de dinero en una de las cuentas. Cuando el intermediario financiero le pidió que justificase la operación, X rehusó hacerlo. Ello motivó al intermediario financiero a emprender una intensa labor de investigación, llegando a localizar algunos artículos de prensa muy recientes que acusaban a X y a una de las tres referidas empresas de estar envueltos en un gran escándalo de corrupción política. De hecho, se decía que X había sido el principal promotor de la creación de una empresa conjunta (*joint venture*) entre un fondo soberano de inversión de su país de origen y una empresa de un tercer país; que la empresa conjunta había recibido cuantiosos préstamos de empresas independientes y que los pagos y amortizaciones de esos préstamos se habían desviado a diferentes personas que eran los beneficiarios finales de las cuentas bancarias objeto de denuncia. Se puso el caso en conocimiento de la MROS, cuyas investigaciones no sólo confirmaron las sospechas del intermediario financiero con respecto al beneficiario final de las cuentas investigadas, sino que también arrojaron luz sobre los sobornos que probablemente recibieran los directores de los fondos soberanos de inversión y destacados dirigentes políticos.

Caso 2. Un banco tuvo conocimiento a raíz de la información publicada en un medio de comunicación que uno de sus clientes, un empresario y exministro de un país sudafricano, era sospechoso de haber aceptado sobornos de una empresa de construcción a cambio de la adjudicación de contratos públicos en su país de origen. Los artículos de prensa mencionaban el nombre de la empresa domiciliada X, cuyo beneficiario final era el citado exministro, y hablaba de la existencia de una cuenta corriente abierta en otro país europeo a nombre de X. Los artículos decían que los sobornos recibidos por la empresa corrupta a cambio de la adjudicación de contratos públicos se habían ingresado en dicha cuenta, así como también en la cuenta abierta en un banco suizo a nombre de la empresa domiciliada Y, cuyo beneficiario final era el ya mencionado exministro. La MROS demostró que se había abonado una suma considerable de dinero en la cuenta en Suiza de Y procedente de la cuenta bancaria de X abierta en el país al que alude la denuncia publicada en ese mismo medio de comunicación.

No obstante, la praxis habitual consiste en ocultar el pago de sobornos dirigidos a funcionarios públicos sirviéndose de intermediarios, por ejemplo, para camuflar transacciones corruptas, o mediante la transferencia de fondos a través de centros financieros. También es frecuente el pago de sobornos a empleados de empresas públicas o empresas controladas por el Estado (considerados funcionarios públicos a los efectos del *Convenio Anticohecho OCDE*), a los que las entidades informantes y/o denunciantes no siempre apuntan como PPE.

La denuncia y/o *comunicación de operaciones sospechosas* (COS) por parte de instituciones financieras y APNFD juega un papel decisivo en la lucha contra el cohecho y el blanqueo de capitales. Dichas denuncias pueden representar la primera señal de alerta de actividad sospechosa por parte de un cliente y constituyen una valiosa fuente de información para los investigadores en la medida en que pueden descubrir la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, pueden dar lugar a investigaciones sobre cohecho internacional y pueden servir de apoyo a las investigaciones financieras en curso. No

obstante, puede que no todos los organismos que efectúan la notificación o denuncia tengan la misma capacidad o potencial para detectar el cohecho internacional, de ahí la importancia de las actividades de capacitación y sensibilización para mejorar y desarrollar las capacidades de todos estos organismos (véase a continuación).

4. Fomento de la detección

Para fomentar la detección de los casos de corrupción por las entidades informantes y/o denunciantes y en el seno de las UIF, han de reunirse al menos tres requisitos previos: i) formulación de una *guía práctica* para el sector privado sobre señales de alerta y tipologías de delitos; ii) implementación de estrategias de retroalimentación, y iii) capacitación específica en la materia.

El personal de las UIF dedicado al análisis de *comunicaciones de operaciones sospechosas* (COS) debe estar lo suficientemente capacitado para saber interpretar los indicadores de cohecho internacional y determinar cuándo puede resultar pertinente una COS a efectos de las investigaciones de casos de corrupción. Las autoridades competentes y las UIF deben considerar la posibilidad de cooperar e interactuar para desarrollar una serie de factores o «señales de alerta» específicos del contexto del país en cuestión, ante los que el personal de las UIF no dude en remitir su análisis y conclusiones a las autoridades competentes. Todas las autoridades pertinentes deberán colaborar con las UIF para asegurarse de que aprovechan al máximo las restantes denuncias e informaciones recabadas, tales como la comunicación de operaciones en efectivo, de transferencias electrónicas o movimientos transfronterizos de efectivo o de títulos negociables al portador, durante las investigaciones de casos de corrupción. Por otra parte, es igualmente esencial desarrollar sistemas informáticos más funcionales en el seno de las UIF para recabar, analizar e intercambiar información.

Guía para el sector privado sobre señales de alerta y tipologías de delitos: Las pruebas recabadas entre los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* muestran que las UIF pueden identificar un número considerable de casos a raíz de las denuncias de operaciones sospechosas que las autoridades competentes de dichos países deben investigar más a fondo, aunque, desafortunadamente, en la mayoría de los países, muy pocas de esas operaciones sospechosas guardarán relación con el cohecho internacional. Por una parte, el problema puede radicar en el hecho de que las entidades que denuncian dichas operaciones no son capaces de identificar adecuadamente las transacciones vinculadas al blanqueo del dinero utilizado para pagar sobornos y de las ganancias ilícitas derivadas del cohecho perpetrado. A este respecto, es preciso contar con una guía práctica sobre señales de alerta y tipologías de blanqueo de capitales que subyacen al delito de cohecho internacional a fin de ilustrar los métodos y tendencias empleados y que, por lo tanto, puede ayudar en cierto modo a la detección de este tipo de delitos. Dicha guía práctica, que puede ser una herramienta de ayuda para que las instituciones financieras y demás entidades informantes consigan detectar operaciones sospechosas que pueden servir de tapadera al delito de cohecho internacional, puede ser elaborada por el sector público o a iniciativa del sector privado (las instituciones financieras más grandes han desarrollado su propio sistema y señales de alerta, desarrollados en algunos países con la ayuda de las autoridades). Pese a que las UIF de la mayoría de los países firmantes ya ofrecen información sobre tipologías de delitos, muy pocas se refieren específicamente al delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Con motivo de la Fase 3, se instó a doce países, o lo que es lo mismo, al 38% de los Estados firmantes del *Convenio*

Anticohecho OCDE, a orientar mejor a las entidades informantes y/o denunciantes actualizando, a modo de ejemplo, las posibles tipologías de blanqueo de capitales en los casos en que subyace un delito de cohecho internacional¹¹⁴. No obstante, algunos de los países firmantes del referido Convenio han desarrollado interesantes herramientas de ayuda a la detección del cohecho internacional en el sector privado.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Fomento de la comunicación sobre tendencias y tipologías	
Bélgica	<p><i>Descripción de los hechos:</i> Durante el período comprendido entre diciembre de 1993 y el 31 de diciembre de 2016, la UIF belga transmitió 147 casos de corrupción a las autoridades judiciales. Más de la mitad de esos casos implicaban a PPE extranjeras, tal como se definen en la legislación belga y en las Recomendaciones del GAFI.</p> <p><i>Actualización de la Guía práctica para entidades informantes:</i> En junio de 2016, la UIF belga publicó una actualización de las tendencias y tipologías de delitos empleadas en la detección de casos de corrupción. Este estudio diferencia entre la nacionalidad del sobornador (funcionario público extranjero, sobornador de nacionalidad belga o sobornador residente en Bélgica), entre el tipo de delitos subyacentes (corrupción de funcionarios públicos o corrupción en el sector privado) y las modalidades y técnicas de blanqueo de capitales empleadas (uso de efectivo o transferencias electrónicas, uso de intermediarios, intermediarios no financieros como abogados, utilización de servicios de banca privada y pagos a través de centros extraterritoriales). El informe de actividad anual también incluye un apartado con estadísticas y estudios de caso sobre el blanqueo de capitales en relación con fondos de origen ilícito.</p>

Un ejemplo de las recientes iniciativas eficaces para reforzar y endurecer la lucha contra los delitos económicos a través de alianzas público-privadas es la Fintel Alliance (www.austrac.gov.au/fintel-alliance-launch), creada por la AUSTRAC, la UIF **australiana**, en marzo de 2017 con tres claros objetivos operativos: i) ayudar a los socios del sector privado a identificar y denunciar operaciones sospechosas más fácilmente; ii) ayudar a las autoridades competentes colaboradoras a detener y procesar a los delincuentes con mayor celeridad, y iii) trabajar estrechamente con el sector académico para mejorar los conocimientos y compartir experiencias. La AUSTRAC elabora también estudios de caso basados en la información facilitada por entidades informantes y UIF extranjeras. La publicación de estudios de caso (www.austrac.gov.au/publications), en particular aquellos basados en la información de las entidades informantes y/o denunciantes, se considera una herramienta importante en cuanto permite ilustrar cómo evalúan la información las UIF, las autoridades competentes, las administraciones tributarias y los organismos de control de las empresas. Las tipologías específicas de corrupción también constituyen una valiosa fuente de información para las entidades denunciantes, ya que les permite detectar las ganancias obtenidas de manera ilícita y el pago de sobornos, operaciones que suelen parecer legítimas a primera vista. Esta información es igualmente relevante en cuanto, con arreglo a las *Recomendaciones del GAFI*, estas entidades están obligadas a interpretar, distinguir, gestionar y reducir al mínimo los riesgos de blanqueo de capitales a los que se enfrentan. Muchas de las UIF que llevan trabajando desde hace años han hecho acopio de una gran cantidad de datos tácticos y operativos. Se puede acceder a las bases de datos de las UIF para realizar un análisis estratégico que permita adquirir conocimientos en materia de corrupción, incluido

¹¹⁴ He aquí los nombres de esos doce países: Brasil, Chile, Estonia, Grecia, Israel, Corea, México, Nueva Zelanda, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Turquía.

el cohecho internacional, para encuadrar mejor el trabajo de una UIF. En este sentido, la UIF puede recabar primero indicios relevantes sobre posibles casos de cohecho internacional procedente de las denuncias y comunicaciones efectuadas por las entidades informantes, de su propia información operativa, de fuentes públicas de información, de bases de datos comerciales o de la información aportada por las autoridades competentes, entre otras.

En primer lugar, puede resultar aconsejable centrarse en un área específica como, por ejemplo, casos de especial relevancia (a partir de un determinado umbral), o casos relacionados con un sector de riesgo concreto (*p.ej.* industria de la defensa, sector farmacéutico o industria extractiva). El resultado de este análisis estratégico puede ser un análisis tipológico (tramas para el blanqueo de ganancias ilícitas que parecen estructurarse de forma similar), un análisis geográfico/regional, un análisis conductual en relación con operaciones utilizadas por un grupo de personas (*p.ej.* cómo generan y utilizan las empresas «fondos de reptiles») y/o un análisis de actividad (*p.ej.* debilidades o riesgos en un sector específico).

Retroalimentación: Si bien las denuncias o *comunicaciones de operaciones sospechosas* (COS) son una valiosa fuente de información de cara a la identificación y rastreo de ganancias procedentes de casos de corrupción, las entidades denunciantes no siempre reciben una *retroalimentación* adecuada sobre la trascendencia y utilidad de las COS. Por lo que respecta a la colaboración con el sector privado, las UIF y las autoridades reguladoras deben estudiar posibles formas de proporcionar retroalimentación, en el marco de la normativa interna aplicable, para mejorar el impacto y ampliar los efectos de las COS en las investigaciones de casos de cohecho. Junto con la existencia de directrices e información sobre la tipología de delitos, la *retroalimentación* facilitada a las entidades informantes y/o denunciantes puede garantizar la aportación de información valiosa a las UIF por medio de las COS. Cuanto más amplia sea la retroalimentación facilitada por las UIF a las entidades informantes, más posibilidades tienen estas últimas de ajustar sus procedimientos de notificación o denuncia, de efectuar comunicaciones más concisas y de detectar un mayor número de operaciones sospechosas pertinentes.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Aportación de retroalimentación a las entidades informantes

Canadá

FINTRAC brinda retroalimentación a todas las entidades informantes de diversas formas, entre las que se incluyen la publicación de directrices en su sitio web, la realización de visitas informativas a las entidades informantes, sesiones de capacitación genéricas y sectoriales y seminarios web, listas de distribución de correo y otra serie de jornadas y eventos públicos en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (PBC/FT). Asimismo, FINTRAC se ocupa de responder a las consultas genéricas recibidas a través de su propia línea directa de atención telefónica, habiendo publicado incluso directrices sobre la interpretación normativa en su sitio web. También ha facilitado retroalimentación específica acerca de la trascendencia y utilidad de las COS a las entidades informantes.

Entre los temas que son objeto de retroalimentación se incluyen errores comunes observados en la comunicación o denuncia efectuadas por dichas entidades, recomendaciones para efectuar COS, indicadores para detectar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, información sobre los datos divulgados por la unidad de inteligencia financiera a las autoridades colaboradoras y tipos de COS recibidas e información que contienen. Adicionalmente, FINTRAC cuenta con un equipo especializado que coopera regularmente con las principales entidades informantes y, entre otras cosas, les proporciona oportunamente orientación normativa

Portugal	e información pertinente.
	<p>La UIF portuguesa proporciona retroalimentación a las entidades informantes. La información se actualiza trimestralmente y se facilita por medio de un formulario estándar que incluye información pormenorizada sobre los avances relativos a cada caso. He aquí los estados en que puede encontrarse la información facilitada:</p> <ul style="list-style-type: none"> • «Objeto de análisis», cuando la información está siendo analizada por la UIF para confirmar o descartar las sospechas; • «Completada», una vez finalizado el análisis. Se trata simplemente de un estatus administrativo, dado que la información puede recuperarse en cualquier momento y utilizarse en posteriores análisis una vez contrastada con la información adicional recibida, y • «Remisión a una investigación», cuando el análisis de la UIF confirma las sospechas a las que apunta la comunicación recibida. En este caso, se aportará información sobre el resultado (Departamento Central de Investigación y Acción Penal, DCIAP/Unidad de Policía Criminal responsable de la investigación/otros Órganos de Policía Criminal, OPC, tales como la administración tributaria). <p>Aparte de esta retroalimentación, todas las entidades informantes y/o denunciantes reciben el informe anual de la UIF con información sectorial (financiera y no financiera); datos estadísticos sobre el número de denuncias de operaciones sospechosas recibidas; el número de COS confirmadas; los delitos subyacentes a las operaciones de blanqueo de capitales detectadas; el número y trascendencia de las propuestas de suspensión/congelación de cuentas bancarias efectuadas a las autoridades judiciales a raíz de los análisis realizados; datos comprobados en relación con la cooperación nacional e internacional; actividades de capacitación/sensibilización desarrolladas y análisis de estudios de caso sobre tipologías de blanqueo de capitales. La UIF se reúne dos veces al año con las entidades informantes. La última reunión tenía por objeto compartir buenas prácticas y fomentar la cooperación y asistencia mutuas entre estas entidades, los órganos de control e inspección y la UIF. Adicionalmente y cuando se requiere, la UIF participa en actividades de capacitación para las entidades informantes.</p> <p><i>Fuente:</i> Informe de seguimiento de la Fase 3, de noviembre de 2015.</p>

En la actualidad, el volumen de información (*retroalimentación*) proporcionado parece inadecuado en algunos de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* evaluados. Durante el proceso de evaluación correspondiente a la Fase 3, se solicitó a tres países (Israel, Portugal y Sudáfrica) que mejorasen la retroalimentación facilitada a las entidades informantes con el fin de mejorar la calidad de las denuncias relacionadas con casos de cohecho internacional. Únicamente Portugal adoptó las medidas necesarias para mejorar dicha retroalimentación.

Capacitación: Es importante que las autoridades competentes sean plenamente conscientes de la importancia de que las entidades informantes cuenten con personal lo suficientemente capacitado con el fin de poder detectar toda actividad sospechosa que guarde relación con el cohecho internacional. Las UIF deben ayudar en todo este proceso, por ejemplo, proporcionando formación sobre señales de alerta/indicadores de la existencia de cohecho internacional como hemos visto anteriormente (véanse, en particular, los ejemplos francés y suizo) y publicando una guía práctica relativa a la implementación de las obligaciones reforzadas en materia de información sobre riesgos/PPE (*p.ej.* muestra de bases de datos y/o indicadores de riesgos de corrupción). En **Polonia**, por ejemplo, las publicaciones pertinentes del GAFI (incluidas las relacionadas con la detección de *personas políticamente expuestas* o PPE) se traducen y publican como forma de proporcionar orientación a las entidades informantes y/o denunciantes. Las UIF de **Bulgaria** y **Argentina** también imparten sesiones de capacitación a las entidades informantes y publican informes anuales que brindan información sobre tendencias y tipologías de delitos. En 2015, AUSTRAC (la UIF

australiana) elaboró un informe de análisis estratégico que proporciona información sobre métodos de blanqueo de capitales, riesgos e indicadores asociados a las PPE y al blanqueo de capitales en relación con las ganancias ilícitas procedentes, entre otros delitos, del cohecho internacional¹¹⁵. FINTRAC (la UIF **canadiense**) ha llevado a cabo actividades de sensibilización y capacitación para entidades informantes de sectores sujetos a obligaciones de información en relación con las PPE (tanto nacionales como extranjeras) y los dirigentes de organizaciones internacionales. FINTRAC ha celebrado encuentros con estos sectores por videoconferencia para presentar una guía práctica y analizar algunos aspectos prácticos de sus obligaciones durante los que las entidades informantes y/o denunciantes tuvieron la oportunidad de plantear preguntas y obtener respuestas en lo concerniente a sus obligaciones. FINTRAC también organiza presentaciones periódicas sobre las PPE y los dirigentes de organizaciones internacionales con motivo de la celebración de diversos foros y conferencias.

5. The need for national multi-agency cooperation

Es crucial que todas las partes interesadas, entre las que se incluyen las UIF y demás autoridades competentes, los organismos de control pertinentes y el sector privado, se comprometan a cooperar en la lucha contra el cohecho internacional y a intercambiar información de manera efectiva para poder detectar, en la práctica, el cohecho internacional.

Cuadro 21. Estudio de caso de Canadá: *La labor de asistencia de las UIF a los investigadores en su lucha contra la corrupción*

Se informó a los funcionarios de las autoridades competentes canadienses acerca de la posibilidad de que los activos adquiridos por funcionarios públicos extranjeros presuntamente corruptos hubieran sido transferidos a Canadá. El país de residencia de los funcionarios en cuestión solicitó a Canadá que identificara e incautara todos los bienes que los funcionarios extranjeros, sus familiares o allegados (en adelante, «sujetos») hubieran transferido a Canadá. La información facilitada por el país solicitante era de un nivel relativamente alto dada su naturaleza, lo que dio lugar a la necesidad de realizar una investigación interna exhaustiva para determinar: 1) la ubicación de los activos/bienes; 2) a qué nombre se encontraban registrados dichos activos/bienes, y 3) si los beneficiarios a cuyo nombre estaban registrados eran, en la práctica, los auténticos beneficiarios finales, probablemente el aspecto más difícil de determinar. La información financiera facilitada por FINTRAC, la UIF canadiense, ayudó a identificar a las instituciones financieras de las que se sirvieron supuestamente los sujetos, así como una serie de registros financieros y transacciones inmobiliarias potencialmente de interés para la solicitud. En base a éstas y otras informaciones, se dictó una orden de exhibición de documentos probatorios que instaba a las instituciones financieras que se creía utilizaban los sujetos en cuestión a presentarles a los funcionarios de las autoridades competentes la documentación pertinente a tal efecto. Como resultado de la coordinación entre instituciones homólogas a nivel interno en respuesta a la solicitud del país extranjero, se descubrieron pruebas (numerosas cuentas bancarias y participaciones financieras en diversas cuentas abiertas en bancos extranjeros y extraterritoriales) que apuntaban a que los activos, incluida una propiedad en Canadá, habían sido adquiridos por los funcionarios extranjeros corruptos y transferidos al extranjero o registrados en el extranjero, en otras jurisdicciones, a nombre de otras personas.

Dada la recepción de COS y otras informaciones, las UIF actúan como un depositario de información esencial que es fundamental para ayudar a las autoridades competentes a iniciar o intensificar las investigaciones relativas a casos de corrupción. La información aportada por las entidades denunciantes puede ampliarse si las UIF tienen acceso a bases

¹¹⁵ Vid. www.austrac.gov.au/sites/default/files/sa-brief-peps.pdf.

de datos, ya estén gestionadas a manos de empresas del sector privado o por organismos de la administración pública (administraciones tributarias, aduanas o la policía, entre otros), para desempeñar sus principales funciones, especialmente el análisis operativo de las COS y datos conexos. Las UIF se encuentran en una posición privilegiada para ayudar a los investigadores de casos de corrupción en el ámbito de las investigaciones financieras.

Cuadro 22. Estudio de caso de Estados Unidos: *VimpelCom* (2016)

En el caso *VimpelCom*, las autoridades estadounidenses comunicaron que el examen efectuado por FINCEN de los informes financieros había ayudado a detectar pagos sospechosos. A raíz de la denuncia efectuada, se inició una investigación.

Para aumentar la utilidad de la información facilitada por las UIF a las autoridades competentes encargadas de investigar los casos de cohecho y corrupción, el flujo de la información debe ser tanto «ascendente» como «descendente». Naturalmente, las UIF deben remitir información y otras pruebas financieras sobre los posibles delitos de blanqueo de capitales vinculados con o subyacentes al delito de cohecho. No obstante, es igualmente indispensable que las autoridades competentes proporcionen retroalimentación a las UIF acerca de los resultados a los que conduce la información facilitada por estas últimas. Esto permite mejorar cada vez más la calidad y cantidad de la información intercambiada. Si se comparte dicha información con las UIF, éstas podrán incorporar la información relativa a posibles delitos de corrupción en sus bases de datos y utilizarla eventualmente para realizar análisis operativos y estratégicos. A su vez, dichos análisis por parte de las UIF pueden ayudar significativamente en las investigaciones de corrupción en curso o futuras. Por otra parte, también deberá informarse a las UIF (como establecen las *Normas del GAFI*) del resultado de las investigaciones o enjuiciamientos que tengan su origen en COS efectuadas por las UIF. Esto no sólo ayuda a concienciarse de la gran importancia de las UIF en el marco de la lucha contra el cohecho, sino que brinda la excelente oportunidad de identificar formas de mejorar los intercambios de información en casos futuros, al tiempo que contribuye a utilizar la información recabada por las UIF de manera sistemática y más eficaz en los casos de cohecho. Por último, esto también plantea la importancia del acceso por parte de las UIF a los datos en poder de las autoridades competentes, incluidas las bases de datos (impidiendo así que se verifiquen situaciones en las que las UIF examinan casos ya cerrados por las autoridades competentes).

Las UIF cuentan con procedimientos para la divulgación y suministro de información a las autoridades pertinentes a nivel interno. Conviene fomentar la implantación de mecanismos de coordinación y cooperación nacional en materia de prevención del blanqueo de capitales (PBC) que resulten acordes con las *Normas del GAFI*. Muchos países han creado comités permanentes u organismos interinstitucionales con esta finalidad. A modo de ejemplo, **Países Bajos** ha adoptado un interesante enfoque interinstitucional.

Cabe destacar las experiencias de otros países en este ámbito. En el **Reino Unido**, por ejemplo, la UIF está dirigida por una unidad de policía nacional para el crimen organizado e internacional. En **Suecia**, la UIF depende de la policía. Muchas UIF, incluidas la UIF **francesa** y **estadounidense**, cuentan con funcionarios de enlace que trabajan para administraciones tributarias u otras autoridades competentes. Esta medida

ha hecho que la cooperación sea una parte fundamental del trabajo de cada día, ha acelerado los procesos y reducido la carga administrativa. En muchos países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, las UIF tienen acuerdos de intercambio de información con las autoridades competentes. En **Austria**, por ejemplo, la UIF ha suscrito un acuerdo de esta índole con la Oficina Federal de Prevención y Lucha contra la Corrupción (BAK), el Organismo Federal Austríaco de Protección del Estado y Lucha contra el Terrorismo (BVT) y el Ministerio de Finanzas. En **Polonia**, los programas intensivos de capacitación agrupan y se dirigen tanto a las UIF como a las restantes autoridades competentes. A pesar de tales acuerdos, muy pocas UIF reciben retroalimentación sobre las denuncias y comunicaciones que remiten a las autoridades competentes en relación con casos de corrupción. Con motivo de las evaluaciones enmarcadas en la Fase 3, el GTC incitaba a facilitar dicha retroalimentación en cuatro de sus informes. En **Suiza**, la legislación prevé el intercambio de información entre la UIF y los órganos de control, al tiempo que otorga a la MROS acceso a efectos de análisis a toda información en poder de las autoridades federales o locales. Los fiscales tienen la obligación legal de proporcionar retroalimentación a la MROS sobre los casos que tienen su origen en denuncias o comunicaciones de la UIF, notificando tempestivamente a la UIF toda investigación relativa al blanqueo de capitales, crimen organizado o financiación del terrorismo, con independencia de si el caso tiene o no origen en una denuncia de la UIF. La colaboración con los fiscales tiene lugar materialmente a través de contactos diarios y encuentros bilaterales, en su caso. Por último, la colaboración entre las diversas autoridades responsables de luchar contra los delitos económicos y la corrupción se reforzó y consolidó, en 2013, con la creación del Grupo de Coordinación Interdepartamental de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (GCBF). Esta plataforma permite, entre otras cosas, la colaboración entre las distintas autoridades para la elaboración de informes conjuntos de análisis de riesgos, estando uno de ellos, concretamente el relacionado con casos de corrupción, en fase de elaboración. En **Francia**, TRACFIN cuenta con una división de apoyo jurídico y judicial encabezada por dos magistrados que garantizan un diálogo constante y fluido con el Ministerio de Justicia y con los fiscales que llevan a cabo investigaciones basadas en las comunicaciones y denuncias efectuadas por TRACFIN.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Cooperación interinstitucional	
Países Bajos	<p>La UIF de los Países Bajos (MOT) opera como un órgano autónomo e independiente bajo el mandato directo del Ministro de Seguridad y Justicia neerlandés. Sus procesos principales cuentan con el apoyo y ayuda de la Policía Nacional belga, que proporciona a la MOT acceso directo a las bases de datos de las fuerzas del orden, de brigadas nacionales y regionales de lucha contra la delincuencia y de los servicios de inteligencia. Por otra parte, la MOT colabora estrechamente con el Centro de Prevención del Blanqueo de Capitales del FIOD (Servicio neerlandés de Inteligencia e Inspecciones Tributarias) a través de funcionarios de enlace que suministran todos los datos fiscales solicitados y conocimientos técnicos en materia tributaria. Tanto las instalaciones de la Policía Nacional neerlandesa como las del FIOD permiten a la MOT llevar a cabo las funciones que tiene encomendadas. Específicamente en temas prioritarios como la financiación del terrorismo, corrupción, fraude, sistemas bancarios clandestinos, activos de origen delictivo, facilitadores financieros y delitos conexos tales como drogas y trata de seres humanos, entre otros, la MOT coopera estrechamente con los servicios de inteligencia y demás autoridades competentes para aportar información financiera de gran valor. La MOT desarrolla constantemente métodos de análisis estratégico y técnico de alto nivel que permitan detectar señales de alerta en sus bases de datos de operaciones inusuales o poco comunes relacionadas con las actividades ilícitas antes mencionadas. Para perfeccionar este método de trabajo, la MOT remite notas informativas sobre indicadores y señales de alerta a las entidades informantes. La MOT forma parte del Centro de Inteligencia Financiera (FEC), que proporciona conocimientos técnicos especializados sobre diversos temas a varios grupos de trabajo interdisciplinarios con el fin de aumentar la integridad del sector financiero y las infraestructuras en los Países Bajos. En 2013, se cotejó la base de datos <i>Infobox Criminal and Inexplicable Assets</i> (iCOV), un listado de activos de origen delictivo e inexplicable, con los expedientes sobre operaciones sospechosas de la MOT en busca de coincidencias. El objetivo es facilitar el intercambio y la disponibilidad de datos económicos entre los distintos organismos interesados.</p>

6. La función primordial de la cooperación internacional

Se puede lograr combatir el cohecho internacional con mayor éxito optando por un enfoque integral multilateral, que tenga en cuenta los aspectos del delito relacionados con el blanqueo de capitales. Por lo general, en casos importantes de corrupción y cohecho, el lugar en que se perpetra el delito subyacente (cohecho u otro delito de corrupción) difiere de aquel en que tiene lugar el blanqueo de las ganancias obtenidas de manera ilícita. El mero hecho de comprobar las bases de datos nacionales no necesariamente dará lugar a ningún resultado, dependiendo, en este caso, la UIF en cuestión de la información recabada en el extranjero.

Dado que el blanqueo de capitales es un problema de alcance mundial, es fundamental que haya comunicación entre los países para aumentar la efectividad de las medidas PBC. Está generalmente admitido que la falta de intercambio efectivo de información entre países puede obstaculizar las investigaciones, principalmente por lo que respecta a delitos internacionales como el cohecho internacional, por ejemplo. Los funcionarios corruptos tratan de sacar las ganancias obtenidas de manera ilícita fuera del país en que se ha perpetrado el delito de corrupción a la mayor brevedad para evitar su detección. Los sobornadores generan un complejo entramado de cohecho interponiendo varias jurisdicciones para distanciarse de la transacción y del destinatario del soborno. Una mejor comunicación entre las jurisdicciones afectadas puede aumentar las probabilidades de detectar el cohecho internacional y de recuperar las ganancias ilícitas procedentes de delitos de corrupción y cohecho.

El intercambio de información entre UIF, sin obstáculos indebidos y en consonancia con los *Principios para el Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo* del Grupo Egmont¹¹⁶ y con las *Normas del GAFI*, es un requisito previo esencial para que las UIF puedan ayudar en la lucha mundial contra la corrupción y contra el cohecho internacional. El número de intercambios efectuados ha registrado un aumento considerable en los últimos años¹¹⁷. Dichos intercambios son únicamente posibles si las UIF gozan de la independencia operativa adecuada y siempre que no se enfrenten a presiones indebidas en el desempeño de sus respectivos mandatos. Para que las UIF puedan ayudar a prevenir y luchar contra la corrupción, deben tener acceso a la información nacional pertinente (incluida la policial y la judicial), deben estar autorizadas a intercambiar información con las autoridades homólogas extranjeras y, a su vez, deben contar con la autorización de estas últimas para utilizar la información en sus propias investigaciones y procesos judiciales.

Los mecanismos de cooperación entre las UIF presentan una ventaja frente a los mecanismos oficiales de asistencia jurídica mutua en el ámbito penal en términos de eficacia y celeridad. Si bien los datos recabados, analizados e intercambiados pueden no utilizarse necesariamente como pruebas para demostrar el delito subyacente, tienen el potencial de ayudar a localizar y congelar las eventuales ganancias derivadas del cohecho y de preparar el terreno para la cooperación formal correspondiente no sólo entre los organismos públicos pertinentes, sino también entre jurisdicciones. Ambos métodos, el oficial y el oficioso, se complementan entre sí. Desde el punto de vista de la cooperación internacional, las UIF pueden servir de «puente» al actuar en nombre y por cuenta de las autoridades competentes y obtener información de otra jurisdicción gracias a la cooperación entre UIF.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Cooperación entre UIF	
Australia	AUSTRAC, la UIF australiana, ha suscrito acuerdos de intercambio de información con más de 80 países y recibe periódicamente a representantes de instituciones gubernamentales extranjeras, incluidas autoridades competentes y administraciones tributarias. AUSTRAC también ha enviado funcionarios a otros organismos (a nivel tanto nacional como internacional), tales como la UIF de Indonesia, para consolidar la cooperación y el intercambio de información financiera. Dichos mecanismos pueden ayudar a poner al descubierto casos de cohecho internacional (AUSTRAC).
Finlandia	Tres de las denuncias de Finlandia han sido remitidas a la UIF por sus homólogas extranjeras (Informe de la Fase 4 correspondiente a Finlandia, 2017).
Suiza	En 2016, la MROS solicitó la cooperación de sus homólogas extranjeras en 146 de los 633 casos de sospecha de cohecho de funcionarios públicos extranjeros que estaba analizando. Se facilitó información en aproximadamente el 70% de esos casos, que dieron lugar a actuaciones penales (MROS).

¹¹⁶ Vid. www.apml.gov.rs/REPOSITORY/422_5-princ_info_exchange%5b1%5d.pdf.

¹¹⁷ A modo de ejemplo, esta tendencia se confirma en la Unión Europea, tal y como pone de manifiesto el informe de 2017 elaborado por Europol antes mencionado.

Conclusión

La existencia de sistemas eficaces para la prevención del blanqueo de capitales (PBC) puede impedir que los autores de delitos de cohecho internacional consigan usufruir de las ganancias obtenidas ilícitamente, o llegar a impedir incluso el blanqueo del dinero utilizado para pagar el soborno. Las UIF son un elemento fundamental en el marco PBC, especialmente en la fase de acopio o recogida de pruebas, en la que las UIF actúan de nexo entre el sector privado y las autoridades competentes. En términos más generales, las UIF pueden aportar un valor añadido a los esfuerzos anticorrupción globales y multilaterales gracias a sus funciones de análisis, a sus competencias y recursos para intercambiar información tanto a nivel nacional como internacional y al papel que desempeñan en la toma de contacto y a la hora de proporcionar orientación al sector privado.

El aumento de las capacidades y competencias de las UIF para detectar el cohecho internacional precisa de un esfuerzo común e integral de todas las partes afectadas. La existencia de alianzas consolidadas y eficaces con el sector privado es un elemento clave para mejorar y aumentar la detección de flujos financieros sospechosos subyacentes al delito de cohecho. Aparte de una adecuada sensibilización y capacitación sobre las complejidades particulares del delito de cohecho internacional, las UIF deben contar con los medios necesarios para desarrollar habilidades analíticas, así como disponer de recursos económicos, humanos y técnicos suficientes. El acceso, por parte de las UIF, a datos relevantes en manos de las autoridades competentes correspondientes es otro de los elementos clave e indispensables para el éxito de la detección, al tiempo que garantiza que las normas sobre protección de datos se preservan debidamente¹¹⁸. Este capítulo muestra el potencial no sólo de una mejor detección y más sistemática del cohecho internacional por las UIF, sino también la necesidad de concienciar a las UIF de que el cohecho internacional es un fenómeno delictivo y del papel que pueden desempeñar activamente en la lucha contra este delito. El intercambio de buenas prácticas también debe seguir siendo una prioridad, incluso al margen de la pertenencia al GTC. El trabajo y la colaboración adicionales con el Grupo Egmont y con el GAFI pueden ayudar a seguir examinando activamente esta importante cuestión y aunar esfuerzos en la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales de manera más eficaz.

¹¹⁸ La importancia de esta cuestión se pone de manifiesto en el informe de 2017 elaborado por Europol.

Capítulo 7

Otros organismos públicos

Introducción

Aparte de las administraciones tributarias o de las UIF (a las que aluden los Capítulos 5 y 6), existen otros tantos organismos públicos que pueden desempeñar un papel en la detección del cohecho internacional. Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a los organismos que interactúan, de diversas formas, con las empresas que operan en el exterior, ya sea prestando apoyo a las iniciativas de exportación o inversión, o en su condición de autoridades reguladoras.

Éste es el caso, por ejemplo, de los organismos reguladores de valores y los organismos anticorrupción. Ello se debe a que las grandes empresas que cotizan en el extranjero son supervisadas por los reguladores de valores, en ocasiones en más de una jurisdicción. Las empresas cotizadas tienen que cumplir estrictas obligaciones en materia de información, entre ellas la de denunciar las irregularidades empresariales de las que tengan conocimiento, tales como el cohecho internacional. De hecho, en noviembre de 2016, la compañía minera Rio Tinto, cotizada en los mercados de valores británico y australiano, presentó una denuncia interna voluntaria ante las autoridades competentes de Estados Unidos, Reino Unido y Australia por un presunto delito de cohecho internacional atinente a los pagos contractuales efectuados a un consultor que prestaba servicios de asesoramiento en la República de Guinea¹¹⁹. Por su parte, la Comisión australiana de Valores e Inversiones (ASIC, por sus siglas en inglés) remitió el caso a la Policía Federal australiana con arreglo a un memorando de entendimiento firmado por ambos órganos para intercambiar información sobre investigaciones por delitos de cohecho internacional.

Los organismos anticorrupción, dependiendo de su estructura y misión, también pueden descubrir casos de cohecho en el ejercicio de su labor de prevención. Un buen ejemplo de ello sería la recientemente creada Agencia francesa Anticorrupción (AFA, por sus siglas en francés). Uno de los cometidos de dicha agencia es determinar si las empresas francesas tienen instaurados sistemas de cumplimiento corporativo adecuados para prevenir y detectar el cohecho. En el supuesto de que los funcionarios de la AFA detecten hechos constitutivos de un delito de cohecho internacional, el Director de la AFA deberá remitir el caso a las autoridades competentes. Dado que esta agencia fue creada en marzo de 2017, todavía no ha sido posible comprobar, a la vista de sus actividades, qué alcance tendrán sus competencias en materia de detección de los delitos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros.

¹¹⁹ Vid. www.riotinto.com/media/media-releases-237_20002.aspx.

El Grupo de Trabajo sobre Cohecho (GTC) de la OCDE analiza, en particular, la función que desempeñan en la lucha contra el cohecho internacional tanto las representaciones en el extranjero como las agencias de crédito a la exportación y ayuda al desarrollo, con arreglo a lo previsto en la *Recomendación para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* (en adelante, «Recomendación Anticohecho de 2009»), la *Recomendación del Consejo de la OCDE de 2006 sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación* (en lo sucesivo, «Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006») y la *Recomendación del Consejo de la OCDE de 2016 para los Agentes de Cooperación al Desarrollo sobre la Gestión del Riesgo de Corrupción* (o «Recomendación de 2016»). Así pues, este capítulo se centra en el papel que desempeñan estos organismos. Aborda asimismo su interacción con las autoridades de defensa de la competencia, dado el interés que este tema ha cobrado recientemente a la estela de varios casos de cohecho internacional en los que también se presentaron vulneraciones del Derecho de la competencia y viceversa.

1. Representaciones en el extranjero

1.1. Función de las representaciones en el extranjero

Las misiones diplomáticas en el extranjero desempeñan una función estratégica en la detección y denuncia del cohecho internacional. Conforme a la *Recomendación Anticohecho de 2009*, los países firmantes deben garantizar «que existan medidas adecuadas para facilitar la denuncia por parte de servidores públicos, en especial de los comisionados en el exterior —directa o indirectamente mediante un mecanismo interno— a las autoridades competentes de presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales que hayan descubierto en el transcurso de su trabajo, conforme a sus principios jurídicos».

Los funcionarios destinados en el extranjero se encuentran en una situación favorable para denunciar el cohecho internacional ante las autoridades competentes de su país de origen. Ello se debe a su conocimiento de las oportunidades empresariales existentes en los países anfitriones y a su familiaridad con el entorno local, incluidos los medios de comunicación locales. En efecto, a menudo se denuncian presuntos casos de cohecho en los medios de los países extranjeros en los que supuestamente se efectuó el pago del soborno, y no ya en los medios del país de procedencia de los presuntos sobornadores. Por otra parte, el personal diplomático tiene que compatibilizar el deber de defensa del interés público consistente en denunciar los delitos cometidos por los ciudadanos de su país con la función de apoyo a las empresas nacionales que operan en el extranjero.

Hasta la fecha, ocho países firmantes —Argentina, Australia, Dinamarca, Finlandia, Letonia, España, Reino Unido y Estados Unidos— han detectado casos de cohecho internacional por medio de sus representaciones diplomáticas en el extranjero. A la luz de estas positivas experiencias de países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, el presente capítulo pretende ilustrar cómo reproducir y trasladar dichas experiencias a otros países.

1.2. Denuncia del delito de cohecho internacional por las representaciones en el extranjero

La denuncia ante las autoridades competentes se ve facilitada cuando existen una clara obligación al respecto y unos canales de denuncia idóneos para que los funcionarios

públicos en el extranjero denuncien ante las sospechas fundadas de la comisión de un delito de cohecho. En al menos dieciséis de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, la denuncia se cursa a través de canales internacionales y no directamente ante los funcionarios de las autoridades competentes, pudiendo ponerse en conocimiento de los superiores jerárquicos o bien de departamentos específicos de los Ministerios de Asuntos Exteriores (MAE) correspondientes, incluido el de servicios jurídicos¹²⁰.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Procedimiento de denuncia para funcionarios del MAE destinados en el extranjero	
Países Bajos	<p>Con arreglo al Código de Conducta en materia de cohecho internacional del MAE neerlandés, los funcionarios de la embajada han de transmitir información sobre los presuntos actos de cohecho internacional a la Oficina de Integridad adscrita al Departamento de Asuntos Financieros y Económicos del MAE, que informa a su vez al director regional pertinente y al Departamento de Asuntos Consulares. A continuación, el director regional decide si la información es suficiente para transmitirla al Ministerio de Justicia, que a su vez la trasladará a las autoridades competentes. Se considerará que los funcionarios del MAE que incumplan sus obligaciones en materia de información estarán vulnerando sus deberes y serán objeto de medidas disciplinarias.</p> <p>En 2015, una embajada denunció el intento de un ciudadano neerlandés (trabajador de una ONG) de sobornar a un funcionario en el extranjero. En ese caso, un funcionario comunicó a la embajada neerlandesa que una ONG de su país había intentado sobornar a un funcionario público. Ese caso fue denunciado ante la Fiscalía Nacional Anticorrupción de los Países Bajos.</p> <p><i>Fuente:</i> Párrafo 147 del Informe de la Fase 3 correspondiente a los Países Bajos.</p>
Nueva Zelanda	<p>El Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio (MAEC), en respuesta a las recomendaciones formuladas por el GTC, estableció procedimientos de denuncia en las instrucciones consulares para los funcionarios del MAEC destinados en embajadas. Las denuncias deben presentarse ante el Departamento de servicios jurídicos del MAEC, que remite todas las sospechas de la comisión del delito de cohecho internacional a la Fiscalía de Delitos Económicos Graves de Nueva Zelanda. Antes de su nombramiento, todos los Jefes de Misión reciben instrucciones orales y escritas sobre dichas obligaciones de denuncia, habiéndose habilitado líneas telefónicas directas a estos efectos.</p> <p><i>Fuente:</i> Párrafo 132 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Nueva Zelanda.</p>

Si bien es legítimo articular el procedimiento de denuncia a través de canales internos, ello no debe ocasionar demoras innecesarias que pongan en entredicho la eficacia de las autoridades competentes. En Argentina, por ejemplo, las denuncias deben dirigirse primero al Jefe de Misión y después a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, que a su vez da traslado del caso al fiscal. Sin embargo, el único caso de

¹²⁰ Alemania, Argentina, Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Chile, Dinamarca, España, Israel, Japón, Nueva Zelanda, Países Bajos y Portugal.

cohecho internacional detectado directamente por el MAE gracias a los medios de comunicación extranjeros tardó cinco meses en llegar a conocimiento de la fiscalía¹²¹.

1.3. Actividades de sensibilización y capacitación de las representaciones en el extranjero

Los funcionarios destinados en el extranjero deben recibir unas instrucciones específicas y adecuadas en relación con el delito de cohecho internacional, que prevean sus funciones a la hora de denunciarlo ante las autoridades competentes y los procedimientos de denuncia. Para detectar y denunciar eficazmente un presunto caso de cohecho internacional, puede resultar especialmente útil realizar un seguimiento activo de los medios de comunicación. Una vez destinados en el extranjero, deberán adoptarse medidas que les recuerden a estos funcionarios sus obligaciones en materia de información y su deber de denuncia. En 23 países pertenecientes al GTC, se han elaborado circulares para recordarles a los funcionarios del MAE destinados en el extranjero su deber de denunciar el cohecho internacional¹²².

¹²¹ Párrafo 205 del Informe de la Fase 3 *bis* correspondiente a Argentina.

¹²² Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suiza y Turquía. Esta lista se basa en la información de los informes de evaluación por países correspondientes a las Fases 2 y 3 del GTC.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Actividades de capacitación dirigidas a funcionarios del MAE destinados en el extranjero	
Canadá	La Dirección de Asuntos Jurídicos y la Real Policía Montada de Canadá (RPMC) imparten a los funcionarios del MAE destinados en el extranjero cursos de formación sobre los procedimientos de denuncia de las sospechas de la comisión de delitos de cohecho internacional y medidas anticorrupción previamente a su traslado.
Israel	A los funcionarios del MAE en el extranjero se les informa sobre el delito de cohecho internacional y se les recuerda su deber de denunciarlo, antes de ser trasladados al extranjero y posteriormente, con carácter anual, por medio de una circular. En 2017, se actualizó la circular exhortando a los funcionarios del MAE a informar a la sede central de cualesquiera comunicaciones públicas, incluidas noticias de prensa u otra información de carácter público, en su país de destino acerca de presuntos casos de cohecho y corrupción que afectasen tanto a personas jurídicas como a ciudadanos israelíes, programándose sesiones de formación a este respecto.
Países Bajos	El Código de Conducta en materia de cohecho internacional del MAE neerlandés incluye un Anexo dedicado específicamente al cohecho internacional y asesora a los funcionarios diplomáticos sobre qué actuaciones deben llevar a cabo ante la sospecha de la comisión del delito de cohecho internacional, al tiempo que incluye directrices precisas para denunciar el cohecho internacional. A este respecto, el Código de Conducta establece expresamente que los artículos periodísticos o la información de ONG locales bien organizadas revisten interés para las autoridades competentes. Todo ello viene a complementarse con un sitio web concebido para proporcionar otras herramientas específicas a los funcionarios de embajadas.
Reino Unido	El Ministerio de Asuntos Exteriores y del Commonwealth del Reino Unido ha diseñado un conjunto de herramientas a disposición de todo el personal en el extranjero, a fin de informar y asesorar sobre las obligaciones impuestas por la <i>Ley Anticorrupción</i> . La Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO) creó un canal específico para que el personal de embajadas y consulados pudiera denunciar presuntos actos de cohecho cometidos por ciudadanos, empresas u otras personas jurídicas del Reino Unido. Como consecuencia de estas iniciativas, el 75% de las 30 denuncias de cohecho y corrupción presentadas por organismos públicos ante la SFO desde 2013 procedieron del Ministerio británico de Asuntos Exteriores y del Commonwealth.

1.4. *Cómo detectar el cohecho internacional*

Hasta la fecha, ocho países firmantes del Convenio Anticohecho OCDE –Australia, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Letonia, Reino Unido y Estados Unidos– han detectado casos de cohecho internacional por medio de sus representaciones diplomáticas en el extranjero¹²³. El **Reino Unido** constituye un buen ejemplo de éxito de denuncias presentadas por funcionarios destinados en el extranjero: sus misiones diplomáticas

¹²³ Esta cifra no incluye los presuntos casos de cohecho internacional remitidos por funcionarios destinados en el extranjero de los que ya tenían conocimiento las autoridades competentes y cuyas investigaciones ya se habían iniciado. En Brasil, por ejemplo, en noviembre de 2013, las representaciones brasileñas en el extranjero remitieron un caso de cohecho internacional, dos años después de que el país extranjero iniciara una investigación ampliamente publicitada y después de que la propia empresa revelase que estaba siendo investigada.

habían efectuado 49 denuncias de presuntos casos de cohecho internacional coincidiendo con la realización por el GTC, en 2012, del informe de evaluación correspondiente. La efectividad de estos esfuerzos queda patente, en concreto, en el caso Messent, en el que este medio de detección dio lugar a la imposición de una condena por cohecho internacional.

Cuadro 23. Estudio de caso del Reino Unido: *El caso Messent (2010)*

En agosto de 2006, la SFO y la Policía Metropolitana de Londres iniciaron una investigación conjunta contra Julian Messent, administrador de PWS International Ltd (en adelante, «PWS»), una compañía aseguradora con sede en Londres, por el pago de sobornos por un importe aproximado de 2 millones de dólares estadounidenses a funcionarios costarricenses del Instituto Nacional de Seguros (INS), la compañía estatal de seguros, y del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), proveedor nacional de energía eléctrica y telecomunicaciones. Los sobornos iban dirigidos a funcionarios costarricenses, a sus esposas y empresas asociadas y tenían la consideración de incentivos o gratificaciones por facilitar el nombramiento o mantenimiento de PWS International Ltd como corredor de la lucrativa póliza de reaseguro del INS.

Tras las elecciones costarricenses celebradas en 2002, ciertos altos cargos de la compañía estatal de seguros y de la compañía nacional de energía eléctrica y telecomunicaciones fueron sustituidos. Tras las indagaciones realizadas sobre el contrato celebrado con PWS, surgieron interrogantes acerca de los pagos efectuados en el marco de dicho contrato. La delegación en Costa Rica del Ministerio británico de Asuntos Exteriores y del Commonwealth remitió el asunto a la SFO en octubre de 2005, iniciándose la investigación en agosto de 2006. Messent se declaró culpable ante el Tribunal Superior del distrito de Southwark de dos cargos por el pago de sobornos entre febrero de 1999 y junio de 2002, lo que vulneraba las disposiciones del artículo 1.1 de la *Ley de Prevención de la Corrupción* de 1906, y fue condenado a una pena de prisión de 21 meses.

Fuente: Nota de prensa de la SFO (26 de octubre de 2010) e Informe de la Fase 3 de la OCDE (2012).

En otros supuestos, la denuncia inicial de las representaciones en el extranjero no necesariamente contribuyó a que el caso de cohecho internacional concluyera con éxito.

- El MAE danés también presentó cargos por cohecho internacional ante la Fiscalía de Delitos Económicos e Internacionales Graves (SØIK, por sus siglas en danés) en el caso de los vehículos de motor en que estaba involucrada una filial de una empresa danesa en un país africano. En diciembre de 2011, un tribunal del país africano en cuestión desestimó la demanda por falta de pruebas y, por tanto, la SØIK archivó el caso¹²⁴.
- En **Finlandia**, en 2005, se detectó un caso en parte gracias al MAE y en parte gracias a los medios. Instrumentarium, una empresa finlandesa de suministros médicos, fue acusada de pagar sobornos por importe de 8,3 millones de euros entre 2001 y 2002 a funcionarios costarricenses, entre ellos un ex presidente, para conseguir un contrato de 35,8 millones de euros relativo a la venta de material hospitalario. La fiscalía finlandesa concluyó que los directivos finlandeses se aseguraron la consecución del contrato mediante el pago de sobornos y proporcionaron al Ministerio de Asuntos Exteriores información errónea con objeto de percibir la bonificación de intereses resultante de

¹²⁴ Párrafo 16 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca.

proyectos de ayuda al desarrollo. Los sobornos se abonaron como si se tratase de comisiones a una empresa que actuaba como intermediario distribuidor. Los destinatarios de los sobornos fueron acusados de malversación de fondos en Costa Rica en 2009, y condenados a una pena de prisión de tres años (que se redujo de los cinco años iniciales tras el recurso de apelación interpuesto en 2011). Finlandia tuvo conocimiento de las acusaciones formuladas a partir de una denuncia del MAE, de la denuncia mediática y de la información recibida de Costa Rica. Las autoridades competentes finlandesas tuvieron conocimiento del caso a través de los medios de Costa Rica, donde residían los funcionarios presuntamente sobornados. La investigación se abrió en Finlandia, en 2005, a raíz de una querrela criminal presentada por las autoridades nacionales competentes. En abril de 2012, se presentaron cargos de soborno agravado contra tres directivos –no contra la propia Instrumentarium– ante el Tribunal de Distrito de Helsinki. Todos fueron absueltos en 2013. El Tribunal concluyó que las pruebas circunstanciales no eran suficientes para demostrar que los acusados finlandeses sabían (o consideraban «altamente probable») que las comisiones satisfechas al intermediario se utilizarían para sobornar a los funcionarios costarricenses¹²⁵.

- En **Letonia**, se inició una investigación en 2014 a raíz de una denuncia presentada por un diplomático letón ante la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción (KNAB, por sus siglas en letón), según la cual un empresario letón había sobornado supuestamente a altos cargos públicos extranjeros para obtener la adjudicación de contratos públicos. No obstante, Letonia no pudo confirmar las imputaciones con las autoridades competentes extranjeras porque el país extranjero se encontraba en una situación de conflicto, por lo que el caso se archivó posteriormente¹²⁶.
- Asimismo, en febrero de 2010, la Embajada de **España** en Panamá puso en conocimiento de las autoridades competentes españolas denuncias mediáticas de delitos de cohecho de funcionarios públicos panameños en los que estaban implicados ciudadanos y una empresa españoles. Las autoridades competentes comunicaron más tarde a la Embajada que no podía iniciarse una investigación porque no se había identificado a personas concretas. El GTC señaló, sin embargo, que las noticias de prensa se referían a una empresa española en concreto¹²⁷.

Si bien, en estos casos, no se emprendieron realmente acciones legales, el hecho de que las autoridades competentes informasen (o proporcionasen *retroalimentación*) a las

¹²⁵ OCDE (2017): Informe de la Fase 4 correspondiente a Finlandia; artículo de *Helsinki Times* (enero de 2013) con el titular: «Finlandeses acusados de sobornar a funcionarios costarricenses niegan las acusaciones» (*Finns accused of bribing Costa Rican officials deny accusations*), disponible en el enlace www.helsinkitimes.fi/finland/finland-news/domestic/5180-finns-accused-of-bribing-costarican-officials-deny-accusations.html; artículo de *Helsinki Times* (mayo de 2013) con el titular: «El Tribunal rechaza los cargos por delito de cohecho en la venta de material hospitalario» (*Court rejects bribery charges in hospital equipment sales*), disponible en www.helsinkitimes.fi/finland/finland-news/domestic/6407-court-rejects-bribery-charges-in-hospital-equipment-sales.html.

¹²⁶ Párrafo 19 del Informe de la Fase 2 correspondiente a Letonia.

¹²⁷ Párrafo 10 del Informe de la Fase 3 correspondiente a España.

representaciones en el extranjero es positivo y debe fomentarse sistemáticamente siempre que los funcionarios destinados en el extranjero presenten una denuncia. Dicha retroalimentación ayuda a las representaciones en el extranjero a aquilatar su idea de lo que constituye un delito de cohecho internacional. Asimismo, envía el mensaje categórico de que las denuncias se toman en serio, lo que también sirve de incentivo a la hora de continuar cooperando en posteriores investigaciones, en caso de salir a la luz nueva información.

2. Agencias de crédito a la exportación

2.1 Función de las agencias de crédito a la exportación

Las agencias de crédito a la exportación (ACE)¹²⁸ trabajan con empresas que efectúan transacciones comerciales internacionales y, por tanto, tienen la responsabilidad de adoptar las debidas precauciones para evitar dar apoyo crediticio o respaldar operaciones bajo sospecha de cohecho internacional. En consecuencia, la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006* insta a «que los Miembros tomen las medidas adecuadas para impedir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales que se beneficien del apoyo oficial otorgado a los créditos para la exportación, de acuerdo con el régimen jurídico de cada país miembro, el carácter del crédito para la exportación y sin que perjudique los derechos de cualquiera de las partes no responsable de los pagos ilegales»¹²⁹. Las ACE tienen también la responsabilidad de promover medidas anticuhecho y de cerciorarse de que, tanto antes como después de la aprobación del crédito, garantía u otra ayuda, se adopten las medidas oportunas de diligencia debida para determinar si se ha perpetrado un delito de cohecho internacional. Las ACE deben denunciar toda sospecha fundada de la comisión de un delito de cohecho ante las autoridades competentes.

La función de las ACE no consiste propiamente en detectar el cohecho internacional, si bien es cierto que se encuentran en buena situación para hacerlo. Algunas ACE han instaurado procedimientos –basados en las medidas a las que alude la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006* o en medidas adicionales– que pueden contribuir a detectar señales de alerta sobre la comisión de delitos de cohecho internacional.

Este apartado no tiene por objeto examinar la forma en que los países miembros¹³⁰ o los Estados firmantes del *Convenio Anticuhecho OCDE*¹³¹ aplican la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*. Por el contrario, pretende ilustrar la forma en que tanto las medidas que contempla la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006* como las medidas adicionales adoptadas por ciertas ACE

¹²⁸ Se puede consultar la lista de ACE oficiales de los países miembros de la OCDE en: www.oecd.org/tad/xcred/eca.htm

¹²⁹ OCDE (2006): *Recomendación del Consejo sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/tad/xcred/oecd-recommendation-on-bribery-and-export-credits-14-december-2006.htm (versión en inglés).

¹³⁰ Todos los miembros del GTCEGC, junto con Brasil, Colombia, Costa Rica, Letonia, Lituania, Perú y la Federación de Rusia. Todos los países miembros de la OCDE lo son también del GTCEGC, a excepción de Chile e Islandia, que no cuentan con programas activos de crédito a la exportación.

¹³¹ Algunos países del GTC (entre los que se encuentran Argentina, Bulgaria y Sudáfrica) no se han adherido (todavía) a la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*. La ACE de Colombia –Bancóldex– participa como país invitado en el GTCEGC de la OCDE.

pueden propiciar la detección del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. En el momento de elaborarse este informe, el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Créditos para la Exportación y Garantías Crediticias (en adelante, «GTCEGC») estaba llevando a cabo la revisión de la referida Recomendación. Por otra parte, las buenas prácticas señaladas en este apartado no pretenden suplantar los debates a este respecto ni influir en ellos.

2.2 *Cómo detectar el cohecho internacional*

La *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006* contiene una lista de medidas encaminadas a disuadir de la comisión del delito de cohecho internacional, tanto antes como después de la concesión del crédito, garantía u otro tipo de ayuda. Asimismo, las ACE han concebido medidas adicionales que pueden contribuir a detectar el cohecho internacional. La posibilidad de ejercer competencias en materia de auditoría puede ser una ventaja a la hora de detectar señales de alerta de la comisión del delito de cohecho internacional. A este respecto, la Oficina del Inspector General (OIG, por sus siglas en inglés) de la ACE estadounidense (EXIM) realiza y supervisa auditorías, investigaciones, inspecciones y evaluaciones relacionadas con los programas y actividades de la agencia. La OIG cuenta con funcionarios cualificados para emprender investigaciones siempre que las medidas reforzadas de diligencia debida aplicadas determinen que existen razones fundadas para creer que puede haberse perpetrado el delito de cohecho en una operación¹³².

Cómo pueden detectar el cohecho las ACE antes de conceder las ayudas

Desde un primer momento, hay que distinguir entre las medidas comunes a todas las solicitudes y adoptadas antes de la concesión del crédito, garantía u otro tipo de ayuda (*p.ej.* la criba) y aquellas que se adoptan en función del riesgo (*p.ej.* medidas reforzadas de diligencia debida). Las medidas adoptadas en función del riesgo pueden llevar a la detección de un delito de cohecho en las operaciones que cuenten con ayuda oficial. Así sucede, en particular, cuando se evalúa el uso de intermediarios y la cuantía de sus comisiones, o los riesgos asociados al entorno externo de los exportadores y/o solicitantes. Las ACE pueden realizar una evaluación del nivel de riesgo a fin de establecer cuándo solicitar información sobre las comisiones satisfechas a los agentes por los exportadores y, en su caso, por los solicitantes, y motivar así la correspondiente solicitud de información. Con arreglo a este método, pueden asignarse con acierto los recursos necesarios para aplicar medidas reforzadas de diligencia debida en los casos detectados.

Ponderación del uso de intermediarios y de la cuantía de sus comisiones:

Con arreglo a la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*, las ACE deben instar a los exportadores y, cuando proceda, a los solicitantes de las ayudas a revelar cuando se les solicite: i) la identidad de las personas que actúan en su

¹³² OCDE (2016): *Créditos para la Exportación y Cohecho: Evaluación de 2015 de las Respuestas al Cuestionario sobre Medidas Adoptadas para Luchar contra el Cohecho en los Créditos Oficiales para la Exportación*, apartado 90.

nombre con respecto a la transacción, y ii) la cuantía y finalidad de las comisiones y honorarios satisfechos o que se haya convenido satisfacer a esas personas.

La comprobación de las comisiones que se abonan a los intermediarios, en el momento de la solicitud o antes de adoptar la decisión definitiva de concesión de la ayuda, puede erigirse en elemento disuasorio del pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Esto es particularmente pertinente, dado que en tres de cada cuatro casos de cohecho internacional cerrados hasta la fecha se habían efectuado pagos a través de intermediarios, y en el 41% de estos casos intervinieron agentes¹³³. La mayoría de las ACE conceden ayudas para las comisiones de los agentes siempre que figuren en el contrato de exportación¹³⁴.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Obligaciones en materia de información sobre las comisiones de los agentes	
UK Export Finance (UKEF)	<p>La ACE británica, UKEF, obliga a los solicitantes de ayudas a facilitar los nombres y direcciones de los agentes, así como el país o los países en los que hayan de satisfacerse comisiones, honorarios o retribuciones a todo agente, debiendo indicar los importes y la finalidad de las comisiones, los servicios que prestará el agente y si la cuantía de la comisión está en consonancia con la naturaleza y el precio de dichos servicios. Asimismo, la UKEF solicita asesoramiento jurídico local para dilucidar si se han respetado los procedimientos de licitación habituales y si la contratación y el pago de agentes son lícitos conforme a la legislación del país del comprador, recurriendo a tal fin a las misiones diplomáticas del Reino Unido en el extranjero.</p> <p><i>Fuente:</i> OCDE (2016c, apartado 50): <i>United Kingdom (UKEF), Respuestas al Cuestionario sobre Medidas Adoptadas para Luchar contra el Cohecho en los Créditos Oficiales para la Exportación</i>, pág.13.</p>
BPI France – COFACE:	<p>La ACE francesa, BPI France, obliga a los exportadores a facilitar datos de las comisiones satisfechas (importe, finalidad e identidad de los agentes) en caso de figurar el exportador en listas de inhabilitación, de haber sido condenado en el pasado por delitos de cohecho, de hallarse incurso en un juicio por cohecho o de existir indicios de la comisión del delito de cohecho.</p> <p><i>Fuente:</i> Párrafo 177 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia.</p>

Aunque el GTCEGC no ha establecido una metodología común sobre la forma de actuar de las ACE a efectos de evaluar las comisiones de los agentes, las ACE pueden adoptar por su parte medidas reforzadas de diligencia debida cuando, por ejemplo:

¹³³ Esta categoría incluye agentes de venta y mercadotecnia, distribuidores y brókeres establecidos localmente en el país donde se pagaron los sobornos, o en algún otro lugar (*Fuente:* OCDE (2014): *Informe sobre Cohecho Internacional: Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*, pág. 29).

¹³⁴ Según las respuestas al cuestionario, 21 ACE autorizan la concesión de ayuda oficial para las comisiones de los agentes que figuren en el contrato de exportación; 13 ACE podrían hacerlo y 10 ACE no suelen conceder ayudas para las comisiones de los agentes, a saber: Brasil/BB, Colombia, Estonia, Francia, Grecia, Letonia, México, Rusia/EXIMBANK, Turquía y Estados Unidos/USDA.

- Las comisiones se satisfacen a un intermediario cuya identidad no está clara;
- se recurre a intermediarios sin una razón económica o comercial lógica y sin una explicación clara y práctica de la finalidad de la tarea que van a desarrollar;
- las comisiones superan un cierto límite. Algunas ACE fijan bien un techo máximo, normalmente del 5%, o bien una cantidad expresada en una determinada moneda para las comisiones que figuran en el contrato de exportación, o
- surgen dudas acerca del uso de agentes y de la posible comisión de un delito de cohecho internacional relacionado, por ejemplo, con la estructura que presenta la operación financiera o el proceso de licitación para la obtención del contrato en cuestión.

Las medidas reforzadas de diligencia debida pueden consistir en comparar las comisiones con las prácticas comerciales normales en el país/sector en cuestión y en comprobar los antecedentes laborales de los agentes, así como en determinar si atesoran los conocimientos técnicos y cualificaciones pertinentes en el país/sector de que se trate. Estas comprobaciones pueden efectuarse sobre la base de la información públicamente disponible y/u otras fuentes de información accesibles, incluidas las representaciones en los países extranjeros pertinentes.

El método de evaluación de la adecuación de las comisiones de los agentes difiere de un país a otro.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Evaluación de la adecuación de las comisiones de agentes	
Australia	<p>Las comisiones de agentes que superen el 5% del valor contractual son objeto de un riguroso examen y la EFIC australiana evalúa el carácter razonable, desde el punto de vista comercial, de la comisión.</p> <p><i>Fuente:</i> Párrafo 154 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Australia.</p>
Brasil	<p>La ABGF obliga al exportador a demostrar que la cuantía de las comisiones se adecúa a las prácticas comerciales cuando las comisiones y/u honorarios satisfechos al agente representen más de un 5% del valor del contrato. En un caso concreto, la ABGF tuvo conocimiento a través de un artículo publicado en una reputada fuente de que un exportador estaba siendo investigado en el extranjero por corrupción. En consecuencia, la ABGF se remitió a la representación de Brasil en el extranjero a través del Ministerio de Asuntos Exteriores a fin de comprobar la autenticidad de la información y confirmar si las denuncias guardaban relación con la corrupción de funcionarios públicos extranjeros. La aprobación quedó suspendida hasta haberse concluido los procedimientos de diligencia debida.</p>
Dinamarca	<p>Con carácter previo a la concesión de ayudas relacionadas con las comisiones de agentes, la EKF solicitará información pormenorizada sobre las comisiones correspondientes a las operaciones y adoptará medidas reforzadas de diligencia debida si la cuantía de la comisión supera el 5% del valor del contrato o los 4,5 millones de euros. El procedimiento reforzado de diligencia debida consiste en solicitar información adicional sobre las funciones y tareas del agente, aparte de comprobar que las comisiones guardan una proporcionalidad razonable con el valor del producto suministrado o servicio prestado.</p>

	<i>Fuente:</i> Párrafo 180 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca.
Noruega	La GIEK adopta medidas reforzadas de diligencia debida cuando el importe o valor total de la comisión sea elevado, exceda del 5% del valor del contrato o resulte excesivo a la luz de las tareas desempeñadas por el agente.

A pesar de que las ACE han fijado umbrales relativos al valor porcentual del contrato que puede imputarse o cobrarse en concepto de comisiones de los agentes, también es posible que, en función de los riesgos, se apliquen medidas reforzadas de diligencia debida en relación con las comisiones que no alcancen dicho umbral cuando, por ejemplo, su valor total resulte elevado. Las ACE de Brasil/BB, Francia, Grecia, México, Rusia/EXIMBANK y Turquía requieren información sobre las comisiones de los agentes aun cuando no se incluyan en el valor del contrato al que concierne la ayuda prestada.

Cuadro 24. Estudio de caso relativo a Reino Unido, Francia y Alemania: *El caso Airbus* (abierto)

La reciente investigación en el caso Airbus realizada por la Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO) pone de manifiesto el riesgo de que las comisiones de los agentes sirvan para pagar sobornos a funcionarios públicos. En abril de 2016, Airbus comunicó a la UKEF que había detectado inexactitudes en las solicitudes de ayuda a la exportación en relación con el uso de agentes extranjeros. La UKEF obliga al exportador a notificar todo cambio en los datos que figuran en la solicitud. Tras dicha notificación, la UKEF remitió esa información a la SFO. En julio de 2016, la SFO abrió una investigación sobre la utilización de consultores externos por parte de Airbus con vistas a obtener pedidos internacionales de aeronaves, después de que la empresa admitiera que no había comunicado a las autoridades de crédito a la exportación la intervención de dichos agentes en determinadas transacciones. Después de esas revelaciones, las agencias de crédito a la exportación de Reino Unido, Francia y Alemania suspendieron la financiación de las transacciones de Airbus y, por su parte, la Fiscalía Nacional Financiera francesa puso en marcha una investigación preliminar sobre el mismo caso.

Ponderación de los riesgos asociados al entorno externo:

Aunque no está previsto en la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*, las ACE pueden tomar en consideración también los riesgos asociados al entorno externo durante el procedimiento de diligencia debida. Un análisis exhaustivo de los riesgos asociados al entorno externo en el que el exportador y/o el solicitante operan puede ayudar a las ACE a identificar si se ha cometido un delito de cohecho internacional cuando, por ejemplo:

- Se solicite ayuda en relación con un proyecto y/o contrato desarrollados en un país de alto riesgo, o
- se solicite ayuda para realizar operaciones en sectores de alto riesgo, intensamente regulados o para los que se requieren autorizaciones y licencias de la administración pública. Los sectores que habitualmente se consideran de alto riesgo son la industria extractiva y los sectores de la construcción e infraestructuras, el sanitario y la defensa.

En lo que respecta a los sectores industriales de mayor riesgo, el *Informe sobre Cohecho Internacional* concluyó que casi dos tercios de los casos de cohecho internacional se verificaban en los sectores extractivo, de la construcción, de transportes y

comunicaciones¹³⁵. Ello se debe, fundamentalmente, a los altos niveles de gasto y a las frecuentes negociaciones con funcionarios públicos de distintos niveles a fin de obtener las licencias, permisos y concesiones necesarios para la materialización del contrato. No obstante, ningún país o sector es inmune a la corrupción, de ahí que, a la hora adoptar medidas reforzadas de diligencia debida, las ACE tengan habitualmente en cuenta toda iniciativa emprendida para minimizar estos riesgos, en particular cuando los solicitantes y/o exportadores hayan establecido controles internos adecuados, normas de conducta y medidas de cumplimiento con el fin de prevenir y detectar el cohecho internacional.

Cómo pueden detectar el cohecho las ACE después de autorizar las ayudas

Aun cuando se haya aprobado una garantía crediticia u otra forma de ayuda y con el fin de detectar posibles delitos de cohecho internacional, las ACE deberán seguir supervisando de cerca todas las operaciones, principalmente si se producen:

- Cambios significativos en las declaraciones o manifestaciones realizadas antes de la concesión de la ayuda para evitar el cohecho, o
- modificaciones de las condiciones económicas de las operaciones, tales como incrementos de precios sin justificación comercial, actuaciones al margen de los términos contractuales y pagos injustificados a terceros.

Las denuncias de cohecho internacional también pueden ser presentadas por terceros, entre ellos denunciantes, medios de comunicación y las partes intervinientes en la operación de que se trate. A este respecto, habilitar canales de denuncia, como pueden ser líneas telefónicas directas y confidenciales para denunciantes, puede ayudar a que las denuncias lleguen a conocimiento de las ACE (TI, 2010).

En estas situaciones, las ACE pueden considerar remitir una denuncia a las autoridades competentes, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso. En el supuesto de que se demuestre la comisión del delito de cohecho después de la concesión de la ayuda, las ACE deberán adoptar medidas pertinentes como, por ejemplo, la denegación del pago o la devolución y/o el reembolso de los importes percibidos, siempre que los derechos de las partes no responsables de los pagos ilícitos no se vean perjudicados.

2.3. La denuncia del cohecho internacional ante las autoridades competentes: marcos institucionales vigentes para el intercambio de información con las autoridades competentes

La existencia de una obligación clara de denuncia por parte del personal de las ACE contribuye a asegurar que las operaciones en las que se detecte un posible delito de cohecho sean denunciadas ante las autoridades competentes de cara a la apertura de la investigación y potencial enjuiciamiento. Todos los países firmantes de la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006* se comprometen a «[d]iseñar e implementar procedimientos para revelar a sus autoridades competentes ejemplos de pruebas creíbles de cohecho [...]» con motivo de la adjudicación o celebración del contrato de exportación correspondiente. En al menos once de los Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, los empleados de las ACE no son considerados funcionarios públicos y, por

¹³⁵ OCDE (2014): *Informe sobre Cohecho Internacional: Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*, pág. 22.

consiguiente, no están sujetos a las obligaciones legales de denuncia de delitos que incumben, por lo general, a los servidores públicos¹³⁶. Nueve de esas once ACE han establecido, no obstante, procedimientos para presentar las *pruebas creíbles* de cohecho ante las autoridades competentes conforme a lo previsto en la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*. En la mayoría de los casos, tales hechos son comunicados internamente a través de los departamentos jurídicos, del personal directivo y los comités de cumplimiento/consejos de administración para su ulterior remisión a las autoridades competentes (OCDE, 2016c, apartado 58).

De conformidad con la *Recomendación sobre Cohecho y Créditos para la Exportación de 2006*, las ACE han de comunicar las «pruebas creíbles» de cohecho, que se definen como las «pruebas de una calidad tal que, después de un análisis crítico, un tribunal las consideraría razonable y suficientemente fundamentadas como para basar su decisión sobre el asunto, en caso de no haber sido presentadas pruebas en contrario». Las ACE no cuentan con las mismas herramientas ni tienen conferidas las mismas facultades que las autoridades competentes para investigar las denuncias relativas a delitos de cohecho, por lo que resulta fundamental dar traslado de tales denuncias a las autoridades competentes, con independencia de si se presentan antes o después de haber autorizado la concesión de créditos a la exportación.

A la luz de los escasos informes que hasta la fecha han elaborado las ACE, el problema radica en si el requisito de presentar «pruebas creíbles» por contraposición a las meras sospechas puede disuadir a las ACE de presentar denuncia ante las autoridades competentes. La EXIM estadounidense ha declarado que, según su experiencia, es improbable que las ACE obtengan «pruebas creíbles» del delito de cohecho en una operación. En consecuencia, el criterio por el que se rige la EXIM establece que toda sospecha razonable de delito ha de ser denunciada ante la Oficina del Inspector General (OIG). Otras ACE, sin embargo, son reacias a denunciar las meras sospechas ante las autoridades competentes, en especial antes de conceder las ayudas, puesto que ello podría dar lugar a la suspensión de la correspondiente solicitud o garantía.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Procedimiento de denuncia en la práctica por parte de las ACE de presuntos delitos de cohecho internacional ante las autoridades competentes	
Eslovenia	El Banco Esloveno de Exportación y Desarrollo (SIRB, por sus siglas en esloveno) se enfrentó a una operación (el caso de una empresa constructora) tras la que tenía razones para creer que se ocultaba un delito de cohecho internacional, por lo que adoptó medidas reforzadas de diligencia debida y denunció el caso ante las autoridades competentes. La denuncia no dio lugar a una investigación posterior por cohecho internacional y la fiscalía decidió imputar un delito de abuso de autoridad o de ruptura de la confianza en la relación de negocios. Este ejemplo demuestra, no obstante, que debe realizarse la denuncia en todo caso, con independencia de si los cargos son constitutivos, en última instancia, de un delito de cohecho internacional.

¹³⁶ Argentina, Australia, Eslovenia, Estonia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Sudáfrica.

Sudáfrica

La agencia sudafricana de crédito a la exportación, ECIC, se enfrentó en una ocasión a un caso de cohecho internacional tras la concesión de la ayuda en cuestión, durante la fase de ejecución de uno de los contratos. En ese caso, el presunto delito de cohecho fue comunicado a la ECIC en noviembre de 2012 por el banco, que tenía la condición de asegurado. El banco, por su parte, había recibido una denuncia de la empresa prestataria, que descubrió un presunto delito de cohecho en el que estaba implicado un contratista sudafricano después de que la ECIC concediera la ayuda y se desembolsaran los importes correspondientes. La ECIC adoptó medidas reforzadas de diligencia debida y realizó las comprobaciones pertinentes de las acusaciones de soborno, al tiempo que remitió la información facilitada al respecto a las autoridades competentes en junio de 2013.

Han salido a la luz casos en los que las ACE habían recibido denuncias sobre la comisión de delitos de cohecho y a cuyo respecto realizaron investigaciones internas, si bien no las remitieron a las autoridades competentes:

- Dos clientes de la ACE **belga**, Credendo –Ducroire por aquel entonces–, denunciaron un presunto delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Posteriormente, Credendo llevó a cabo comprobaciones exhaustivas y concluyó que las personas implicadas habían sido despedidas por las empresas. Credendo no denunció los hechos imputados ante las autoridades belgas competentes¹³⁷.
- Del mismo modo, el Consejo de Administración de la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación (CESCE), la ACE **española**, recibió pruebas, hasta en dos ocasiones, de la posible existencia de un delito de cohecho en la concesión o ejecución de operaciones de exportación. En la primera ocasión, los medios informaron de que una compañía energética española, solicitante de la ayuda, había efectuado el pago de sobornos en un país de Europa del Este. En consecuencia, se incluyó a dicha compañía en la «lista vigilada» de CESCE, se la instó a responder a un cuestionario y mantuvo un encuentro con funcionarios de CESCE. En la segunda ocasión, fue el propio exportador quien presentó una denuncia interna voluntaria ante el Consejo de Administración de CESCE por un presunto delito de cohecho en sus operaciones. CESCE no remitió la denuncia a las autoridades competentes porque concluyó que no había *pruebas creíbles* de cohecho¹³⁸.
- En **Brasil**, el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) detectó un posible caso de cohecho internacional e inició una investigación interna. Sin embargo, el caso no fue denunciado ante las autoridades brasileñas competentes¹³⁹.

No obstante, sí se han remitido a las autoridades competentes otros casos denunciados ante las ACE debido a las sospechas de la comisión del delito de cohecho.

¹³⁷ Párrafo 170 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Bélgica.

¹³⁸ Párrafo 173 del Informe de la Fase 3 correspondiente a España.

¹³⁹ Párrafo 172 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Brasil.

2.4. *Actividades de capacitación y/o sensibilización de los funcionarios de las ACE para mejorar su capacidad de detección de los delitos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros*

Los empleados de las ACE necesitan directrices claras relativas a la forma de denegar la concesión de ayudas para operaciones bajo sospecha de cohecho internacional. Para ello, dichos empleados deben recibir una formación que les permita detectar las diversas *señales de alerta* del delito de cohecho y determinar cuándo es necesario adoptar medidas reforzadas de diligencia debida. Las directrices y programas de formación han de abordar tanto la criba o filtrado de las solicitudes y la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida a potenciales exportadores y/o solicitantes, como la financiación de los proyectos a los que las exportaciones van destinadas. Adicionalmente, pueden incluir elementos que permitan a los empleados de la ACE evaluar las comisiones de los agentes, ya que para ponderar correctamente las comisiones puestas en relación con las prácticas comerciales habituales es preciso que los empleados de la ACE dispongan de conocimientos especializados suficientes, a cuyo fin pueden elaborarse directrices estandarizadas sobre las prácticas comerciales habituales por tipo de sector y país, o por tipo de proyecto.

Puede ser de utilidad formular directrices e impartir formación para ayudar a los empleados de la ACE a detectar las *señales de alerta* que apuntan a la comisión del delito de cohecho internacional y conocer los procedimientos de denuncia ante los órganos de administración y/o las autoridades competentes. En este sentido, el GTC ha recomendado que dichas directrices aborden tanto los factores que han de considerarse a la hora de determinar tanto si las pruebas del delito de cohecho internacional son «creíbles», como los procedimientos de denuncia¹⁴⁰.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Procedimientos de denuncia de casos de fraude o corrupción en base a los riesgos de corrupción	
Estados Unidos	<p>Los procedimientos internos de denuncia de los casos de fraude y corrupción [en proceso de revisión a la fecha de realización del presente informe] de la EXIM estadounidense incluyen los siguientes elementos dentro de un apartado más amplio relativo a los riesgos de corrupción:</p> <p>iii) Cohecho. El delito de cohecho, al igual que otras formas de corrupción, es muy difícil de detectar en la fase de aprobación de una operación. He aquí algunas de las posibles <i>señales de alerta</i> de la existencia de cohecho:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El uso de agentes, intermediarios o sujetos aparentemente innecesarios en la contratación, transporte, realización de operaciones o pagos relacionados con una transacción; • en caso de operaciones de gran volumen, un contrato adjudicado a un único contratista o un proceso de licitación no abierto o transparente, o • el precio de los bienes o servicios es excepcionalmente elevado.

¹⁴⁰ Dicha recomendación se formuló en el marco de los Informes de seguimiento de la Fase 3 correspondientes a Brasil, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Italia y Portugal.

3. Proveedores de ayuda oficial al desarrollo (AOD)

Por su propia naturaleza, la ayuda al desarrollo se presta normalmente en países y atañe a sectores que pueden presentar un alto riesgo de corrupción. Ello se debe a varios factores, entre ellos la naturaleza y elevada cuantía de los proyectos financiados con la ayuda al desarrollo, la utilización de numerosos subcontratistas locales y la interacción frecuente con funcionarios públicos, a menudo en economías que funcionan prioritariamente a base de efectivo, con unos marcos normativos frágiles y una débil observancia de la ley. Las amenazas para el desarrollo que plantea la corrupción han sido reconocidas por los donantes de ayuda desde hace tiempo. En 1996, incluso antes de la adopción del *Convenio Anticohecho OCDE*, el Consejo de la OCDE aprobó la *Recomendación del Comité de Ayuda Oficial para el Desarrollo (CAD) sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral*, en la que los países miembros del CAD se comprometieron a promover la aplicación adecuada de disposiciones contra la corrupción en las instituciones de desarrollo internacional. Sobre la base de la *Recomendación de 1996*, el CAD y el GTC formularon conjuntamente la *Recomendación del Consejo de la OCDE para los Agentes de Cooperación al Desarrollo sobre la Gestión de los Riesgos de Corrupción de 2016* (en adelante, «Recomendación de 2016»), en la que se reconoce que «la corrupción plantea graves amenazas a los objetivos de desarrollo» y que puede ser «un elemento persistente y asiduo del contexto operativo de las actividades de desarrollo». En consecuencia, los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* se comprometen a promover la aplicación adecuada de disposiciones contra la corrupción en las instituciones de desarrollo internacional y a trabajar en estrecha colaboración con las naciones asociadas en materia de desarrollo para combatir la corrupción en todos los trabajos de cooperación para el desarrollo. Ascende a veintinueve el número de países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* que son proveedores de ayuda oficial al desarrollo (AOD), en el sentido de la definición del CAD¹⁴¹, y que también financian proyectos de ayuda al desarrollo mediante acuerdos bilaterales de cooperación implementados por el sector privado¹⁴².

En la práctica y pese a los riesgos especiales y la importancia que revisten los contratos financiados con AOD, las agencias de ayuda al desarrollo han detectado pocos casos de cohecho internacional. Este capítulo versa sobre los mecanismos establecidos por ciertos países firmantes del *Convenio Anticohecho* –en ocasiones, con carácter previo a la *Recomendación de 2016*– que han permitido detectar y denunciar con éxito el cohecho a través de los proveedores de AOD, al tiempo que explica cómo reproducir y trasladar esta experiencia a otros países firmantes del referido Convenio.

3.1. Función de los proveedores de AOD

La función de los proveedores de AOD consiste en garantizar que los fondos se destinen a promover el desarrollo de los países beneficiarios a través de proyectos específicos, sin que sean desviados a la corrupción y el cohecho en el momento de la

¹⁴¹ Doce países no son miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD), ya que no proporcionan AOD en el sentido de la definición del CAD: Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Costa Rica, Estonia, Israel, Letonia, Lituania, México, Rusia, Sudáfrica, Turquía (y Perú).

¹⁴² Otros Estados miembros del GTC, entre ellos Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Israel y México, ofrecen únicamente asistencia técnica y, hasta la fecha, no han emprendido otras formas de cooperación o colaboración con el sector privado.

adjudicación y durante la ejecución de los contratos de AOD. Por consiguiente, es crucial que los proveedores de ayuda tomen en consideración los riesgos de corrupción asociados a los proyectos financiados con AOD a fin de poder detectarlos y prevenir su materialización. Así lo reconoce la *Recomendación de 2016*, en virtud de la que los países miembros deben «implantar o revisar sus propios sistemas de gestión de riesgos y dar respuesta a los casos reales de corrupción en el ámbito de la cooperación al desarrollo»¹⁴³.

La estructura de los proveedores de AOD difiere entre los distintos países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*, pudiendo estar adscritos a los Ministerios de Asuntos Exteriores (MAE), a un Ministerio *ad hoc* (tal es el caso del Ministerio de Desarrollo alemán), a un organismo público autónomo o bien puede encomendarse dicha función a una entidad privada.

3.2. Denuncia del cohecho internacional por parte de los proveedores de AOD

Dado que, en la mayoría de los países, la AOD es administrada por el Ministerio de Asuntos Exteriores o por un organismo estatal, normalmente sus empleados serán considerados funcionarios públicos y, por tanto, estarán sujetos a las mismas obligaciones legales de denunciar delitos que incumben en general a todos los servidores públicos. En consecuencia, es importante que existan canales adecuados de denuncia y que esos canales se comuniquen al personal de los proveedores de AOD. De conformidad con la *Recomendación Anticohecho de 2009*, los miembros deben garantizar que «existan sistemas fácilmente accesibles para denunciar ante las autoridades competentes presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros». El GTC recomendó a 23 de sus países miembros establecer los correspondientes procedimientos de denuncia y sensibilizar al personal de los proveedores de AOD sobre su obligación de denunciar¹⁴⁴.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Procedimientos de denuncia en el ámbito de la AOD	
Australia	En Australia, el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio (DFAT, por sus siglas en inglés) es el responsable de administrar la AOD ¹⁴⁵ . El <i>Plan de Lucha contra el Fraude y la Corrupción</i> del DFAT obliga a sus empleados a denunciar los casos de cohecho internacional a la Sección de Delitos Transnacionales, con el fin de determinar si se da traslado a la Policía Federal australiana o a otros organismos competentes, según proceda. El canal para denunciar el cohecho internacional se publicita en el sitio web del Departamento y exige utilizar el formulario detallado intitolado «Qué denunciar», disponible en el enlace http://dfat.gov.au/about-us/publications/Documents/fraud-what-to-report-form.pdf (versión en inglés). Este canal de denuncia puede ser utilizado por el personal del Departamento (incluido el personal contratado localmente y destinado en el

¹⁴³ OCDE (2016): *Recomendación del Consejo para los Agentes de Cooperación al Desarrollo sobre la Gestión de los Riesgos de Corrupción III*.

¹⁴⁴ Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Corea, Letonia, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Federación de Rusia, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia y Turquía. Esta lista se basa en la información contenida en los Informes de evaluación por países de las Fases 2 y 3 del GTC.

¹⁴⁵ En el pasado, la ayuda al desarrollo era gestionada por AusAID, un organismo autónomo; en la actualidad, dicha labor compete al DFAT.

extranjero), así como por agentes externos que reciban fondos del Gobierno australiano, en particular fondos de programas de ayuda. El DFAT tuvo conocimiento de un posible caso de cohecho de funcionarios públicos extranjeros por parte de una persona física o jurídica australiana, del que dio traslado a la Policía Federal australiana en marzo de 2014.

3.3. Actividades de sensibilización y capacitación dirigidas a los proveedores de AOD

Al igual que en otros organismos públicos, el personal de los proveedores de AOD, incluido el personal contratado localmente en países socios, debe recibir unas directrices claras y una formación adecuada acerca de qué es el delito de cohecho internacional y el papel que pueden jugar en la prevención y detección del cohecho en las operaciones que se financian con AOD. Esto, a su vez, podría dar lugar a un aumento del número de casos de cohecho internacional que se denuncia ante las autoridades competentes. En particular, la *Recomendación de 2016* establece que la formación debe:

- Incluir el examen de escenarios y análisis de posibles respuestas, con el fin de que los códigos de conducta y otras normas anticorrupción sean aplicables en la práctica y tengan sentido en los diferentes contextos sociales, culturales e institucionales;
- delimitar las funciones y responsabilidades de los miembros del personal adscrito a los proveedores de AOD y personalizar el ámbito y especialización de la formación en función de la exposición que presenten al riesgo de corrupción, y
- garantizar que todo el personal que ocupa cargos expuestos de manera más directa a riesgos de corrupción (como el diseño, gestión, licitación y supervisión de programas) no esté únicamente sujeto al régimen interno de ética y denuncia, sino que se incluyan también cuestiones como la identificación de los riesgos de corrupción, los métodos de evaluación y mitigación, así como la comprensión de las principales obligaciones internacionales asumidas por sus respectivos países.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Función de las representaciones en el extranjero en la formación del personal de los proveedores de AOD

Suecia

En lo concerniente a la formación, la Agencia sueca de Cooperación Internacional al Desarrollo (SIDA, por sus siglas en inglés) diseñó, junto con el MAE, un programa preceptivo de enseñanza en línea en materia de lucha contra la corrupción. El *Manual relativo al Proceso de Gestión de Contribuciones* de la SIDA (en adelante, el «Manual») trata, asimismo, el problema de la corrupción en general y proporciona directrices al personal de la SIDA. En particular, el Manual dispone que cualquier sospecha de corrupción relacionada con el funcionamiento de la SIDA debe ser denunciada ante el superior jerárquico inmediato, en cualquier fase del ciclo del proyecto o programa, aun cuando los empleados tengan dudas en torno a si dicho asunto es potencialmente constitutivo de un delito corrupción o representa otra forma cualquiera de irregularidad, o cuando no sea posible identificar a una persona concreta. Basta con que concurren algunos indicios sospechosos, como puede ser una operación financiera inusual. Todo directivo que reciba información acerca de un presunto acto de corrupción deberá ponerse en contacto con el jefe de la unidad/embajada responsable de la contribución, así como con el grupo de investigación de la SIDA. No se ha habilitado un canal de denuncia específico. Las denuncias se efectúan, en cambio, caso por caso. Mediante este proceso, la SIDA ha denunciado indicios de corrupción (si bien no

	relacionados con actos de cohecho internacional) ante las autoridades competentes suecas y/o extranjeras.
Países Bajos	<p>En los Países Bajos, donde la AOD es administrada por el MAE, las representaciones diplomáticas neerlandesas y otros empleados pertinentes del MAE cumplen su papel a la hora de prevenir la corrupción en las operaciones financiadas con AOD, de supervisar los proyectos financiados con AOD y de detectar y denunciar las sospechas o indicios de actos de corrupción. Así pues, el MAE incorpora a sus actividades de formación en materia de políticas anticorrupción al personal diplomático de los países en los que se presta la AOD. En el seno del MAE neerlandés se ha creado un Grupo de Trabajo de Lucha contra la Corrupción encargado de revisar los procedimientos e instrumentos internos que se utilizan para detectar potenciales riesgos de corrupción y contribuir a establecer mecanismos que impidan la desviación de fondos por medio de prácticas fraudulentas y corruptas que afecten a proyectos y programas neerlandeses de AOD.</p> <p><i>Fuente:</i> Párrafos 69, 72 y 75 del Informe de la Fase 2 correspondiente a los Países Bajos.</p>

3.4 *Cómo detectar el cohecho internacional*

El cohecho internacional puede ser detectado tanto con carácter previo a la aprobación de operaciones o contratos financiados con AOD como durante la ejecución de los contratos. Han de tenerse en cuenta los factores asociados al entorno de riesgo externo en el lugar en que el proyecto de AOD se va a desarrollar. A estos efectos, la *Recomendación de 2016* hace hincapié en que el riesgo de corrupción ha de evaluarse incesantemente durante el ciclo completo del proyecto, y no sólo de forma aislada en la fase de diseño del mismo.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Cómo detectar el cohecho internacional a través de los mecanismos de diligencia debida	
Francia	<p>La Agencia francesa para el Desarrollo (AFD, por sus siglas en francés) y su órgano colaborador responsable de la financiación del sector privado (PROPARCO) llevan a cabo controles durante toda la fase de ejecución de los proyectos con objeto de detectar cualquier malversación de fondos, adopte o no la forma de un delito de cohecho internacional. Además del procedimiento de diligencia debida previo al primer desembolso de la ayuda, se practican otros controles tras su desembolso, así como durante toda la fase de ejecución del proyecto, para lo que se recurre a la red de agencias y oficinas de representación en el extranjero de la AFD y se mantiene un contacto permanente con los principales socios del proyecto financiado. Los controles comprenden un análisis de la ejecución del contrato y sus condiciones financieras. Una vez concluido el proyecto, también se efectúan controles <i>ex post</i>. Las denuncias de cohecho internacional deben cursarse a través de canales jerárquicamente ordenados, incluidas aquellas de las que se hagan eco los medios en relación con proyectos sufragados por la AFD y PROPARCO¹⁴⁶.</p>

¹⁴⁶ “Política general de la AFD y de PROPARCO en materia de lucha contra la corrupción y el fraude, las prácticas anticompetitivas, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”, disponible en el siguiente sitio web: www.afd.fr (versión en francés).

Marco jurídico neozelandés de prevención y detección de la corrupción en contratos financiados con AOD de la NZAID

Las disposiciones tipo a las que el Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio (MAEC) se atiene para extender financiación en forma de AOD incluyen **cláusulas anticorrupción y de auditoría** que permiten al MAEC investigar todo tipo de prácticas fraudulentas, colusorias o coercitivas que se aleguen en relación con la financiación concedida.

Las entidades que se presentan a la licitación de contratos financiados con AOD deben cumplimentar un **formulario de acreditación** y señalar si están expuestas a **riesgos de corrupción**, describir el impacto potencial de esos riesgos y la probabilidad de que se materialicen.

Se ha establecido un **Programa de Control del Fraude** con objeto de detectar irregularidades, entre ellas el delito de cohecho internacional, en operaciones financiadas con AOD. Cada 18 meses aproximadamente los empleados del MAEC reciben **formación para la identificación de señales de alerta y riesgos potenciales de corrupción** (incluyendo el cohecho internacional) en materia de procedimientos de denuncia y divulgación de información privilegiada. Las Divisiones de Auditoría y Riesgos del MAEC imparten sesiones informativas sobre la política de lucha contra el fraude entre todo el personal del MAEC destinado en el extranjero. En estas sesiones informativas se aborda la obligación que el personal tiene de denunciar los presuntos casos de cohecho internacional.

Las sospechas de cohecho internacional en contratos financiados con AOD deben **denunciarse ante las Divisiones de Auditoría y Riesgos y el Departamento de Servicios Jurídicos del MAEC** a fin de que adopten las medidas necesarias para recabar y examinar cualquier otra información que permita corroborar las sospechas. La notificación de presuntos casos de fraude o corrupción procederá, en general, del país asociado en materia de desarrollo y responsable de la ejecución de la actividad, o bien será fruto de la supervisión del MAEC de la actividad en cuestión. Cuando existan indicios penales de que una persona física o jurídica neozelandesa están implicadas en un caso de cohecho internacional relacionado con un contrato financiado con AOD, el MAEC pondrá sus sospechas en conocimiento de la SFO de Nueva Zelanda.

Asimismo, se ha habilitado una **línea telefónica directa de denuncia** y se han instaurado procedimientos al respecto a fin de dar respuesta a las sospechas de fraude.

Fuente: Párrafos 137 a 139 del Informe de la Fase 3 y pág. 34 del Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondientes a Nueva Zelanda.

El uso fraudulento de fondos de AOD, también para perpetrar el delito de cohecho internacional, se descubre fundamentalmente en el marco de la supervisión de la fase de ejecución de los contratos financiados con AOD, durante las auditorías de los proyectos financiados con AOD y con motivo de las actividades que realizan las autoridades competentes (*p.ej.* auditorías financieras de proyectos efectuadas en su mayoría por terceros contratados). A este respecto, en virtud de la *Recomendación de 2016*, los países se comprometen a establecer o revisar sus sistemas de gestión de riesgos y a dar respuesta a los casos reales de corrupción en el ámbito de la cooperación al desarrollo. En particular, dichos sistemas han de ofrecer servicios de auditoría interna y garantizar la capacidad de investigación, dentro o fuera del organismo, a fin de responder a las conclusiones de las auditorías. Además de las auditorías financieras del propio proveedor de AOD, la *Recomendación de 2016* subraya la importancia de las auditorías orientadas a los programas que pueden propiciar la detección del delito de cohecho internacional (OCDE, 2016d, apartado 4, incisos ii) e iii)). El seguimiento de la aplicación de la Recomendación, en particular en el contexto de los informes de evaluación por países elaborados por el GTC, brindará la oportunidad de examinar las prácticas nacionales a este respecto.

Cuadro 25. Indicadores de alerta detectados por la SIDA

- Demoras y deficiencias en la presentación de denuncias
- Facturación excesivamente elevada
- Inexistencia de documentos que justifiquen los costes declarados
- Transacciones inusuales, complejas o no operativas
- Consejo de administración débil, que presta escasa atención a los controles internos y al cumplimiento de la legislación
- Operaciones sustancialmente distintas de las realizadas normalmente por organizaciones comparables

Algunos proveedores de AOD ya cuentan con mecanismos de auditoría interna..

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Organismos de AOD con funciones de auditoría	
Australia	El DFAT cuenta con un programa de auditorías de cumplimiento que comprende un elemento que detecta áreas de riesgo en las que podría verificarse, o se ha verificado, un uso fraudulento de los fondos del Commonwealth.
Alemania	<p>La cooperación al desarrollo es competencia del Ministerio Federal para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. En Alemania existen dos organismos de ejecución en este ámbito: el Instituto de Crédito para la Reconstrucción (KfW, siglas en alemán de <i>Kreditanstalt für Wiederaufbau</i>), responsable de la cooperación económica al desarrollo de Alemania, y la Agencia alemana para la Cooperación Internacional (GIZ, siglas en alemán de <i>Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit</i>), que se ocupa de la cooperación técnica que ofrece el país.</p> <p>Ambos tienen instaurados mecanismos exhaustivos de cumplimiento. Las medidas preventivas de KfW se aplican a distintos niveles y en diversas fases del proyecto. Antes de emprender cualquier proyecto, se llevan a cabo auditorías financieras con miras a detectar posibles casos de cohecho, se aplican procedimientos centrados en el conocimiento e identificación de los clientes (procedimientos KYC) y se adoptan medidas de diligencia debida respecto del cliente (DDC). KfW hace un seguimiento constante de los proyectos, aplicando las directrices obligatorias en materia de licitación y desembolso, y supervisa continuamente el proyecto (normalmente a través de "consultores de ejecución"). Los proyectos se evalúan periódicamente para detectar indicios de fraude y corrupción tanto mediante un análisis documental como <i>in situ</i>. Toda sospecha de soborno debe comunicarse al Departamento de Cumplimiento de KfW.</p> <p>El sistema de gestión del cumplimiento de GIZ prevé una regulación estricta denominada <i>Directrices y Normas</i> aplicable a los ámbitos en que podría verificarse la comisión del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Dichas <i>Directrices y Normas</i> prohíben la aceptación o el ofrecimiento de sobornos, regulan los regalos y las primas de asistencia o viáticos. Las auditorías prestan especial atención a estas disposiciones.</p>

Algunos organismos de AOD cuentan con capacidad de investigación interna para hacer un seguimiento cuando las auditorías descubren indicios de cohecho o cuando se reciben denuncias. Este punto se considera una ventaja a efectos de asegurar que los fondos de la AOD no sean desviados hacia el cohecho. En un estudio preparado en el período previo a la *Recomendación de 2016* se reconoce que «aunque la capacidad de investigación interna puede no ser necesaria para todos los organismos, el acceso a investigadores familiarizados con el contexto y los objetivos de las actividades de desarrollo y que puedan responder de manera oportuna a las sospechas de corrupción debe considerarse parte de cualquier directriz». En ese estudio se alude asimismo a la existencia de una «mejor conexión entre las funciones de los auditores internos y su mandato en materia de objetivos anticorrupción» como un factor susceptible de propiciar una mejor detección del cohecho internacional en los contratos financiados con AOD¹⁴⁷.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Detección de la corrupción en el Departamento de Desarrollo Internacional (DfID, por sus siglas en inglés) del Reino Unido	
Reino Unido	<p>La supervisión de los socios distribuidores de las ayudas es una cuestión prioritaria. El DfID ejerce una vigilancia de las adquisiciones con ayuda bilateral y supervisa a los socios locales y organizaciones no gubernamentales (ONG) que han sido subcontratados para distribuir las ayudas del DfID. Si los empleados del DfID sospechan que se ha cometido un fraude en el proyecto que gestionan, deberán remitir el asunto a la Sección Antifraude del Departamento de Auditoría, que investiga los casos de corrupción que afectan a los fondos del DfID. Conforme a un Informe de 2017 del Interventor y Auditor General de la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido, el principal medio del que el DfID dispone para detectar fraudes es una combinación de seguimiento y control de la gestión y de sospechas de indicios o denuncias presentadas por los proveedores y socios distribuidores de las ayudas. En efecto, dos tercios de las denuncias de casos de fraude han sido presentadas por esos socios distribuidores. El DfID ha advertido un aumento del número de denuncias, que atribuye a la labor que viene desarrollando entre sus empleados y proveedores a fin de sensibilizarles sobre el fraude y su obligación de denunciarlo. El DfID tiene instaurada una política de presentación de denuncias: Los empleados del DfID, el personal adscrito a los socios distribuidores y cualesquiera terceros pueden presentar de manera anónima sus denuncias utilizando la dirección de correo electrónico y la línea telefónica habilitados al efecto. Los acuerdos formales que se celebran con los socios distribuidores se han vuelto más exigentes, obligando ahora a denunciar toda sospecha de fraude ante la Sección de Lucha contra el Fraude. Además, la auditoría interna puede detectar casos de corrupción a través de las revisiones periódicas de los programas de países y las revisiones <i>ad hoc</i> que se llevan a cabo cuando se presentan problemas concretos.</p> <p><i>Fuente:</i> Comisión Independiente del Reino Unido sobre el Impacto de las Ayudas (noviembre de 2011), «Métodos del Departamento de Desarrollo Internacional para Luchar contra la Corrupción» (<i>The Department for International Development's Approach to Anti-Corruption</i>), disponible en el siguiente enlace: http://icai.independent.gov.uk/wp-content/uploads/DFIDs-Approach-to-Anti-Corruption3.pdf (versión en inglés); Oficina Nacional de Auditoría (febrero de 2017), «Departamento de Desarrollo Internacional, investigación sobre los métodos que utiliza el departamento para combatir el</p>

¹⁴⁷ Elizabeth Hart (2016): «Trazado de Políticas y Prácticas: Qué Están Aplicando las Agencias y Qué Han Aprendido» (*Mapping Policies and Practices: What Are Agencies Implementing and What Have They Learn*) (versión en inglés, pág. 37).

fraude» (*Department for International Development, investigation into the Department's approach to tackling fraud*), disponible en el siguiente enlace: <https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/Investigation-into-the-Departments-approach-to-tackling-fraud.pdf> (versión en inglés); Informe de la Fase 3 correspondiente al Reino Unido (2012) y OCDE *Cooperación al Desarrollo Exámenes de Pares: Reino Unido* (2014).

Secure El cohecho internacional en contratos financiados con AOD también puede ser detectado por terceros. Por lo tanto, los socios ejecutores, los denunciantes, los medios de comunicación y los competidores deben tener acceso a mecanismos de denuncia. En el caso del DFAT australiano, el formulario «Qué denunciar», disponible en el enlace <http://dfat.gov.au/about-us/publications/Documents/fraud-what-to-report-form.pdf> (versión en inglés), puede ser utilizado también por agentes externos que reciban ayuda al desarrollo de Australia, tales como contratistas, proveedores de servicios terceros, gobiernos socios, organizaciones multilaterales, organizaciones no gubernamentales y otros destinatarios de financiación. La agencia danesa de desarrollo, Danida, mantiene a disposición de su personal y de todo agente externo una línea directa anticorrupción para denunciar de manera anónima todo uso irregular que se haga de los fondos para el desarrollo daneses. En marzo de 2012, Suecia puso en marcha una línea de atención para denunciantes anónimos, a la que su personal puede acceder a través de la intranet de la agencia y cualquier tercero externo a través de la página web de la SIDA¹⁴⁸. Desde 2014, se han denunciado catorce casos sospechosos de corrupción por conducto de la línea de atención de la SIDA. En Alemania, tanto GIZ como KfW tienen instaurados sistemas de denuncia confidencial, que también están a disposición de los beneficiarios de proyectos y otros terceros.

Aunque, hasta el momento, el personal de las agencias nacionales de AOD ha descubierto un número limitado de casos, otros organismos nacionales e internacionales han detectado casos de cohecho en proyectos de desarrollo, sancionándolos en consecuencia. Dos han sido los casos de cohecho internacional descubiertos entre los contratos financiados con AOD de **Japón**, pero ninguno de ellos lo ha sido por la Agencia de Cooperación Internacional de Japón (JICA, por sus siglas en inglés). El primer de esos casos se detectó en el curso de la investigación de otro presunto delito en el que estaba implicada la misma empresa japonesa¹⁴⁹. El segundo caso versó sobre un delito de cohecho presuntamente perpetrado por la empresa Japan Transportation Consultants Inc. (en adelante, «JTC»), que fue objeto de una denuncia interna voluntaria en abril de 2013, después de que la Agencia Tributaria Regional de Tokio localizara unas declaraciones de gastos inusuales ligadas a proyectos de AOD ejecutados por JTC en Vietnam, Indonesia y Uzbekistán entre 2009 y 2014. El 4 de febrero de 2015, el Tribunal de Distrito de Tokio declaró a JTC y a tres de sus ex directivos culpables de un delito de cohecho internacional, impuso a la empresa una multa de 90 millones de yenes y sentenció a los tres ex directivos a penas de prisión en suspenso de dos a tres años de duración.

¹⁴⁸ Párrafo 84 del Informe de la Fase 2 correspondiente a Dinamarca; párrafo 144 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Suecia y www.sida.se/English/contact-us/whistleblower.

¹⁴⁹ Párrafo 13 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Japón y Blog FCPA, 15/02/16, en www.fcpablog.com/blog/2009/2/16/vietnam-in-the-news.html.

Asimismo, en Suecia se ha condenado en dos ocasiones (en 2014 y 2015) a representantes de compañías suecas por haber pagado sobornos vinculados a fondos de la SIDA a funcionarios del Banco Mundial. El caso de 2015 tuvo por objeto un delito de cohecho de funcionarios ucranianos cometido por una empresa sueca en el marco de los procedimientos de licitación para la adjudicación de dos contratos de consultoría financiados por el Banco Mundial, referidos a sendos proyectos de potabilización y saneamiento en Ucrania, por importe de aproximadamente 3 millones de euros (es decir, 30 millones de coronas suecas). Estos proyectos estaban financiados por la SIDA a través de un fondo fiduciario administrado por el Banco Mundial. Tras despertarle sospechas, el Banco Mundial procedió a poner los hechos en conocimiento de la compañía. A continuación, la compañía dio traslado de los mismos a la Unidad Nacional Anticorrupción. El segundo caso fue también detectado y denunciado ante las autoridades suecas competentes por el Banco Mundial. Finalmente, el Tribunal de Apelación dictó una sentencia firme condenando a dos personas físicas por el delito de cohecho internacional a nueve meses de prisión y a otra persona física por fraude contable a una pena en suspenso de dos años de prisión y a una multa de 1 235 euros (es decir, 12 000 coronas suecas).

4. Autoridades de defensa de la competencia

Las prácticas contrarias a la competencia¹⁵⁰ y el cohecho suelen ir de la mano. En ambos casos se ve afectada la manera en que las empresas compiten y se crean unas condiciones de competencia desiguales para los operadores económicos, de modo que la adjudicación de contratos ya no se basa en la competencia leal y el mérito. Con frecuencia se dan simultáneamente actos de cohecho y prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, el cohecho internacional puede incardinarse en una trama para manipular el resultado de una licitación pública, en virtud de la cual los licitadores actúan en connivencia para inflar los precios de sus ofertas, incrementando así de manera artificiosa su cuantía y utilizando la diferencia para pagar coimas o comisiones clandestinas a los funcionarios públicos que les adjudicaron los contratos a cambio de su cooperación. Asimismo, una empresa concreta puede ofrecerse a pagar un soborno a un funcionario público para obtener el monopolio de explotación en exclusiva de un determinado mercado (TI, 2016). Además, ambas figuras recurren a menudo a estrategias similares con objeto de camuflar sus actividades, en particular a la utilización de «fondos de reptiles» e intermediarios. Por consiguiente, las autoridades de defensa de la competencia pueden descubrir casos de cohecho cuando investigan vulneraciones del Derecho de la competencia.

Al menos en dos países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han salido a la luz presuntos casos de cohecho y manipulación de licitaciones. En este apartado se

¹⁵⁰ Las prácticas contrarias a la competencia consisten en «una amplia gama de prácticas comerciales que puede realizar una compañía o grupo de compañías con objeto de restringir la competencia entre empresas a fin de mantener o mejorar su posición relativa de mercado y sus beneficios sin necesidad de ofrecer bienes y servicios a un precio inferior o de una calidad superior». La función de las autoridades de defensa de la competencia consiste en regular prácticas contrarias a la competencia tales como cárteles o prácticas colusorias, manipulación de licitaciones, fijación de precios, abuso de posición dominante y fraude. OCDE (2003): Glosario de Términos Estadísticos, disponible en el siguiente enlace: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3145> (versión en inglés).

examinará cómo mejorar y reproducir la experiencia de estos países, con miras a que las autoridades de defensa de la competencia de otros Estados puedan perfeccionar la detección del cohecho internacional durante la investigación de delitos relativos a la competencia. En el Foro Mundial de la Competencia de la OCDE de 2014, se acordó que una manera eficaz de que las autoridades de defensa de la competencia contribuyan a la lucha contra el cohecho pasa por prestar una mayor atención a la contratación pública. Al limitar la colusión, las autoridades de defensa de la competencia contribuyen sustancialmente a reducir los casos de corrupción y de cohecho en los concursos públicos¹⁵¹.

4.1 Intercambio de información entre las autoridades de defensa de la competencia y demás autoridades competentes

El cohecho y las prácticas contrarias a la competencia están sancionados por marcos legales distintos y, en general, por autoridades diferentes. Si bien las autoridades de defensa de la competencia investigan y sancionan las vulneraciones de su Derecho regulador –que a menudo son de carácter administrativo–, dichos organismos no siempre remiten a las autoridades competentes, para su eventual enjuiciamiento, los presuntos casos de cohecho internacional de los que tienen conocimiento. En consecuencia, es necesario mejorar el intercambio de pruebas entre las autoridades de defensa de la competencia y las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley en materia de cohecho internacional a los fines de fortalecer la observancia de la legislación de lucha contra el delito de cohecho.

Algunos países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han celebrado acuerdos formales que hacen posible la cooperación y el intercambio de información. En **Brasil**, por ejemplo, el Ministerio Público Federal (MPF) es la autoridad fiscal competente para delitos de cohecho internacional. Por otra parte, mientras que el Ministerio de Transparencia y la Controladuría General de la Unión (CGU) son los únicos organismos competentes en Brasil para conocer de los delitos de cohecho internacional perpetrados por personas jurídicas, la autoridad nacional a la que corresponde ejercer las funciones de defensa de la competencia es el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). El CADE ha celebrado acuerdos formales con el MPF en el Estado de São Paulo, en virtud de un memorando de entendimiento, con objeto de coordinar la resolución de los casos entre ambos organismos, y de modo que todo acuerdo que una compañía o persona física firme con el CADE pueda aparejar la firma de un acuerdo similar con el MPF, y viceversa. El Ministerio de Transparencia y la CGU han estado trabajando a fin de establecer una cooperación técnica con el CADE, encaminada a recabar información relativa a casos de cohecho internacional. A nivel estatal, el CADE ha suscrito un acuerdo de cooperación técnica con varias fiscalías. Aunque estos servicios de instrucción no son responsables de perseguir y sancionar los delitos de cohecho internacional cometidos por empresas y personas físicas brasileñas, sí que son competentes para instruir los casos de cohecho en los que están implicadas compañías extranjeras que sobornan a funcionarios brasileños. También se ha llegado a un acuerdo de cooperación técnica con la Policía

¹⁵¹ Foro Mundial de la Competencia de la OCDE (2014): *Lucha Contra la Corrupción y Fomento de la Competencia – Resumen Ejecutivo*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm (versión en inglés).

Federal brasileña. Asimismo, en 2015 y 2014 se formalizaron acuerdos de cooperación e intercambio de información con dos bancos multilaterales de desarrollo: el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial firmaron con el CADE sendos memorandos de entendimiento temporales (de dos y cinco años de duración, respectivamente) a fin de posibilitar intercambios de información, tanto espontáneos como previa petición, en relación con la detección de casos de fraude y corrupción.

Otros países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han optado por canales de cooperación informal como complemento a los sistemas formales. En **Letonia**, la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción y la Comisión de Defensa de la Competencia mantienen contactos formales (cuando la Oficina registra una petición oficial acerca de un posible caso) e informales (entre los empleados). En **Suecia**, la autoridad de defensa de la competencia ha intensificado su cooperación con la Unidad Nacional Anticorrupción¹⁵². En algunos ámbitos, es posible que el *principio de confidencialidad* resulte aplicable a las actividades de supervisión y tramitación de casos de la autoridad nacional de defensa de la competencia. Sin embargo, existe la posibilidad de remitir información confidencial a los fiscales de la Unidad Nacional Anticorrupción si se presentan indicios de la comisión de un delito. En **Estados Unidos**, la División Penal del Departamento de Justicia investiga y persigue las prácticas contrarias a la competencia tanto conforme a la *Ley Sherman* como a la Ley FCPA. La coordinación entre la Divisiones Antimonopolio y Penal se ve reforzada con la impartición de programas de capacitación sobre los delitos contra la legislación antimonopolio y de cohecho. Esta coordinación se ha visto también favorecida por la asistencia policial que ambas Divisiones reciben de la Oficina Federal de Investigación (FBI, por sus siglas en inglés), en especial desde que el FBI creara sus nuevas brigadas contra la corrupción internacional, dotándolas de recursos extraordinarios para la investigación de delitos contra la legislación antimonopolio y de cohecho. Si la División Antimonopolio investiga un posible caso de manipulación de licitaciones o de fijación de precios y, durante la investigación, descubre un posible caso de cohecho o corrupción, compartirá las pruebas con las autoridades competentes¹⁵³. Esto ha ocurrido, en la práctica, al menos en dos casos de cohecho internacional.

En algunos países, no obstante, pueden interponerse obstáculos a la cooperación e intercambio de información entre las autoridades de defensa de la competencia y las demás autoridades competentes. Las empresas pueden quedar eximidas del pago de sanciones administrativas si se acogen a los programas de indulgencia de sus autoridades de defensa de la competencia. Por lo tanto, los órganos de defensa de la competencia podrían decidir no denunciar un posible caso de cohecho internacional ante las autoridades competentes a fin de incentivar a las compañías a revelar prácticas contrarias a la competencia al amparo de esos programas de indulgencia, y evitar poner así en riesgo esta importante fuente de detección. Por ejemplo, en Francia, la Autoridad de Defensa de la Competencia (*Autorité de la concurrence*) ha seguido la política de no remitir a la fiscalía los casos en los que las partes acogidas a su programa de indulgencia podrían ser consideradas penalmente responsables. En Canadá, la Oficina de Defensa de la Competencia (*Competition Bureau*) está sujeta a las normas de confidencialidad previstas

¹⁵² Foro Mundial de la Competencia de la OCDE (2014): *Lucha contra la Corrupción y Fomento de la Competencia: Resumen de los debates*.

¹⁵³ *Ibidem*.

en su *Ley de Competencia* y no puede revelar información que haya recopilado o que se la haya facilitado en el curso de sus investigaciones, salvo a una autoridad competente canadiense o a efectos de la aplicación o ejecución de la *Ley de Competencia*. En **Hungría**, la Autoridad de Defensa de la Competencia (GVH, por sus siglas en húngaro) debe presentar una denuncia penal que entrañe una probabilidad relativamente alta de que las pruebas corroborarán las sospechas de comisión de un delito de cohecho internacional. Tanto la necesidad de presentar una denuncia penal formal como los requisitos que ha de cumplir dicha denuncia pueden suponer un obstáculo para la detección y denuncia ante las autoridades competentes de casos sospechoso de cohecho internacional. Esto puede explicar, al menos en parte, por qué hasta la fecha las autoridades de defensa de la competencia de estos países no han remitido casos de cohecho internacional a las autoridades competentes.

Cuadro 26. Estudios de caso de Estados Unidos: Casos *Marine Hose* (2011) y *Kellogg Brown & Root LLC* (2009)

Caso *Marine Hose* (2011)

En septiembre de 2011, Bridgestone Corporation, un fabricante de mangueras marinas con sede en Tokio, aceptó declararse culpable y pagar una multa de 28 millones de dólares estadounidenses tras haber sido acusado de complicidad y de violar la *Ley Sherman* y la *Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero* (Ley FCPA) con la manipulación de licitaciones y el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros de América Latina para vender su producto. Un directivo de Bridgestone admitió también su culpabilidad y fue condenado a dos años de prisión y al pago de una multa por complicidad en la manipulación de licitaciones y el pago de sobornos.

Fuente: Nota de prensa (www.justice.gov/opa/pr/bridgestone-corporation-agrees-plead-guilty-participating-conspiracies-rig-bids-and-bribe) y documentación del caso (www.justice.gov/atr/case/us-v-misao-hioki).

Caso *Kellogg Brown & Root LLC* (2009)

En 2009, Kellogg Brown & Root LLC (KBR), una compañía internacional de ingeniería, construcción y servicios, se declaró culpable de los cargos que se le imputaban con arreglo a la Ley FCPA tras haber participado, durante una década, en una trama de pago de sobornos a funcionarios públicos nigerianos diseñada para obtener contratos de ingeniería, suministros, así como para la construcción de una planta de gas natural licuado (GNL) en Bonny Island, Nigeria. En el acuerdo de admisión de culpabilidad, la Sección de Fraudes y la División Antimonopolio se comprometían a no emprender contra la empresa actuaciones por cohecho ni por manipulación de licitaciones. En virtud de ese mismo acuerdo, KBR aceptó pagar una multa por importe de 402 millones de dólares estadounidenses, por aquel entonces, la segunda más elevada impuesta en aplicación de la Ley FCPA.

Fuente: Acuerdo de admisión de culpabilidad, disponible en el enlace <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/02-11-09kbr-plea-agree.pdf>.

4.2. *Cómo detectar el cohecho internacional*

El cohecho internacional y los fraudes en procedimientos de contratación pública se dan a menudo simultáneamente, en especial cuando el/los licitador(es) llega(n) a un acuerdo con un funcionario público extranjero para alterar el resultado del procedimiento de licitación. El cohecho puede materializarse en cualquier fase del proceso de contratación: durante la elaboración y definición del pliego de condiciones de un concurso específico, en la fase de selección de las ofertas de los licitadores, durante la adjudicación del contrato licitado o con motivo de la ejecución efectiva del contrato. El

informe de la OCDE titulado *Cohecho en la Contratación Pública: Métodos, Actores y Contramedidas* alude a los indicadores que pueden levantar sospechas de cohecho internacional o vulneraciones del Derecho de la competencia (OCDE, 2007).

Cuadro 27. Indicadores de posibles vulneraciones de las legislaciones reguladoras del cohecho internacional o de defensa de la competencia

Indicadores de alerta relativos a los licitadores y al entorno externo

En la fase de diseño de un concurso, esto es, durante la definición de sus criterios técnicos y económicos, puede haber lugar a un delito cohecho si los requisitos y el pliego de condiciones se formulan con miras a favorecer a unos licitadores determinados en detrimento de otras ofertas competitivas. Por ejemplo, puede que los criterios de participación sean excesivamente selectivos o que establezcan requisitos que únicamente puedan cumplir unos pocos licitadores. El cohecho puede tener también por objeto la divulgación de información confidencial relativa a la licitación, de modo que, acto seguido, el contrato sólo pueda adjudicarse a los que estén al corriente de sus cláusulas y condiciones. Entre los potenciales indicadores se encuentran los siguientes:

- El proveedor tiene reputación de pagar sobornos;
- contratos comerciales ajenos a la actividad principal de los proveedores;
- trato favorable injustificado e inexplicado de un determinado licitador, atendiendo, por ejemplo, al número o la cuantía de los contratos que se le adjudican;
- exclusión sistemática y recurrente de licitadores que finalmente participan como subcontratistas, o
- intervención innecesaria de intermediarios en los contratos o adquisiciones, así como participación de sectores y/o países de alto riesgo.

Indicadores de alerta relativos al procedimiento de licitación

Durante la selección de los licitadores, los riesgos residen en la facultad discrecional que asiste a los funcionarios de contrataciones de decidir qué empresas cumplen el pliego de condiciones de la licitación y evaluar la calidad de las ofertas presentadas. El cohecho puede favorecer la selección de licitadores con empresas no cualificadas o noveles. En consecuencia, ha de prestarse atención a los indicios que apunten a patrones inusuales de puja y contratación no competitiva, más susceptibles de actos de corrupción por la inexistencia de concurso (y que a menudo se justifican por razones de premura en casos de emergencia o cuando están en juego intereses de la seguridad nacional). Entre los potenciales indicadores se encuentran los siguientes:

- Demoras significativas e inexplicadas entre el anuncio del ganador de la licitación y la celebración del contrato (posible indicio de que se está negociando un soborno), y
- convocatoria frecuente de licitaciones abiertas o restringidas que se dejan inconclusas, para acabar en un procedimiento negociado.

Indicadores de alerta relativos a la ejecución del contrato

Pueden utilizarse diferentes técnicas para camuflar el pago de sobornos, como la prestación de servicios ficticios, el inflado del volumen de trabajo, la modificación de los pedidos y la utilización de materiales de calidad inferior a la establecida en el contrato. En particular:

- Precios injustificadamente elevados y aumentos significativos de precios;
- baja calidad y aceptación tardía de la entrega por el funcionario de contrataciones;
- concentración de un volumen inusualmente elevado de compras en un único proveedor, y
- compras innecesarias o inadecuadas.

Indicadores de alerta relativos a los funcionarios sobornados

Los indicadores también pueden referirse a las actuaciones de los funcionarios que son blanco del soborno. Pueden incluir algunos de los siguientes:

- Volumen inusualmente alto de compras aprobadas por un único funcionario de contrataciones;

- aceptación por el funcionario de contrataciones de regalos o esparcimiento inadecuados;
- estrecha relación (de índole social incluso) entre el funcionario de contrataciones y el proveedor;
- incremento súbito e inexplicado del patrimonio del funcionario de contrataciones;
- el funcionario de contrataciones no ha declarado sus actividades al margen del cargo;
- el funcionario de contrataciones declina ser promovido a otros puestos desvinculados de compras;
- el funcionario de contrataciones se excede o se refrena en el desempeño de las funciones relacionadas con la adjudicación y administración de contratos propias de su cargo.

Fuente: OCDE, 2007. Source: OECD, 2007.

La detección puede realizarse a través de pruebas documentales o indiciarias (*p.ej.* modalidades de puja u operadores que actúan en contra de sus intereses económicos). Durante el proceso de selección, los licitadores no seleccionados, denunciantes o personas anónimas pueden revelar determinada información. La detección durante la ejecución del contrato sería supuestamente más sencilla, ya que es posible remitirse al pliego de condiciones de la licitación inicial (OCDE, 2007).

En la práctica, las autoridades competentes de varios países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han remitido información sobre prácticas contrarias a la competencia a sus respectivas comisiones de defensa de la competencia de¹⁵⁴. Por ejemplo, en los Países Bajos, la Autoridad de los Consumidores y los Mercados (ACM, por sus siglas en inglés) está cooperando con el Servicio neerlandés de Inteligencia e Inspecciones Tributarias (FIOD) en la investigación de una presunta vulneración del Derecho de la competencia y el FIOD está también investigando un posible caso de cohecho internacional. En Brasil, existen ejemplos de investigaciones de casos de vulneración de la legislación antimonopolio y cohecho en los que el CADE y las demás autoridades competentes brasileñas cooperan de manera estrecha.

Cuadro 28. Estudios de caso de Brasil: Casos Petrobras (2015) y Metro de São Paulo (abierto)

Caso Petrobras (2015)

El caso Petrobras brinda un ejemplo de caso de corrupción y cohecho internacional en la contratación pública vinculado con la financiación de un partido político y la manipulación de licitaciones. Las investigaciones abiertas en marzo de 2014 en el Estado de Paraná desvelaron múltiples redes de malversación de fondos públicos desde Petrobras, la compañía petrolera estatal brasileña. La existencia de dichas redes estaba inextricablemente ligada a una estructura fraudulenta de cártel que se remontaba a los inicios del decenio de 2000, articulada por un grupo de dieciséis empresas, contratistas generales de Petrobras. Las empresas coludieron para coordinar las adjudicaciones y amañar los precios en beneficio de las empresas del cártel. La trama entrañaba presuntamente el pago de coimas o comisiones clandestinas a responsables de Petrobras y políticos brasileños.

En marzo de 2015, el CADE y el Ministerio Público del Estado de Paraná alcanzaron un acuerdo de indulgencia con dos empresas supuestamente implicadas en el cártel. La función del CADE

¹⁵⁴ Australia, Lituania, Países Bajos y Reino Unido han comunicado casos en los que, en el marco de la investigación de un delito de cohecho, se pusieron al descubierto vulneraciones del Derecho de la competencia y se intercambiaron con las autoridades de defensa de la competencia.

es investigar prácticas anticompetitivas que estaban en el corazón mismo de esta trama.

Caso Metro de São Paulo (abierto)

Los primeros indicios del pago de una comisión del 15% (5,7 millones de reales brasileños) por parte de una sociedad francesa para obtener un contrato público en el Estado de São Paulo de 12,3 millones de euros (45,7 millones de reales brasileños) salieron a la luz en 1990, y nuevamente a propósito de la renovación de un contrato de 38 millones de euros, en 1998. Por todos esos conceptos la sociedad habría abonado presuntamente 8 millones de euros (20 millones de reales brasileños), de ellos 2,5 millones de euros al que a la sazón era el alcalde de São Paulo. Otras empresas extranjeras de Estados firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* – Canadá, Alemania, Japón y España– están presuntamente implicadas en la trama de cohecho y cártel. Los pagos fueron abonados supuestamente al Ministerio de Energía y a los miembros del consejo de administración de Companhia de Transmissão de Energía Eléctrica Paulista a través de un grupo de presión y dos sociedades extraterritoriales registradas en Bahamas y Panamá. Asimismo, como parte de la trama de coimas, se constituyeron sociedades pantalla en Uruguay.

En agosto de 2013, el CADE abrió una investigación administrativa tras firmarse, en mayo de 2013, el acuerdo de indulgencia con, de una parte, la empresa alemana Siemens y, de otra, el Ministerio Público Federal y el Ministerio Público del Estado de São Paulo, por posibles vulneraciones del Derecho de la competencia (cártel ilícito). En febrero de 2014, el objeto de las investigaciones fue ampliado a cohecho activo y blanqueo de capitales. Las investigaciones están siendo coordinadas entre el CADE, la Policía Federal brasileña, el Ministerio Público Federal y el Ministerio Público del Estado de São Paulo. El CADE ha presentado, asimismo, las conclusiones de la investigación al Ministerio Público del Distrito Federal, al Ministerio de Transparencia y a la Controladuría General de São Paulo. En marzo de 2016, se presentaron cargos contra cinco directivos de la compañía francesa por «delitos por infracción del orden económico».

Conclusión

Los organismos públicos examinados en este capítulo aún pueden hacer mucho más para detectar el delito de cohecho internacional. Aunque está aceptado que cada uno de estos organismos tiene conferido un mandato específico que no contempla entre sus prioridades la detección del cohecho internacional, su exposición a situaciones de riesgo de cohecho justifica que tengan un papel más activo que desempeñar a este respecto. Como se ilustra en el presente capítulo, algunos de los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han logrado detectar este delito mediante procesos específicos desarrollados por y para esos organismos, y no hay que descartar que otros países quieran estudiar cómo reproducir y trasladar esos procesos a sus jurisdicciones. En particular, es indispensable que las obligaciones y procedimientos de denuncia estén claros. Igualmente, deben organizarse unas actividades de capacitación y sensibilización adecuadas, que tengan en cuenta el papel concreto que desempeña cada uno de esos organismos y que incluyan medidas para detectar las señales de alerta sobre la comisión del delito de cohecho. Resulta también importante que las autoridades competentes proporcionen “retroalimentación” a dichos organismos a fin de que puedan seguir perfeccionando sus capacidades de detección del delito de cohecho internacional.

Capítulo 8

Procedimientos penales y otras actuaciones legales

Introducción

La comisión de un delito de cohecho internacional puede salir a la luz en el curso de otros procedimientos legales, como procedimientos penales centrados en otros delitos económicos y financieros, demandas civiles y arbitrajes internacionales. Hasta la fecha, aunque 9 de los 42 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han detectado presuntos casos de cohecho internacional en el marco de otros procedimientos legales, sólo 5 de las 263 tramas de cohecho internacional que culminaron en sanciones han sido detectadas de esta manera. Así pues, hay mucho margen para mejorar la prevención del cohecho internacional perfeccionando su detección en el marco de procedimientos legales abiertos y no relacionados.

Tal como se indicó en capítulos precedentes, el blanqueo de las ganancias ilícitas derivadas de delitos de cohecho puede dar lugar a investigaciones y denuncias por blanqueo de capitales. Los delitos fiscales cometidos en el marco de una trama de cohecho pueden ser detectados, en primer lugar, por las administraciones tributarias. Las investigaciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia de conductas anticompetitivas o cárteles pueden también sacar a la luz casos de cohecho internacional. El papel de las administraciones tributarias, los órganos de prevención del blanqueo de capitales y las autoridades de defensa competencia en la detección del cohecho internacional se examina en los Capítulos 5, 6 y 7 de este informe. En el Capítulo 9 se aborda la detección del cohecho internacional en el marco de la solicitud o prestación de asistencia jurídica mutua. La comisión del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros puede producirse también en entornos delictivos más amplios que los organismos nacionales competentes tengan en el punto de mira de sus investigaciones, y en los que se entremezclan otros delitos, como fraude, malversación de fondos o cohecho de funcionarios nacionales.

1. Detección en el marco de un procedimiento penal

En el contexto del presente informe, por «procedimiento penal» se entenderá cualquier procedimiento iniciado por las autoridades competentes, los fiscales o los jueces, a raíz de investigaciones preliminares o formales, actuaciones judiciales, negociaciones previas a la resolución judicial, juicios, sentencias y condenas penales. Otros muchos delitos transnacionales, como la vulneración de sanciones de la ONU, la extorsión y el fraude, pueden esconder tras de sí actos de cohecho internacional. Es esencial que las autoridades competentes estén atentas a cualquier prueba de cohecho internacional que se descubra al investigar otros delitos. Aunque es más probable que así suceda con motivo de la investigación de delitos económicos o financieros, esas pruebas

también podrían salir a la luz en el marco de la investigación de asuntos completamente diferentes.

1.1 Casos detectados en procedimientos penales independientes

Hasta este momento, por medio de la investigación de otros delitos se han detectado cuatro tramas de cohecho internacional que han culminado en la imposición de sanciones. Los principales problemas que se plantean a la hora de detectar y enjuiciar el cohecho internacional en el curso de otra investigación son los siguientes: determinar si los fiscales gozan de la independencia necesaria para abrir una investigación independiente por cohecho internacional; si cuentan con la competencia y las atribuciones requeridas para iniciar de oficio una investigación por cohecho internacional, y si tienen conferidas las facultades de investigación necesarias para llevar a cabo la investigación del delito de cohecho internacional. La solución del primer problema pasa por asegurar que los fiscales estén libres de influencias indebidas, en particular los ascendientes prohibidos por el artículo 5 del *Convenio Anticohecho OCDE*¹⁵⁵. En sus evaluaciones, el GTC examina sistemáticamente la aplicación que los países firmantes hacen del artículo 5. Con arreglo a las recomendaciones formuladas con ocasión de los Informes de evaluación por países correspondientes a la Fase 3, conviene persuadirse de que: los funcionarios públicos se abstienen de ponerse en contacto con los fiscales sobre casos específicos; el Ministro de Justicia no pueda interferir con su potestad decisoria en los procedimientos relativos a casos de cohecho internacional, y que el monopolio de la Fiscalía sobre los procedimientos penales y su resolución se ejerza con independencia del poder ejecutivo¹⁵⁶. En lo que respecta al segundo problema, los fiscales precisarían contar con:

- **Amplias facultades jurisdiccionales** para iniciar de oficio investigaciones por cohecho internacional, o para poder remitir efectivamente esas actuaciones a funcionarios homólogos de otras jurisdicciones (*p.ej.* el caso Agusta Westland expuesto en el Cuadro 29) o especializados en la investigación de delitos económicos y de cohecho (*p.ej.* el caso Futaba del Cuadro 30).
- **Un amplio elenco de técnicas de investigación especiales** a disposición de las autoridades competentes en casos de cohecho internacional, y la garantía de que esas autoridades contarán con recursos humanos y económicos suficientes para hacer uso de ellas.
- **Actividades de sensibilización y capacitación sobre el delito de cohecho de funcionarios públicos** e indicios de cohecho internacional, en particular sobre la forma de detectar y denunciar tales indicios a las fiscalías o autoridades investigadoras competentes, o de iniciar de oficio la investigación.

En **Italia**, dos casos tuvieron su origen en investigaciones de delitos que, en un principio, no parecían relacionados con el de cohecho internacional. Ambos casos fueron resultado de investigaciones independientes iniciadas por fiscales que investigaban entramados delictivos distintos.

¹⁵⁵ «La investigación y el enjuiciamiento del cohecho de un servidor público extranjero deberán sujetarse a los principios y las normas aplicables de cada Parte. En éstos no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado ni la identidad de las personas físicas o morales implicadas».

¹⁵⁶ Por ejemplo, Informe de la Fase 3 correspondiente a Argentina (2014); Informe de la Fase 3 correspondiente a Austria (2012) e Informe de la Fase 3 correspondiente a Francia (2012).

Cuadro 29. Estudios de caso de Italia: Casos Impregilo (abierto) y Agusta Westland (2014)

Este caso tuvo por objeto una serie de importantes operaciones con el Gobierno de Panamá y se incoó a raíz de las escuchas telefónicas realizadas al Sr. Valter Lavitola, un «mediador» muy cercano al Primer Ministro italiano por aquel entonces (el Sr. S. Berlusconi). Dichas escuchas fueron ordenadas en el marco de las investigaciones encaminadas a verificar un posible caso de extorsión perpetrado contra el Sr. Berlusconi y dieron lugar, finalmente, a la condena en firme del Sr. Lavitola por tentativa de extorsión.

A la luz de algunas de las conversaciones telefónicas interceptadas y de un documento hallado en el ordenador de la persona que hacía las veces de intermediario del Sr. Lavitola ante Sr. Berlusconi mientras él (el Sr. Lavitola) se encontraba en el extranjero para escapar de una posible orden de detención, se encontraron pruebas del posible papel del Sr. Lavitola como intermediario en las negociaciones sobre la adjudicación de una serie de licitaciones públicas convocadas por el Gobierno de Panamá. Tales licitaciones tenían por objeto la duplicación de la capacidad del Canal de Panamá y las obras relacionadas con su sistema de esclusas, la construcción de prisiones prefabricadas y modulares; patrulleras y helicópteros para la lucha contra el tráfico de drogas; y sistemas electrónicos de sensores a distancia y radares. El soborno consistió en un desembolso de no menos de 50 000 dólares estadounidenses, que se destinó a financiar un viaje privado a Cerdeña de Ricardo Martinelli, ex presidente de Panamá, además de en el compromiso de Impregilo de construir un hospital valorado en 20 millones de dólares estadounidenses. Dicho soborno se ofreció a cambio de contratos públicos para la ampliación del Canal de Panamá y la construcción del metro de la ciudad de Panamá (por importe de 1 500 millones de dólares estadounidenses). En algunas de las conversaciones interceptadas (*p.ej.* en el «caso helicópteros»), se apreciaron indicios de cohecho internacional en las licitaciones, habida cuenta del excesivo porcentaje acordado para el intermediario, que debía transferirse a través de una sociedad aún no constituida y cuyo único objeto consistía en llevar a cabo formalmente las licitaciones.

La fiscalía italiana hizo seguimiento de estos indicios y emprendió una investigación exhaustiva de todas y cada una de las operaciones y suministros, así como de las personas jurídicas que participaron en las distintas licitaciones convocadas por las autoridades panameñas. Más adelante, las investigaciones preliminares dieron lugar a la apertura del correspondiente procedimiento de instrucción. Algunas causas judiciales han concluido. Otras permanecen todavía hoy abiertas en el Tribunal de Nápoles. En enero de 2015, el Tribunal de Nápoles emitió una resolución aprobando el acuerdo de conformidad (*patteggiamento*) entre la Fiscalía de Nápoles y Valter Lavitola, condenando a éste a 11 meses de prisión por soborno de funcionarios públicos extranjeros. En el momento de elaborarse el presente informe, está pendiente de celebración en Nápoles un juicio contra varias personas físicas y jurídicas acusadas de incurrir en actividades corruptas en el marco de la licitación relativa a la construcción de prisiones modulares en Panamá, destinadas a la lucha contra el tráfico de drogas en el Canal.

Hay otros juicios derivados de estas investigaciones pendientes de celebrarse en otros tribunales, dependiendo de la jurisdicción territorial considerada: por ejemplo, en Roma se está sustanciando un procedimiento por el suministro de embarcaciones y sensores a distancia. Ello obedece a que la fiscalía de Nápoles comprobó, tras la declaración preliminar de un acusado, que los pactos iniciales relativos a las prácticas corruptas se habían celebrado en Roma; por tanto, el procedimiento relativo a esta parte de la investigación se remitió a la capital italiana.

Caso Agusta Westland (2014)

Este caso tiene por objeto un contrato de venta de helicópteros militares al Gobierno de la India por la compañía anglo-italiana Agusta Westland. En diciembre de 2012, en torno a 30 millones de euros fueron abonados como soborno al entonces Jefe de Estado Mayor de las Fuerzas Aéreas de la India y a sus hijos, a cambio de la compra por el Gobierno de la India de 12 helicópteros por un importe total de 556 millones de euros. La investigación por un posible delito de cohecho internacional fue incoada en virtud de las pruebas obtenidas mediante las escuchas telefónicas realizadas en el marco de una investigación independiente sobre presuntas prácticas de corrupción en el sector público italiano. Sobre el entonces Secretario Político del Ministro de Economía italiano recayeron sospechas de solicitar y obtener pagos ilícitos con miras a promover el nombramiento de ciertas personas como miembros del consejo de administración de empresas públicas italianas. Tras la incautación de documentos en poder del Director del área de

relaciones exteriores e institucionales de Finmeccanica y durante la declaración de esta persona ante los fiscales de Nápoles, éstos le inquirieron expresamente sobre posibles prácticas ilícitas corruptas de las que hubiese tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones en la empresa, a raíz de lo cual aparecieron informaciones sobre «rumores» en torno a posibles casos de cohecho internacional en la adjudicación en favor de Agusta Westland de una licitación india de helicópteros militares.

En esta fase se llevaron a cabo en Nápoles intensas investigaciones en las que medió la práctica de escuchas telefónicas a las personas físicas participantes en la licitación y la incautación de la documentación general conexas obrante en las instalaciones de la sociedad italiana. Tras la apertura oficial de las investigaciones por un posible delito de cohecho internacional, las personas investigadas impugnaron la competencia territorial de la fiscalía de Nápoles. El Fiscal General del Tribunal Supremo (competente para resolver los conflictos entre fiscalías) se pronunció a favor del Tribunal de Busto Arsizio, puesto que la empresa Agusta Westland estaba domiciliada allí. La investigación a cargo del Fiscal de Nápoles se remitió entonces, por razones de competencia territorial, a la Fiscalía del Tribunal de Busto Arsizio (cerca de Milán), que siguió el asunto hasta su conclusión, logrando una condena por cohecho internacional de dos personas físicas y la imposición de multas a dos personas jurídicas en virtud de un acuerdo de conformidad (*patteggiamento*). Siguen abiertos procedimientos contra otros tres acusados.

En **Japón**, la investigación de un delito económico interno dio lugar a la apertura de una investigación de un delito de cohecho internacional.

Cuadro 30. Estudio de caso de Japón: *Caso Futaba (2013)*

Futaba Industrial Co. (en adelante, «Futaba») es una sociedad que produce piezas de automóviles. En octubre de 2013, el Tribunal de Procedimiento Abreviado de Nagoya impuso una multa a Takehisa Terada, ex consejero delegado de Futaba, de 500 000 yenes japoneses por vulneración de la *Ley de Prevención de la Competencia Desleal* de Japón, en la que se tipifica el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Terada entregó 30 000 dólares hongkoneses y un bolso de señora con un valor de 140 000 yenes japoneses aproximadamente a un funcionario público chino con la intención de eludir las sanciones por incumplimiento de leyes y reglamentos de China, así como para obtener ventajas administrativas. Este caso fue sacado a la luz en el curso de las investigaciones que la policía de la Prefectura de Aichi llevaba a cabo sobre otros delitos económicos.

En este caso, la policía de la Prefectura de Aichi mantuvo varios encuentros con los fiscales del Distrito de Nagoya con objeto de analizar aspectos legales e intentar esclarecer los hechos. La Fiscalía del Distrito Nagoya ha designado fiscales especiales para la investigación de casos de cohecho internacional.

1.2 *Mecanismos para fomentar este tipo de detección y denuncia*

Todos los casos anteriores ilustran las iniciativas concretas adoptadas por los fiscales a fin de iniciar procedimientos diferenciados por cohecho internacional, sin relación próxima con la investigación inicial. Ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad que hay de hacer un uso óptimo y proactivo de todos los elementos de prueba disponibles. En concreto, las escuchas telefónicas han resultado ser una fuente importante de prueba a efectos de ampliar la investigación inicial a otros campos. La necesidad de ser proactivos es aún más evidente cuando la investigación se centra en personas clave que actúan como intermediarios entre políticos y empresarios. Además, es esencial impartir formación específica destinada a sensibilizar a las autoridades competentes y proporcionar los conocimientos necesarios que posibiliten una detección rápida de los hechos y el uso de todos los medios de investigación disponibles. Huelga añadir que una comunicación efectiva entre los distintos organismos nacionales que velan por el cumplimiento de la ley

resulta esencial para garantizar una detección efectiva de los hechos y la denuncia de los casos de cohecho internacional, así como la remisión del procedimiento, si fuera necesario.

Las enseñanzas extraídas de los casos antes mencionados demuestran que las autoridades competentes y los fiscales han de prestar especial atención a las pruebas de la comisión de delitos de cohecho internacional que pudieran salir a la luz con ocasión de la investigación de otro tipo de delitos, en especial los delitos económicos o financieros. En particular, debe prestarse especial atención a:

- Un uso proactivo de todos los medios de investigación, en particular escuchas telefónicas;
- un análisis exhaustivo de las pruebas en búsqueda de indicios de un posible delito de cohecho internacional;
- la independencia de los fiscales para iniciar de oficio investigaciones independientes de casos de cohecho internacional;
- la capacitación y sensibilización de los fiscales especializados en otros tipos de delitos sobre la exigencia de detectar y denunciar o investigar los delitos de cohecho internacional, y
- la existencia de canales de comunicación claros entre las autoridades competentes nacionales a fin de garantizar que los casos de cohecho internacional que se detecten en otros procedimientos penales sean puestos debidamente en conocimiento de los fiscales especiales anticorrupción.

2. Detección en el marco de un procedimiento civil

En el contexto del presente informe, por «procedimiento civil» se entenderá todo litigio de naturaleza no penal que deba ser resuelto judicial o extrajudicialmente. Un potencial caso de cohecho de funcionarios públicos extranjeros puede ser objeto de varios procedimientos civiles como, por ejemplo, demandas presentadas por inversores, accionistas o competidores, demandas por incumplimiento contractual, demandas civiles por organismos administrativos o procedimientos de indemnización por daños incoados por denunciantes¹⁵⁷. La oportunidad de detectar un caso de cohecho internacional durante un procedimiento civil requiere que las partes litigantes, sus abogados o el tribunal competente conozcan el delito y tengan voluntad de denunciarlo. Cuando un contrato es impugnado ante un tribunal, es probable que ni el demandante ni el demandado tengan interés en desvelar que el acuerdo inicial fue fruto del pago de un soborno. Además, los abogados pueden estar sujetos a normas en materia de confidencialidad y secreto profesional. La función de los abogados en la detección y denuncia de presuntos casos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros se expone en el Capítulo 10. Por otra parte, es posible que un juez civil no esté obligado o habituado a detectar y denunciar, de oficio, posibles infracciones penales reveladas en un proceso civil, especialmente en lo que respecta a nuevos delitos como el de cohecho de servidores públicos extranjeros. Así pues, hasta el momento, sólo se ha detectado un caso de cohecho internacional durante un

¹⁵⁷ El papel de los denunciantes como fuente de detección y la necesidad protegerlos de manera efectiva se ha analizado en el Capítulo 2 *supra*.

procedimiento de naturaleza no penal (véase el Cuadro 31). La experiencia práctica de algunos países (*p.ej.* Italia) muestra que se han destapado pruebas, o al menos indicios, en el marco de causas de divorcio y familiares en las que el marido o la esposa alegan un comportamiento ilegal de su cónyuge con objeto de impugnar su declaración de bienes.

Cuadro 31. Estudio de caso de Canadá: Hydro Kleen (2005)

Las acusaciones de cohecho internacional contra Hydro Kleen Systems Inc. salieron a la luz a raíz de una denuncia presentada ante la Real Policía Montada de Canadá (RPMC) por Innovative Coke Expulsion («ICE»), un competidor de Hydro Kleen Systems Inc. (en adelante, «HK»), acerca del comportamiento de un agente de fronteras estadounidense (García) con uno de sus trabajadores (antiguo trabajador de HK). Según ICE, García había prestado a HK servicios remunerados consistentes en facilitar la entrada de sus trabajadores en Estados Unidos. Asimismo, García introducía los nombres de los trabajadores de los competidores (entre ellos, ICE) en el sistema nacional automatizado de vigilancia de datos de inmigración, con lo que precipitaba un filtrado derivado que, en última instancia, daba lugar a la denegación de la entrada del trabajador de ICE. Este supuesto comportamiento dio lugar tanto a un procedimiento civil como a una investigación penal. Si bien la investigación se centró inicialmente en la presunta percepción de comisiones clandestinas por García, contraviniendo el artículo 426.1).a).ii) del Código Penal canadiense, sobre estos cargos, así como sobre los presentados contra HK por la comisión de un delito de cohecho internacional, en contravención de la *Ley canadiense sobre Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros* (CFPOA) (por aquel entonces recientemente promulgada) se resolvió en el marco de un procedimiento sustanciado en paralelo con el procedimiento civil incoado por ICE contra HK y García.

Este caso pone de manifiesto la importancia de que exista una relación de confianza entre las empresas del sector privado y las autoridades competentes (en este caso, la RPMC) a fin de facilitar la presentación de denuncias, así como la necesidad de que las autoridades competentes conozcan la legislación de su país en materia de cohecho internacional e investiguen a fondo la totalidad de cargos que puedan derivarse de una secuencia completa de hechos, ya que el delito de cohecho internacional puede presentarse en unión con otros delitos.

Tal como sucede con las autoridades judiciales penales, los organismos administrativos y los jueces civiles que intervienen en procedimientos civiles tienen que recibir una formación adecuada para poder apreciar, detectar y denunciar los casos de cohecho internacional que puedan salir a la luz en el marco de tales procedimientos.

3. Detección en el marco de un procedimiento arbitral

Por último, en este capítulo se va a analizar la interacción entre los procedimientos penales y arbitrales relativos al cohecho internacional, y si el arbitraje puede constituir una potencial fuente de detección de casos de cohecho internacional. En el contexto del presente informe, por «procedimiento arbitral» se entenderán los arbitrajes sobre inversiones internacionales que a menudo se utilizan para dirimir diferencias sobre inversiones internacionales entre un Estado y un inversor. Sin embargo, también pueden destaparse presuntos casos de corrupción en el contexto de otros arbitrajes mercantiles. Por ejemplo, los agentes o intermediarios comerciales, o incluso los socios locales de empresas conjuntas (*joint ventures*) que aspiran a percibir el pago de su retribución, pueden haber cometido actos constitutivos de cohecho. En cuanto a la potestad y obligación de los árbitros o del tribunal arbitral de denunciar los posibles delitos de cohecho internacional que salgan a la luz en el curso del procedimiento arbitral, es fundamental dilucidar si ello constituiría una vulneración de su obligación de mantener la confidencialidad del procedimiento. El *Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la*

*corrupción*¹⁵⁸, del Consejo de Europa, es el único instrumento internacional que toma en consideración la relación entre corrupción y arbitraje. Aunque el *Protocolo Adicional* impone a las partes la obligación de tipificar como delito el cohecho activo y pasivo de árbitros nacionales y extranjeros, guarda silencio en torno a la obligación de los árbitros o tribunales arbitrales de denunciar los presuntos casos de cohecho ante las autoridades nacionales competentes. Además, actualmente los códigos de conducta profesional de los árbitros no exigen ni alientan su denuncia. Existe, por consiguiente, una laguna legal a este respecto en el ámbito internacional. Por lo tanto, el deber de denuncia sólo puede derivarse de la legislación nacional a la que están sujetas las partes en el arbitraje.

Cuadro 32. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Banco Mundial)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) se estableció en virtud de un convenio internacional con la finalidad expresa de ofrecer servicios independientes y deslocalizados de arreglo de diferencias a los Estados e inversores extranjeros. Los procedimientos del CIADI tienen carácter autónomo y no pueden ser objeto de control por los órganos jurisdiccionales nacionales. De hecho, y salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio del CIADI se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Este principio es aplicable también al reconocimiento y ejecución de los laudos del CIADI: los órganos jurisdiccionales nacionales no podrán cuestionar la jurisdicción del tribunal del CIADI, los laudos que dicte sobre el fondo ni la equidad y regularidad del procedimiento seguido ante ese tribunal.

Así pues, la interacción entre los tribunales del CIADI y los tribunales nacionales es estructuralmente muy limitada. Asimismo, los árbitros están sujetos a estrictas normas de confidencialidad en virtud del Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI. Con ocasión de su nombramiento, todo árbitro del CIADI firma una declaración de independencia que incluye el compromiso de «mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a [su] conocimiento a consecuencia de [su] participación en [el] proceso, así como el contenido de cualquier laudo que [el] Tribunal dicte». En consecuencia, se deja muy poco o ningún margen para que los tribunales del CIADI puedan compartir la información obtenida en el contexto de un caso con los organismos nacionales competentes. A la vista de este marco legal, es improbable que se dé una colaboración entre los árbitros del CIADI y los organismos nacionales competentes. Procede señalar, no obstante, que el CIADI ha conocido de casos en los que se han examinado cuestiones relativas al delito de cohecho a la luz del orden público internacional. El CIADI declara fomentar una mayor toma de conciencia sobre el Derecho internacional en materia de inversiones y los procesos del Centro, y publica con regularidad decisiones y laudos.

Fuente: CIADI.

3.1 *Corrupción en procedimientos arbitrales*

Aun cuando un árbitro no tiene la obligación legal de informar sobre actividades corruptas, la puesta de dichas actividades en conocimiento de las autoridades competentes puede estar amparada por las excepciones a la confidencialidad por razones de interés público o en aras de la justicia. Así, por ejemplo, legislación recientemente promulgada por países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* prevé excepciones a la obligación de confidencialidad en los procedimientos arbitrales¹⁵⁹. En cambio, un informe del Grupo

¹⁵⁸ Vid. <https://rm.coe.int/168008370e>.

¹⁵⁹ El artículo 23.G).1) de la *Ley de Arbitraje Internacional de Australia* de 1974, en su versión modificada por la Ley núm. 5 de 2011, dispone: «Un tribunal podrá dictar una resolución por la que

de Trabajo sobre Derecho Penal y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) concluye que sería «contrario a la naturaleza del arbitraje y, en particular, a la confianza que las partes depositan en el árbitro, que un tribunal arbitral denunciara ante las autoridades los delitos apreciados»¹⁶⁰. Sin embargo, conforme a un principio jurídico firmemente arraigado en los sistemas tanto de Derecho anglosajón como de Derecho civil, no es posible dictar el laudo arbitral cuando la pretensión se basa en un contrato ilícito. Conforme a la jurisprudencia predominante de los tribunales arbitrales, en el contexto del cohecho y otras prácticas corruptas, un contrato que fomente la corrupción o esté contaminado de ella sería contrario al orden público internacional y no se consideraría exigible por vulnerar normas y costumbres. Actualmente, según la información de que disponen los autores, los hechos que dieron origen a 11 procedimientos actualmente en curso que atañen a 10 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* constituyen asimismo el objeto de otros tantos arbitrajes internacionales en materia de inversiones. En cuatro de estos casos, los procedimientos arbitrales precedieron a los procedimientos penales por delitos de cohecho internacional, mientras que, en otros cuatro casos, el arbitraje se inició después de las investigaciones por cohecho internacional. En los tres restantes, los arbitrajes y las investigaciones penales comenzaron al mismo tiempo. En algunos casos, se ha declinado prestar asistencia jurídica mutua hasta que se resuelva el arbitraje. Parece haber un número creciente de procedimientos arbitrales relacionados con asuntos en los que se están tramitando procedimientos penales o en los que se han impuesto multas por delitos de cohecho internacional.

autorice a una parte en un procedimiento arbitral a revelar información confidencial en relación con dicho procedimiento arbitral [...] si: a) el tribunal considera que, en las circunstancias del caso de autos, el interés público de preservar la confidencialidad del procedimiento arbitral pesa menos que otras consideraciones que hacen conveniente revelar la información por razones de interés público»; ii) el artículo 14.E).2) de la *Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda* de 1996 establece: «El Tribunal Superior sólo podrá dictar una resolución [autorizando a una parte a revelar información confidencial] si: a) considera que, en las circunstancias del caso de autos, el interés público de preservar la confidencialidad del procedimiento arbitral pesa menos que otras consideraciones que hacen conveniente revelar la información por razones de interés público», y iii) el Reglamento de Arbitraje de Escocia dispone, en su artículo 26.1): «1) La revelación por el tribunal, un árbitro o una de las partes de información confidencial sobre el arbitraje legitimará para emprender acciones por incumplimiento del deber de confidencialidad, salvo que dicha revelación: [...] c) sea obligada: [...] iii) a fin de que un organismo público o funcionario puedan ejercer adecuadamente sus funciones públicas; e) favorezca el interés público; f) sea necesaria en aras de la justicia».

¹⁶⁰ Grupo de Trabajo sobre Derecho Penal y Arbitraje de la CCI (Doc. 420/492).

Cuadro 33. Estudio de caso del CIADI: World Duty Free Company Limited vs. República de Kenia (ARB/00/7, 2006)

En el procedimiento arbitral *World Duty Free Company Limited* (en adelante, «WDF») vs. *República de Kenia*, la controversia trajo causa de un contrato celebrado en 1989 entre WDF, una compañía (con sede en Reino Unido) constituida en la Isla de Man, y la Autoridad Aeroportuaria keniana, en representación del Gobierno de Kenia, relativo a la construcción, mantenimiento y explotación de establecimientos libres de impuestos en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa. WDF presentó una demanda ante el CIADI, alegando la expropiación de sus bienes y el incumplimiento del contrato de 1989, después de que el Gobierno de Kenia hubiese instigado la adquisición de las acciones y activos de WDF. WDF adujo que, desde un principio, para poder hacer negocios con el Gobierno de Kenia se exigió al consejero delegado y accionista de WDF realizar una «donación personal» al entonces Presidente de Kenia. Dicha donación ascendió a 2 millones de dólares estadounidenses. El tribunal del CIADI concluyó que se había obtenido un contrato de construcción mediante prácticas corruptas. Por consiguiente, el tribunal constató: i) que el inversor no estaba legitimado jurídicamente para sostener ninguna de sus alegaciones «basándose en el orden público internacional y la política pública, de conformidad con la legislación aplicable al contrato»; ii) que «el delito de cohecho es contrario al orden público internacional en la mayoría de los Estados, si no de todos ellos, o en otros términos, contrario a la política pública transnacional», y iii) que «no cabe estimar las pretensiones basadas en contratos bajo sospecha de corrupción u obtenidos mediante prácticas corruptas [...]». Los hechos de este asunto son anteriores al *Convenio Anticohecho OCDE*.

Fuente: www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf.

Cuadro 34. Estudio de caso del CIADI: Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán (ARB/10/3, 2013)

En 2000, Metal-Tech, una empresa pública israelí que fabrica productos de molibdeno, creó una empresa conjunta (*joint venture*) con dos empresas públicas de Uzbekistán a fin de construir y explotar una planta de fabricación de productos de molibdeno. Metal-Tech debía aportar su tecnología, conocimientos técnicos y el acceso a los mercados internacionales, así como una parte de la financiación necesaria para la nueva planta, mientras que las empresas uzbekas debían aportar edificios, construcciones, maquinaria, equipos y molibdeno en bruto destinado a ser transformado en fábrica. En 2006, la Fiscalía de la región de Tashkent emprendió acciones penales porque los responsables de la empresa conjunta habían cometido abuso de autoridad causando perjuicios a Uzbekistán. Un mes después, el Consejo de Ministros de Uzbekistán adoptó una resolución por la que se anuló el derecho exclusivo de la empresa conjunta de comprar las materias primas requeridas para la elaboración de productos de molibdeno y la exportación de esos productos. A raíz de ello, las compañías uzbekas resolvieron sus contratos con la empresa conjunta, contra la que se emprendió un procedimiento de concurso de acreedores. Pese a las objeciones planteadas por Metal-Tech ante los tribunales uzbekos, la empresa conjunta fue liquidada y cancelada en el registro estatal de personas jurídicas en 2009.

En su solicitud de arbitraje, Metal-Tech alegó que Uzbekistán había incumplido sus obligaciones dimanantes de la legislación nacional y del convenio bilateral de inversión entre Israel y Uzbekistán, entre otras razones por no haber dispensado a Metal-Tech y a sus inversiones un trato justo y equitativo, así como una protección y garantía plenas y permanentes; por incumplimiento y desistimiento del contrato de empresa conjunta; por expropiación de activos de Metal-Tech al margen del procedimiento legal debido, y por adoptar medidas injustificadas y discriminatorias que obstaculizan la gestión, el uso, disfrute y disposición de la inversión del demandante. Uzbekistán negó las alegaciones de Metal-Tech, adujo que el tribunal no era competente para conocer de las pretensiones derivadas del convenio bilateral de inversión y de la legislación uzbeka, y formuló demanda de reconversión solicitando el resarcimiento de los daños supuestamente ocasionados por la conducta ilegal de Metal-Tech.

También en la resolución dictada en el asunto *Metal-Tech*, un tribunal del CIADI concluyó que la corrupción había quedado suficientemente acreditada en ese procedimiento «en grado suficiente para vulnerar la legislación uzbeka aplicable a la ejecución de la inversión del demandante en Uzbekistán». En consecuencia, la inversión no fue «realizada conforme a las leyes y los reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, tal como exige [...] el convenio bilateral de inversión [...] y [por tanto] este Tribunal no es competente para resolver la diferencia». Los hechos controvertidos en este caso tuvieron lugar antes de la entrada en vigor, en Israel, del delito de cohecho internacional.

3.2 *Mecanismos que facilitan la detección e intercambio de información en el contexto de un arbitraje*

Lógicamente, la confidencialidad del procedimiento es uno de los principales atractivos que presenta resolver las controversias de inversión mediante el arbitraje. Así pues, la posibilidad de que los indicios de cohecho que salgan a la luz en el curso de un procedimiento arbitral sean denunciados ante las autoridades competentes representaría un inconveniente significativo a la hora de optar por el arbitraje. No obstante, deben establecerse soluciones para que el arbitraje no sea utilizado como puerto seguro para transacciones comerciales corruptas. Las directrices o los códigos de conducta para árbitros y tribunales arbitrales podrían actualizarse a fin de incluir orientaciones sobre la interacción con las autoridades nacionales competentes, de manera que siempre que los tribunales arbitrales decidan –como en el caso *Metal-Tech vs. Uzbekistán*– que no procede pronunciarse sobre el asunto porque el contrato de inversión inicial fue obtenido mediante soborno, puedan informar a las autoridades competentes. Además de hacer posible la persecución del cohecho internacional, ello reforzaría la integridad y credibilidad de los arbitrajes y de los consiguientes laudos, con la ventaja adicional de prevenir la corrupción en el entorno de los procedimientos arbitrales, por ejemplo, sobornando al tribunal para influir en el laudo.

Conclusión

Cualquier procedimiento legal independiente puede constituir una importante fuente de información –fácilmente accesible– de posibles casos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros. En cuanto a otros procedimientos penales, las autoridades competentes deben recibir una formación que les permita detectar posibles casos de cohecho internacional en operaciones internacionales y, en caso necesario, comunicarse con la unidad especializada competente y remitirle el asunto. En los procedimientos civiles, los organismos administrativos y los órganos judiciales intervinientes han de recibir una formación eficaz sobre la detección y la comunicación a las autoridades competentes de las denuncias de cohecho. Por último, en lo que atañe a las denuncias de cohecho internacional surgidas en el marco de arbitrajes en materia de inversiones internacionales, la comunidad arbitral podría sopesar la posibilidad de promulgar directrices o códigos de conducta para poder identificar y abordar tales denuncias, incluida la posible interacción con las autoridades nacionales competentes.

Capítulo 9

Cooperación internacional

Introducción

Además de la función trascendental que la cooperación internacional desempeña en la obtención de pruebas en los casos de cohecho internacional, dicha cooperación puede ser también un instrumento efectivo para detectar esos casos. Hasta la fecha, un 7% de las tramas de cohecho sancionadas se han detectado a partir de solicitudes de asistencia jurídica mutua.

El artículo 9 del *Convenio Anticohecho OCDE* prevé que «cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte»¹⁶¹. Si bien la tarea principal de un país que recibe una solicitud de asistencia jurídica mutua consiste en dar cumplimiento a la misma, el país requerido puede también detectar, a través de dicha petición, delitos de cohecho internacional sujetos a su jurisdicción¹⁶². La detección del cohecho internacional puede derivarse de solicitudes formales de cooperación, así como de la información recabada por canales informales de ayuda. Por ejemplo, en Canadá, el *caso SNC-Libia* de cohecho internacional fue incoado sobre la base de la información recibida a través de canales de cooperación internacional. En Suecia, hay abiertas tres investigaciones como consecuencia de solicitudes de asistencia. La información transmitida por organizaciones internacionales, en concreto los bancos multilaterales desarrollo, también puede poner al descubierto pruebas de cohecho internacional. Lituania ha emprendido también una investigación por cohecho internacional a raíz de una solicitud de asistencia recibida de otro país firmante del *Convenio Anticohecho OCDE*. En Noruega, se han abierto varias investigaciones sobre esta base, así como en virtud de información espontáneamente intercambiada por otras jurisdicciones.

¹⁶¹ Puede encontrarse información sobre los sistemas de cooperación internacional en el documento de la OCDE titulado *Tipos de Asistencia Jurídica Mutua en casos de Cohecho Internacional*, disponible en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/TypologyMLA2012.pdf> (versión en inglés).

¹⁶² En este sentido, el país requerido debe alcanzar un equilibrio entre su obligación internacional de atender, en un plazo razonable, la solicitud y su propia investigación del delito cometido en su jurisdicción. Aunque el objetivo principal ha de ser proporcionar la ayuda requerida de la manera más rápida y eficiente posible, puede haber excepciones. Los supuestos en que el país requerido considere que puede estar justificada una demora en la ejecución de una solicitud a fin de posibilitar el avance de sus propias indagaciones deben ser estudiados y coordinados perfectamente con el Estado requirente.

1. Necesidad de contar con unas autoridades centrales eficientes y diligentes

Como principales destinatarias de las solicitudes de asistencia jurídica mutua, las autoridades centrales pueden desempeñar un papel clave en la detección de delitos de cohecho internacional. Para ello, esas autoridades han de contar con una buena formación a fin de poder detectar, con motivo de las solicitudes de asistencia jurídica mutua que reciban, presuntos delitos de cohecho internacional que puedan estar sujetos a su propia jurisdicción nacional. Cada uno de los países firmantes ha designado autoridades centrales con la facultad de recibir las solicitudes de asistencia jurídica mutua y de responder a las mismas.

El GTC publica con regularidad una lista de los puntos de contacto designados por los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* a efectos de cooperación internacional¹⁶³.

Además de las autoridades centrales, normalmente también participan en la ejecución de las medidas solicitadas las autoridades de investigación y el ministerio público. Por consiguiente, las autoridades centrales juegan un papel clave a la hora de garantizar que dichos órganos, que son los que realmente dan cumplimiento a las solicitudes, se detengan a considerar si las mismas ponen al descubierto delitos de cohecho internacional cometidos por sus nacionales y si procede abrir una investigación en su país.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Función de la autoridad central en el intercambio con las autoridades competentes de información obtenida a partir de las solicitudes de asistencia jurídica mutua que se reciben

Israel

Israel ha designado al Departamento de Asuntos Exteriores de la Fiscalía del Estado como la autoridad central para la recepción de solicitudes de asistencia jurídica mutua al amparo tanto de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUCC) como del *Convenio Anticohecho OCDE*. El Subdirector de dicho Departamento es también miembro de la Comisión Interministerial de Israel sobre Cohecho Internacional, de la que forman parte las autoridades de investigación y las fiscalías israelíes responsables de la aplicación de la ley en materia de lucha contra el cohecho internacional. Como norma general y de forma sistemática, el Subdirector examina todas las solicitudes de asistencia jurídica mutua a efectos de determinar si ponen de manifiesto hechos o información que pudieran indicar la comisión de un delito de cohecho internacional con arreglo a la legislación israelí. Cuando es así, la información es trasladada a la Comisión Interministerial para que la examine y determine si procede abrir una investigación en Israel. Al mismo tiempo, por supuesto, se adoptan todas las medidas necesarias para garantizar que la solicitud de asistencia jurídica mutua sea estudiada y tramitada sin dilación.

¹⁶³ Puntos de contacto designados por los países a efectos de cooperación internacional, en www.oecd.org/daf/anti-bribery/GTC-Country-Contact-Points-International-Cooperation.pdf.

2. Cómo detectar el cohecho internacional

2.1. A partir de las solicitudes de asistencia jurídica mutua

Es posible obtener pruebas de cohecho internacional tanto de la solicitud de asistencia jurídica mutua misma como de la documentación de apoyo que la acompañe. Los países requeridos pueden solicitar al país requirente de la asistencia jurídica mutua que, como requisito para dar curso a la solicitud, proporcione información de apoyo de la existencia del presunto delito. En concreto, procederá requerir información de apoyo más sólida sobre el supuesto delito si el país requirente solicita la adopción de medidas coercitivas, como la búsqueda y captura¹⁶⁴.

La exposición de los hechos y las pruebas aportadas pueden ofrecer información útil al país requerido en torno a la posible implicación de ciudadanos y empresas nacionales en delitos de cohecho cometidos en el extranjero, pudiendo servir por tanto de fundamento para abrir una investigación. Por ejemplo, una solicitud de asistencia jurídica mutua presentada por un país en el marco de una investigación por cohecho pasivo puede desvelar información que justifique la apertura de una investigación por cohecho internacional activo cometido por personas físicas o jurídicas del país requerido. La implicación de sus nacionales podría hacerseles a las autoridades del país requerido incluso más evidente con motivo de la ejecución de la solicitud.

Cuadro 35. Estudio de caso de Suecia: OMPI (2016)

En septiembre de 2013, la Unidad Nacional Anticorrupción de Suecia recibió una solicitud de asistencia jurídica mutua de las autoridades suizas. El fiscal suizo había iniciado una investigación sobre un ciudadano británico residente en Suiza, el Sr. M, por haber supuestamente aceptado sobornos en el marco de una licitación pública de servicios de traducción convocada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). El soborno (estancia hotelera, comidas en restaurantes y tratamientos de spa por importe de 2 400 francos suizos) fue pagado por el director general de una empresa sueca, el Sr. J, que participaba en la licitación pública de traducciones, y la hija de éste, la Sra. J, había colaborado con él para efectuar las reservas y todos los pagos en favor del Sr. M y su esposa. En su solicitud, el fiscal suizo solicitó a las autoridades suecas el interrogatorio de los ciudadanos suecos.

Sobre la base de esta información, la Unidad Nacional Anticorrupción de Suecia decidió abrir una investigación. En esta situación concreta, el fiscal sueco se percató de que había muy pocas posibilidades de que el fiscal de Suiza pudiera encausar a los ciudadanos suecos por sus actos. El fiscal suizo facilitó a su homólogo sueco, a petición de éste, todas las pruebas necesarias recopiladas en la investigación suiza, en concreto las facturas de hotel y los correos electrónicos entre los ciudadanos suecos y el establecimiento hotelero.

El 7 de septiembre de 2016, el Tribunal Penal sueco condenó a la Sra. J por el pago de sobornos a un funcionario público extranjero. Se le sentenció al pago de una sanción pecuniaria (equivalente a 100 días de su salario). El Sr. J fue absuelto, por lo que no se impusieron multas de empresa. En el momento de elaborarse el presente informe, la absolución del Sr. J y de la empresa había sido recurrida y estaba pendiente ante el Tribunal de Apelación.

En el caso de las solicitudes de asistencia jurídica mutua con información que apunte a la comisión de un delito de cohecho internacional en el país requerido, la fiscalía pública competente en casos de cohecho internacional desempeña, tras el examen a cargo

¹⁶⁴ OCDE (2012): *Tipos de Asistencia Jurídica Mutua en casos de Cohecho Internacional*, pág. 22.

de la autoridad central, un papel fundamental en la ejecución de las solicitudes de asistencia jurídica mutua relacionadas con el soborno de funcionarios públicos extranjeros. De esta manera, la fiscalía determina el vínculo que hubiere con el país requerido y si hay pruebas suficientes para abrir una investigación.

Cuadro 36. Estudios de caso relativo a Suiza y Estados Unidos: Alstom Indonesia, Egipto, Arabia Saudí y Bahamas (2015)

En este caso, Alstom S.A., sus filiales y sus trabajadores y agentes pagaron sobornos a funcionarios públicos de varios países del mundo, en particular de Indonesia, Egipto, Arabia Saudí y Bahamas, para obtener contratos de energía eléctrica, señalización y transporte.

Tras realizar un registro de la filial suiza de la compañía, Suiza remitió una solicitud de asistencia jurídica mutua a Estados Unidos en la que se dejó constancia de posibles infracciones de la legislación estadounidense. Tanto la exposición de hechos contenida en la solicitud como la documentación que la acompañaba hacían mención de la intervención de intermediarios estadounidenses y cuentas bancarias estadounidenses para facilitar la supuesta trama de cohecho, así como de la implicación de una filial estadounidense en el delito de cohecho. Sobre la base de esta solicitud, el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ) abrió diligencias. El DOJ y el Fiscal General de Suiza estuvieron en estrecho contacto, cooperando durante toda la investigación. Suiza proporcionó una asistencia considerable a las autoridades estadounidenses, que facilitó la investigación estadounidense.

En diciembre de 2014, Alstom se declaró culpable de haber vulnerado la *Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero* (Ley FCPA) con la falsificación de sus libros contables y registros y por no haber tenido instaurados unos controles internos adecuados. Por estos cargos, en noviembre de 2015, Alstom S.A. fue sentenciada a pagar una multa de 772 millones de dólares estadounidenses. La filial suiza de Alstom también se declaró culpable de conspiración para infringir los preceptos anticuhecho de la Ley FCPA y fue condenada. Las filiales estadounidenses de Alstom (Alstom Power Inc. y Alstom Grid Inc) suscribieron, en diciembre de 2014, sendos acuerdos de enjuiciamiento diferido (DPA) en los que admitieron haber conspirado para infringir las normas anticuhecho de la Ley FCPA.

Fuente: Sitio web del Departamento de Justicia de Estados Unidos: www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-alstom-sa-et-al-court-docket-number-314-cr-00245-jba-314-cr.

Las solicitudes de asistencia jurídica mutua de países extranjeros han propiciado la apertura de investigaciones por cohecho internacional en otros tantos países firmantes del *Convenio Anticuhecho OCDE*:

- Las solicitudes de asistencia jurídica mutua son la primera fuente de detección del cohecho internacional de funcionarios públicos extranjeros en la **República Checa**. En el momento de elaborarse el presente informe, se habían detectado dos casos por esta vía. El primero de ellos, salió a la luz a raíz de dos solicitudes de asistencia jurídica mutua de un país no signatario del *Convenio Anticuhecho OCDE*. La investigación resultante fue cerrada porque, en ese momento, en la República Checa no estaba prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas y ninguna persona física checa estaba implicada en los hechos denunciados. El segundo caso está en curso y se descubrió a raíz de una solicitud de asistencia jurídica mutua de un Estado firmante del *Convenio Anticuhecho OCDE*¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Párrafo 35 del Informe de la Fase 4 correspondiente a la República Checa.

- El **Reino Unido** también tiene experiencia en emprender investigaciones en el ámbito nacional sobre la base de información proporcionada por las autoridades extranjeras competentes, a través de solicitudes de asistencia jurídica mutua o por canales menos formales, en particular mediante el intercambio de información con la SEC de **Estados Unidos** (en los *casos Innospec* y *Mondial*) y con la Dirección Nacional **noruega** de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente (ØKOKRIM)¹⁶⁶.
- En los **Países Bajos**, a raíz de una solicitud de asistencia jurídica mutua de un país no signatario del *Convenio Anticohecho OCDE*, las autoridades neerlandesas competentes iniciaron una investigación paralela sobre una empresa nacional sospechosa de haber sobornado a las autoridades portuarias de un país no firmante del *Convenio Anticohecho OCDE* para obtener un contrato de ejecución de trabajos de dragado.

2.2. *A partir de canales informales de cooperación*

Por medio de la cooperación informal, los agentes del orden también pueden recibir información, que desconozcan, sobre presuntos casos de cohecho internacional en los que estén implicados ciudadanos y empresas nacionales en el extranjero. La información intercambiada de manera informal no puede ser utilizada directamente en actuaciones judiciales, pero puede usarse para recabar pruebas e iniciar procedimientos. Por ejemplo, los canales informales pueden permitir a las autoridades competentes intercambiar información con autoridades homólogas en el extranjero de un modo más informal antes de enviar una solicitud de asistencia jurídica mutua. Así pues, la cooperación informal puede ser una forma de detectar potenciales casos y facilitar el acceso a información que más adelante pueda utilizarse como prueba en un procedimiento judicial. El G20 ha reconocido que «promover, siempre que sea posible, mecanismos de cooperación informal antes de la presentación de una solicitud de asistencia jurídica mutua» es un mecanismo que puede contribuir eficazmente a superar los problemas que plantea ese tipo de solicitudes¹⁶⁷.

Los contactos informales pueden tener lugar mediante intercambios bilaterales o redes internacionales. Entre dichas redes, se incluyen las reuniones del Grupo de Trabajo de la OCDE, la Red Judicial Europea, el Grupo Egmont, IberRed, la Red OEA de Prevención del Delito, la Red de Personas de Contacto del Commonwealth, CARIN, ARINSA, RRAG-GAFISUD y la Iniciativa StAR. Recientemente, se han creado otras dos redes –el Grupo de Expertos sobre Cohecho Internacional (GECI) y el Acuerdo de Brasilia– con el fin de facilitar los contactos directos e informales entre las autoridades competentes en los casos de cohecho internacional (véase el apartado 4).

Los funcionarios de enlace ubicados en el extranjero también pueden ser de utilidad para facilitar una cooperación informal. Su presencia física facilita el contacto informal con las autoridades competentes, así como las comunicaciones informales. Los funcionarios de enlace también pueden encontrarse con denuncias de cohecho

¹⁶⁶ Párrafo 48 del Informe de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido.

¹⁶⁷ *Principios de Alto Nivel sobre Asistencia Judicial Recíproca* del G20, disponibles en el siguiente enlace: www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/G20High-LevelPrinciplesonMutualLegalAssistance.pdf;jsessionid=BBE345A6F309680DAF50B44DECDEE2FA.2cid334?blob=publicationFile&v=1.

internacional en los medios, documentos judiciales y otras fuentes locales, y ponerse en contacto de manera informal con las autoridades locales competentes para pedir más información. Como ejemplo, la policía federal **australiana** ha creado una red de 93 funcionarios internacionales de enlace ubicados en 30 países. Los funcionarios de enlace de la policía **danesa** destinados en cuatro países extranjeros son responsables, cada uno de ellos, de una determinada zona geográfica, habiéndose enviado otros funcionarios de enlace a Europol e Interpol¹⁶⁸. La Real Policía Montada de **Canadá** (RPMC) cuenta con unos 50 funcionarios de enlace en 30 ciudades de las regiones de Asia-Pacífico, Oriente Medio, África, Europa, América del Norte, Sudamérica y el Caribe.

Cuadro 37. Estudio de caso de Israel: Caso de Europa del Este (abierto)

A través de la *base de datos* del GTC (dicha *base de datos*, elaborada por la Secretaría de la OCDE sobre la base de fuentes públicas y utilizada y gestionada por el GTC para hacer seguimiento de la evolución de los casos, contiene una recopilación de presuntos casos de cohecho internacional), la autoridad central israelí tuvo conocimiento de un posible delito de cohecho internacional en un país de Europa del Este no signatario del *Convenio Anticohecho OCDE*, cometido por la filial de una compañía israelí. Dado que la información era insuficiente para considerar la apertura de una investigación en Israel, la autoridad central israelí contactó con un agente de la autoridad homóloga en el mencionado país de Europa del Este, al que conocían de las reuniones del Comité de Expertos del Consejo de Europa sobre el funcionamiento de los convenios europeos de cooperación en materia penal (PC-OC), que a su vez les puso en contacto con la Agencia Anticorrupción de dicho país. Dicha Agencia comunicó a la autoridad central israelí que se había enviado una solicitud de asistencia jurídica mutua a Israel con arreglo al Convenio del Consejo de Europa, pero que aún no había sido recibida.

La autoridad central israelí consiguió recibir por correo electrónico una copia de la solicitud, de forma que pudo examinarla antes de recibirla formalmente a fin de que tanto la Comisión Interministerial como la Unidad de Asistencia Jurídica de la Policía de Israel pudieran actuar rápidamente sobre la base de la solicitud. Cuando una Unidad de la Policía israelí atendió la solicitud de asistencia jurídica mutua, las pruebas recabadas constituyeron el fundamento para abrir una investigación en Israel en materia de cohecho internacional.

Otras solicitudes de asistencia jurídica mutua han sido presentadas y atendidas entre los dos países y la autoridad central israelí ha efectuado con regularidad consultas y se ha coordinado con la Agencia Anticorrupción del país en cuestión de Europa del Este, trasladando periódicamente a la Comisión Interministerial toda la información pertinente y las novedades. La investigación seguía en curso en el momento de elaborarse el presente informe.

3. Remisión de casos por las organizaciones internacionales

Las organizaciones internacionales pueden desempeñar un papel fundamental poniendo al descubierto presuntos casos de cohecho internacional que remitir a las autoridades nacionales para que sean investigados y enjuiciados, y ofreciendo modalidades complementarias de cooperación internacional. En este sentido, la *Recomendación Anticohecho de 2009* de la OCDE establece que los países deberán «investigar seriamente las acusaciones creíbles de cohecho de servidores públicos extranjeros remitidas a ellos por organismos gubernamentales internacionales, como los bancos de desarrollo internacionales y regionales». Esta cooperación internacional complementaria ha demostrado su utilidad en la lucha contra el cohecho internacional.

¹⁶⁸ Párrafo 52 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Australia y párrafo 153 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Dinamarca.

Los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* han sancionado con éxito cuatro tramas de cohecho internacional que habían sido detectadas inicialmente en casos remitidos por organizaciones internacionales. Dos casos fueron remitidos a Suecia por el Banco Mundial (Suecia); la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF por sus siglas en francés) remitió un caso a Bélgica y sobre el otro caso no se tienen datos (Luxemburgo).

Un ejemplo muy notable es la cooperación entre la Vicepresidencia de Integridad Institucional (INT) del Banco Mundial y las autoridades nacionales competentes. Con arreglo a las normas y los procedimientos del Banco Mundial, así como los memorandos de entendimiento (ME) firmados con ciertos países, el Banco puede transmitir información a las autoridades nacionales acerca de posibles conductas irregulares como, por ejemplo, el pago de sobornos, que se cometan en relación con proyectos financiados por el Banco. Dado que los procedimientos aplicados por el Banco son de índole administrativa, las medidas de investigación que éste puede adoptar son limitadas. Tiene la facultad de imponer sanciones administrativas, en virtud de las cuales las personas físicas o jurídicas pueden quedar inhabilitadas, temporal o permanentemente, para participar en contratos financiados por el Banco. Dichas sanciones son públicas y, si cumplen determinados criterios, pueden traer consigo la inhabilitación simultánea por otros bancos multilaterales de desarrollo. El Banco carece de potestades penales sancionadoras, por lo que remite los casos a fin de que las autoridades nacionales competentes puedan emprender su propia investigación independiente y determinar si se ha vulnerado la legislación nacional. Esta cuestión adquiere especial relevancia en los supuestos de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en el marco de proyectos financiados por el Banco.

Cuadro 38. Estudio de caso del Reino Unido: *Macmillan Limited* (2011)

El Reino Unido también ha emprendido investigaciones a nivel nacional a partir de la información facilitada por el Banco Mundial y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), en concreto en el caso de cohecho *Macmillan Limited* en Sudán. En este asunto, *Macmillan* efectuó pagos irregulares con motivo de un procedimiento de licitación infructuoso relativo a un proyecto de educación, financiado por un fondo gestionado por el Banco Mundial, cuyo objetivo era suministrar libros de texto a Sudán del Sur. La información fue remitida inicialmente por la INT del Banco Mundial a la antigua Unidad Anticorrupción Extranjera (OACU) de la Policía Metropolitana de Londres, en 2010. La remisión consistió en una declaración testifical de una persona conocedora de las circunstancias. Debido a los estrictos requisitos que regulan los intercambios de documentación de la INT, la OACU emprendió su propia investigación preliminar y utilizó la declaración remitida por el Banco a efectos de realizar indagaciones, en lugar de recabar formalmente desde un principio documentación adicional de la INT. La OACU practicó registros en las viviendas de tres personas y en las oficinas de *Macmillan* e interrogó a tres personas. De este modo, obtuvo múltiples pruebas. La Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO) intervino cuando la empresa, a su vez, se *autoinculpó*. Tras las conversaciones mantenidas entre la SFO y la Policía Metropolitana de Londres, las investigaciones fueron acumuladas. En 2010, el Grupo del Banco Mundial inhabilitó a *Macmillan Limited* por un período de tres años. En 2011, el asunto se cerró en el Reino Unido mediante una *acción civil de restitución* por la que se exigió a *Macmillan* desembolsar 17,7 millones de dólares estadounidenses.

La OACU tenía suscrito un memorando de entendimiento (ME) global con la INT del Banco Mundial. No existía un ME específico de este caso. En la actualidad, la SFO de Reino Unido tiene también suscrito un ME global con la INT.

Fuente: Informes de las Fases 3 y 4 correspondientes al Reino Unido; Banco Mundial (2010): «El Grupo del Banco Mundial inhabilita a *Macmillan Limited* por corrupción en un Proyecto de

Educación financiado por el Banco Mundial en Sudán del Sur» (*The World Bank Group Debars Macmillan Limited for Corruption in World Bank supported Education Project in Southern Sudan*), comunicado de prensa N° 2010/370/INT, disponible en el enlace www.worldbank.org/en/news/press-release/2010/04/30/the-world-bank-group-debars-macmillan-limited-for-corruption-in-world-bank-supported-education-project-in-southern-sudan; artículo de *The Guardian* (2011) con el titular «Macmillan condenada a pagar 17 millones de US\$ por actos de corrupción en Sudán del Sur» (*Macmillan ordered to pay \$17m for corruption in South Sudan*), disponible en el enlace <https://www.theguardian.com/global-development/2011/jul/25/macmillan-education-deal-south-sudan>.

Desde 1999, el Banco Mundial ha remitido 452 casos a las autoridades competentes; de ellos, 135 correspondieron a países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE*. Los casos remitidos comprenden supuestos de cohecho internacional y de prácticas fraudulentas, colusorias y coercitivas.

- En los **Países Bajos**, las autoridades neerlandesas competentes iniciaron una investigación penal a raíz de la información transmitida por la INT del Banco Mundial acerca de presuntos pagos de sobornos a funcionarios de la institución y otros funcionarios públicos extranjeros en relación con proyectos financiados por el Banco. En este caso, se firmó un memorando de entendimiento (ME) con el Banco Mundial con miras a facilitar aún más el intercambio de información¹⁶⁹. El ME no se circunscribe a un solo caso, por lo que cabe remitir información sobre otros casos de cohecho internacional al amparo de dicho ME.
- En **Dinamarca**, la Fiscalía de Delitos Económicos e Internacionales Graves (SØIK) colaboró con organizaciones internacionales en dos casos de cohecho internacional y está estudiando firmar un ME con el Banco Mundial y otros bancos multilaterales de desarrollo.

Cuadro 39. Estudio de caso de Noruega: *Norconsult Tanzania (2012)*

Norconsult es una empresa noruega de servicios de ingeniería y consultoría. En 2003, Norconsult y dos sociedades extranjeras celebraron un contrato con el Servicio de Suministro de Agua y Alcantarillado de Dar es-Salam (DAWASA), un organismo local de Tanzania, para modernizar el sistema de aguas y saneamiento de la ciudad. La Dirección Nacional noruega de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente (ØKOKRIM) estima que, entre septiembre de 2003 y julio de 2006, se pagaron sobornos por un total aproximado de 200 000 dólares estadounidenses.

Los pagos cesaron una vez que la investigación del Banco Mundial revelara el soborno de funcionarios del DAWASA a cambio de la adjudicación de un contrato financiado por el Banco Mundial por valor de 6,4 millones de dólares estadounidenses. Los pagos de sobornos se camuflaron como «gastos comerciales».

La INT trasladó las conclusiones de su investigación sobre fraude y corrupción en proyectos del Banco Mundial a la ØKOKRIM. En 2009, tras recibir la información remitida por el Banco Mundial, la ØKOKRIM envió una notificación de sanción a la empresa por un importe de 4 millones de coronas noruegas (700 000 dólares estadounidenses) que la empresa rehusó pagar. En 2011, la ØKOKRIM acusó a tres trabajadores de la empresa de vulnerar la legislación noruega en materia de lucha contra el cohecho internacional.

¹⁶⁹ Párrafo 14 del Informe de la Fase 3 correspondiente a los Países Bajos.

En octubre de 2012, el Tribunal de Apelación sancionó a tres personas físicas y a Norconsult. De las tres personas físicas encausadas, una fue absuelta, otra fue condenada a 6 meses de prisión (dos de ellos en régimen de prisión condicional) y otra fue condenada a 60 días de prisión condicional. El Tribunal de Apelación condenó a Norconsult a una multa de 4 millones de coronas noruegas, pero fue absuelta posteriormente por el Tribunal Supremo en junio de 2013. La absolución no se basó en los hechos del caso, sino fundamentalmente en la dilatada duración del procedimiento penal (siete años desde el último acto delictivo), en la circunstancia de que la empresa hubiera aplicado medidas correctivas para prevenir el cohecho en el futuro y en el hecho de que el trabajador implicado hubiera sido condenado a una pena de prisión.

En febrero de 2014, la Junta de Sanciones del Banco Mundial acordó inhabilitar a Norconsult durante seis meses por su implicación en «prácticas corruptas» relacionadas con el proyecto de suministro de agua y alcantarillado de Tanzania.

Fuente: Informe de la Fase 3 e Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondientes a Noruega; artículo de *Dagens Næringsliv* (2013) con el titular: «El Tribunal Supremo absuelve a Norconsult» (*Norconsult frifunnet av Høyesterett*), disponible en el enlace <https://www.dn.no/nyheter/politikk/Samfunn/2013/06/28/norconsult-frifunnet-av-hoyesterett> (versión en noruego).

En 2016, la Corte Suprema de **Canadá** (SCC, por sus siglas en inglés) dictó una importante sentencia acerca del intercambio de información entre la INT del Banco Mundial y las autoridades nacionales competentes en los casos de cohecho internacional. En el caso de autos, el Banco Mundial había remitido información a la Real Policía Montada de Canadá (RPMC) en torno a unas acusaciones de cohecho internacional que implicaban a la compañía canadiense SNC Lavalin en el contexto de un proyecto de 3 000 millones de dólares estadounidenses para la construcción de un puente sobre el río Padma, en Bangladesh¹⁷⁰. La SCC falló que el hecho de que la INT del Banco Mundial compartiera información con la RPMC no entrañaba ni constituía una renuncia expresa a las inmunidades de las que goza el Banco. A falta de una renuncia expresa del Banco Mundial a esas inmunidades, sus trabajadores no podían ser obligados a comparecer en un tribunal de Canadá para proporcionar información sobre los denunciantes que les alertaban por primera vez de presuntos casos de cohecho internacional. También fue denegado el acceso solicitado a los archivos del Banco Mundial. Al negarse a levantar la inmunidad del personal y los archivos de la INT, la SCC defendió el papel que el Banco Mundial y otros bancos multilaterales de desarrollo desempeñan facilitando la detección de delitos de cohecho internacional con la información que remiten a las autoridades nacionales competentes.

Además del Banco Mundial, otras organizaciones internacionales han remitido casos de cohecho internacional a las autoridades nacionales competentes. Éste es el caso de la OLAF. Los casos derivados de la información remitida por la OLAF son una de las prioridades de los fiscales belgas. En Bélgica, al menos cinco supuestos de cohecho de funcionarios públicos tuvieron su origen en una denuncia de la OLAF¹⁷¹.

¹⁷⁰ *World Bank Group vs. Wallace*, 2016 SCC 15, [2016] 1 S.C.R. 207.

¹⁷¹ Párrafo 14 del Informe de la Fase 3 correspondiente a Bélgica.

Cuadro 40. Estudio de caso de Bélgica: Subvenciones a los cereales en la UE (2013)

Este caso, remitido a las autoridades belgas por la OLAF, versa sobre el soborno de un funcionario europeo de nacionalidad neerlandesa perpetrado por empresas y ciudadanos no belgas para conseguir información protegida por secreto profesional acerca de la determinación de los precios de los cereales en el mercado europeo. El importe total de los sobornos pagados en este caso (viajes, artículos de lujo, bienes y transferencias en efectivo) fue estimado, en la sentencia judicial, en 850 000 euros, mientras que el valor total de los beneficios obtenidos por las empresas implicadas fue de aproximadamente 22 millones de euros.

Bélgica ejerció su jurisdicción territorial sobre el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros (ya que el funcionario europeo estaba establecido en Bruselas). Las investigaciones fueron llevadas a cabo, en 2003, por la Oficina central de represión de la corrupción (OCRC, por sus siglas en francés), y el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas dictó una sentencia condenatoria el 27 de junio de 2012. El 6 de mayo de 2013, el Tribunal de Apelación de Bruselas confirmó la condena de las dos empresas extranjeras por el delito de cohecho de funcionario público europeo. De las ocho personas físicas belgas procesadas por cohecho internacional en este caso, cuatro fueron absueltas; la condena de otra, declarada culpable, fue dejada en suspenso y las tres restantes fueron sentenciadas a penas de prisión en suspenso de 12 a 18 meses de duración, y al pago de multas por valor de 2 500 a 7 500 euros.

Fuente: Informe de la Fase 3 correspondiente a Bélgica.

4. Detección por medio de la cooperación internacional en casos multijurisdiccionales

El número cada vez mayor de casos multijurisdiccionales y la reciente tendencia observada entre los países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* a acumular asuntos para su resolución conjunta refuerzan la importancia que la cooperación internacional tiene a efectos de recabar pruebas del delito de cohecho internacional. En un 5% de los casos de tramas de cohecho publicados durante 2006 en los sitios web del DOJ y de la SEC, se agradeció expresamente la colaboración de las autoridades extranjeras competentes. En 2016, esta cifra experimentó un aumento del 50% (OCDE, 2017a). La reciente resolución de los delitos de cohecho internacional que afectaban a la constructora brasileña Odebrecht, gracias a la coordinación entre Brasil, Suiza y Estados Unidos, constituye un ejemplo representativo de aplicación coordinada del *Convenio Anticohecho OCDE*.

Cuadro 41. Estudio de caso relativo a Brasil, Suiza y Estados Unidos: Odebrecht S.A. (2016)

El 21 de diciembre de 2016, Brasil, Suiza y Estados Unidos llegaron a acuerdos de conformidad con Odebrecht S.A. y una filial (Braskem S.A.). En total, Odebrecht se comprometió a pagar una multa global total de 2 600 millones de dólares estadounidenses, debiendo pagar un 80% a Brasil, un 10% a Estados Unidos y otro tanto a Suiza. En el acuerdo de admisión de culpabilidad alcanzado con Estados Unidos, la exposición de los hechos apunta a una compleja trama de cohecho existente desde o que comenzara en torno a 2001 hasta 2016, en virtud de la cual Odebrecht S.A. consiguió proyectos de infraestructuras por valor de miles de millones de dólares estadounidenses pagando sobornos a funcionarios públicos, políticos y partidos políticos de Brasil y otros países, en concreto Angola, Argentina, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela.

Odebrecht S.A. admitió haber pagado más de 700 millones de dólares estadounidenses en sobornos, junto con los demás cómplices, y haber creado y dirigido una «División de Operaciones Estructuradas» en el seno de la sociedad con el fin de facilitar la trama de cohecho. La División de Operaciones Estructuradas creó a su vez una red de entidades y cuentas

bancarias en el extranjero con el fin de realizar gradualmente movimientos para encubrir y ocultar los pagos ilícitos.

El caso fue detectado en primer lugar por las autoridades brasileñas, que alertaron a las autoridades estadounidenses. Los indicadores de alerta detectados por las autoridades brasileñas fueron las masivas cantidades de dinero abonadas a una compleja estructura de sociedades pantalla, cuyas actividades no se asentaban en libros contables y que eran dirigidas por la División de Operaciones Estructuradas. La información y las pruebas recabadas durante la investigación realizada en Brasil permitieron a las autoridades estadounidenses abrir su propia investigación independiente. En Suiza, la investigación se ha centrado en el pago de los sobornos y en determinar cómo se utilizaron las entidades financieras suizas para blanquear esas sumas y las ganancias procedentes del delito. La investigación tuvo origen en las denuncias de operaciones bancarias sospechosas presentadas por la Oficina suiza de Comunicación y Denuncia del Blanqueo de Capitales (MROS, por sus siglas en inglés), conforme a las que varias empresas constructoras habían efectuado pagos de sobornos con la intención de conseguir contratos con Petrobras. A continuación, los investigadores pudieron rastrear los pagos hasta localizar al ordenante, Odebrecht S.A. La cooperación entre los países afectados permitió resolver y cerrar rápidamente el caso.

Fuente: Estados Unidos; nota de prensa del Consejo Federal suizo (www.admin.ch/gov/en/) y noticia en *Bloomberg* (2016) con el titular «Bancos suizos indagan en el escándalo de la trama de soborno brasileña *Lava Jato*» (*Swiss Banks Probed Over Brazil's 'Carwash' Bribery Scandal*), disponible en el enlace <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-12/swiss-attorney-general-pivots-to-banks-in-brazil-bribe-scandal>

En enero de 2017, tras el acuerdo trilateral alcanzado, en diciembre de 2016, con las autoridades brasileñas, suizas y estadounidenses, se creó una red regional de fiscales conocida con el nombre de «Acuerdo de Brasilia», con la finalidad específica de abordar las ramificaciones multijurisdiccionales del caso Odebrecht. La Fiscalía General brasileña organizó la primera reunión, que tuvo lugar en Brasil y contó con la asistencia de altos funcionarios de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela, países en los que se acusa a Odebrecht de haber pagado sobornos a funcionarios públicos para obtener contratos. Conviene hacer constar que siete de los signatarios del acuerdo lo son también del *Convenio Anticohecho OCDE* (a saber: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú y Portugal). Como resultado de ello, los fiscales de once países firmaron en Brasilia la *Declaración de Brasilia sobre Cooperación Jurídica Internacional contra la Corrupción* (en adelante, «Declaración de Brasilia»)¹⁷². En virtud de la citada Declaración, los fiscales se comprometieron a constituir equipos conjuntos de investigación y a reforzar la cooperación internacional a fin de coordinar las investigaciones en Brasil y los demás países en los que Odebrecht había cometido delitos de cohecho. Las fiscalías pueden acceder a la información contenida en el *acuerdo de indulgencia* firmado por Odebrecht con los fiscales brasileños, así como a los acuerdos de colaboración alcanzados con 78 antiguos directivos y empleados de Odebrecht actualmente protegidos por una cláusula de confidencialidad. La extinción de estas cláusulas estaba prevista para junio de 2017 y no está claro si dicha Declaración ha sido renovada formalmente, aunque la cooperación parece continuar¹⁷³. La información compartida mediante esta forma de cooperación se utiliza para detectar casos de cohecho en todos los países afectados, tanto por lo que respecta a la propia

¹⁷² Se puede consultar el texto de la *Declaración* haciendo clic aquí (en español): http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2017/02/odebrecht-fiscales-declaracion-conjunta-investigacion_LPRFIL20170217_0001.pdf.

¹⁷³ *Agência Brasil* (febrero de 2017): <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/mpf-firma-acordo-com-dez-paises-para-investigar-odebrecht>.

Odebrecht como a los funcionarios públicos que recibieron los sobornos en esos países. Así, la cooperación internacional puede favorecer la detección de casos de cohecho activo y pasivo.

Otra red más consolidada que persigue específicamente mejorar el intercambio de información y promover la realización de investigaciones conjuntas en casos de cohecho internacional multijurisdiccional es el **Grupo de Expertos sobre Cohecho Internacional (GECI)**, creado en 2013 y que aúna a las autoridades competentes de Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos. Cada año, los representantes de los cuatro organismos competentes intercambian información acerca de las investigaciones en curso y comparten técnicas de investigación novedosas. Asimismo, el GECI facilita la cooperación en casos multijurisdiccionales, pues ofrece una plataforma para que los cuatro miembros decidan qué país es el candidato más adecuado para ponerse al frente de según qué asuntos multijurisdiccionales. Posibilita también el intercambio de información en tiempo real, puesto que estos organismos mantienen un contacto casi diario. Otro factor que facilita la cooperación informal es el traslado de investigadores entre organismos. Por ejemplo, actualmente, tanto el FBI como la Policía Federal australiana cuentan con investigadores en Londres que colaboran con la Agencia Anticorrupción británica y la Fiscalía británica de Delitos Económicos Graves (SFO)¹⁷⁴. Desde marzo de 2016, el GECI ha contribuido a coordinar la investigación del caso multijurisdiccional Unaoil por una trama de cohecho internacional en la que supuestamente están implicadas 23 empresas de Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos¹⁷⁵.

Estas modalidades de cooperación informal contribuyen a la evolución del marco de cooperación internacional y ofrecen otro tipo de «cooperación multijurisdiccional» en casos de cohecho internacional. Esto resulta relevante a efectos de la detección de casos de cohecho internacional, en especial cuando varios países tienen jurisdicción sobre una parte de la trama global de cohecho.

Conclusión

La cooperación internacional juega un papel importante a la hora de detectar casos de cohecho internacional, tal como se ha explicado en este capítulo. Probablemente se intensificará aún más por el creciente número de asuntos multijurisdiccionales y la reciente tendencia observada entre los miembros del GTC a acumular asuntos. Otros agentes, como las organizaciones internacionales, secundan esta tendencia remitiendo casos de cohecho internacional a las autoridades nacionales para su investigación y enjuiciamiento. Los miembros del GTC han de estudiar la adopción de un método sistemático de filtrado de las solicitudes que se reciben a fin de facilitar la detección de los delitos de cohecho que perpetran los ciudadanos y empresas nacionales. A estos efectos, habría de considerarse la posibilidad de formular directrices que dirijan a las autoridades centrales y las autoridades que ejecutan las solicitudes. Los miembros del

¹⁷⁴ Informe de la Fase 4 correspondiente al Reino Unido y Blog FCPA (diciembre de 2016), en www.fcablog.com/blog/2016/12/7/bill-steinman-its-time-to-meet-the-international-foreign-bri.html.

¹⁷⁵ *Huffington Post* (marzo de 2016): www.huffingtonpost.com/entry/fbi-justice-department-unaoil_us_56fca3bbe4b0a06d5804cbae.

GTC deben hacer pleno uso de la plataforma que les brindan las reuniones del GTC para impulsar la cooperación formal e informal ante casos de cohecho internacional.

Capítulo 10

Asesores expertos

Introducción

Mediante la evaluación y el análisis de libros contables y registros, los auditores internos y externos se adentran profundamente en la operativa financiera de las empresas y tienen grandes posibilidades de detectar eventuales conductas delictivas, como el delito de cohecho internacional. Los asesores jurídicos internos y los abogados particulares se encuentran en una posición privilegiada para identificar y detectar posibles sobornos en operaciones internacionales, y descubrir las ganancias ilícitas procedentes del delito. Además, muchos de estos profesionales –en especial abogados y contables– están sujetos a obligaciones de denuncia en virtud de la legislación de prevención del blanqueo de capitales (véase el Capítulo 6). Varias iniciativas recientes han demostrado que estas profesiones están dispuestas a reconocer un posible papel en la prevención y detección de la corrupción, y están listas para asumir esa responsabilidad. Por ejemplo, en la *Cumbre Anticorrupción* de Londres de 2016, un grupo de empresas líderes en el sector de servicios profesionales realizó un comunicado comprometiéndose a colaborar y compartir experiencias con gobiernos y otras partes interesadas a fin de prevenir que fondos procedentes de la corrupción lleguen a mercados legítimos. El Comunicado con el que se cerró la Cumbre acogió con satisfacción este compromiso y la disponibilidad de estas empresas para fomentar una cultura «de intolerancia con cualquier forma de corrupción».¹⁷⁶

En este capítulo se analiza la función que estos asesores profesionales desempeñan en la detección y denuncia del cohecho internacional, se señalan retos y buenas prácticas, habida cuenta de la importancia que tiene evitar que se creen normas de notificación de denuncias redundantes o contradictorias a propósito de los distintos tipos de delito, y se alude a las obligaciones efectivas de estos profesionales en virtud de los instrumentos de la OCDE, así como a las obligaciones en materia de prevención del blanqueo de capitales establecidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y traspuestas a los Derechos nacionales. Cuando el profesional facilite o apoye deliberadamente la comisión de un delito y pueda ser considerado un cómplice, la denuncia ante las autoridades competentes externas podrá tener lugar con ocasión de una denuncia interna voluntaria o en el marco de una relación de cooperación (véanse los Capítulos 1 y 3, respectivamente).

¹⁷⁶ Véanse el párrafo 8 del *Comunicado de la Cumbre Anticorrupción*, de 12 de mayo de 2016 (www.mofa.go.jp/mofaj/files/000156109.pdf) (versión en inglés) y la *Declaración de apoyo de las empresas líderes en servicios profesionales a la Cumbre Anticorrupción de Londres* (<https://www.ucl.ac.uk/laws/law-ethics/cel-news/documents/statement-london-anti-corruption-summit-4>) (versión en inglés).

1. Auditores y contables

1.1 Normas relativas a la detección y denuncia por parte de auditores y contables

Los auditores y contables pueden ofrecer, por su posición, una garantía razonable de que los libros contables y registros de sus clientes, o de sus empleadores, reflejan fielmente la realidad comercial de la empresa y que sus controles contables internos cumplen una serie de condiciones. Los instrumentos de la OCDE persiguen limitar el riesgo de que auditores y contables sean utilizados para cometer delitos de cohecho internacional mediante un conjunto de medidas y herramientas específicas, al tiempo que incentivarles a que denuncien interna o externamente.

Cuadro 42. Normas de la OCDE relativas a la detección y denuncia por auditores y contables

El artículo 8 del *Convenio Anticohecho OCDE* subraya la estrecha vinculación que existe entre la obligación de las empresas de llevar unos libros contables y registros fidedignos y la detección del cohecho internacional. El citado artículo exige a los países firmantes tomar las medidas que sean necesarias para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, llevar una doble contabilidad o consignar transacciones de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con una identificación incorrecta de su fin o el uso de documentos falsos. Para ello, los Estados deberán estipular sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para hacer frente a tales omisiones y falsificaciones cuando se cometan con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito. Según el párrafo 29 de los *Comentarios al Convenio Anticohecho OCDE*, «una consecuencia inmediata de la aplicación de esta Convención por las Partes será[n] [...] las implicaciones para el cumplimiento de las responsabilidades profesionales de los auditores en lo que respecta a indicios de cohecho de servidores públicos extranjeros».

El artículo 8 se complementa con la *Recomendación Anticohecho de 2009*, que se centra en los requisitos contables y de auditoría externa, así como en la importancia de alentar a las empresas para que diseñen, adopten y publiquen controles internos y medidas o programas de ética y cumplimiento. El apartado B de su Recomendación X versa directamente sobre la función de los auditores externos, imponiendo a los países miembros el deber de mantener unas normas adecuadas que aseguren su independencia. Asimismo, les exhorta a exigir a los auditores externos que denuncien los presuntos actos de cohecho de servidores públicos extranjeros ante la dirección general o los órganos supervisores de la empresa, y a considerar la posibilidad de exigirles denunciar esos actos ante las autoridades competentes ajenas a la compañía, como las autoridades reguladoras o las encargadas de velar por el cumplimiento de la ley. La atención prestada a los auditores externos refleja la peculiar función de estos asesores expertos, que examinan todos los documentos y estados financieros de una empresa sin ser empleados de ésta, por lo que gozan de mucha mayor independencia y autonomía decisoria. Todos estos elementos les sitúan en una excelente posición para detectar y denunciar el cohecho. La *Guía de Buenas Prácticas sobre Controles, Ética y Cumplimiento*, que se recoge en un anexo a la *Recomendación Anticohecho de 2009*, ofrece orientaciones a las empresas para que instituyan medidas y programas encaminados a prevenir o detectar el cohecho internacional, tales como «encomendar a los funcionarios de alto rango de la empresa la vigilancia de las medidas o programas de ética y cumplimiento, incluida la autoridad para denunciar asuntos directamente ante órganos supervisores independientes, como comités de auditoría».

Aparte de las normas de la OCDE para auditores y contables, el Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Aseguramiento (IAASB, del inglés *International Audit*

and Assurance Standards Board) ha elaborado normas profesionales reguladoras de los deberes de los auditores¹⁷⁷. Puede que los auditores y contables consideren que su deber se limita a realizar una interpretación estricta de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA), en particular a detectar el fraude y las incorrecciones materiales. Es posible que algunos estimen que la detección del pago de sobornos queda fuera del ámbito de sus deberes; otros pueden no estar al cabo de los elementos constitutivos del delito de cohecho internacional y de la necesidad que hay de detectarlo y denunciarlo. Aunque los auditores externos están sujetos a una clara obligación de denunciar en el marco de los sistemas de notificación y denuncia PBC (véase el Capítulo 6), su obligación de informar sobre casos de cohecho internacional es menos clara. Hasta el momento, no se ha concluido ningún caso de cohecho internacional que haya sido denunciado directamente ante las autoridades competentes por los auditores o contables que lo detectaron. En el 22% de los casos de cohecho internacional en los que las empresas llevaron a cabo una denuncia interna voluntaria ante las autoridades competentes, la empresa presentó dicha denuncia a raíz de una auditoría interna. Los contadores públicos y los asociados (incluyendo asesores) del funcionario público se utilizaron como intermediarios en el 1% y el 2%, respectivamente, de los casos examinados por el *Informe sobre Cohecho Internacional*. En determinados países, los auditores y contables están sujetos a normas de confidencialidad y secreto profesional que pueden entrar en conflicto con las obligaciones legales de denuncia. La inexistencia de leyes que protejan a los denunciantes del sector privado (véase el Capítulo 2) puede influir también en el porcentaje de casos denunciados por auditores y contables. El apartado X.B.v) de la *Recomendación Anticohecho de 2009* exhorta a los países miembros a garantizar que se proteja contra posibles demandas judiciales a los auditores que denuncian de buena fe y manera razonable.

1.2. Incentivación de la detección y denuncia por parte de auditores y contables

Las medidas de los países miembros del GTC para mejorar la detección del cohecho internacional por parte de asesores expertos vienen principalmente referidas a las obligaciones de denuncia interna y/o externa previstas en la ley, así como a la impartición de cursos de formación que expliquen a los profesionales las características de la corrupción internacional y su deber de denunciar los delitos. Dieciséis de los 41 países firmantes del *Convenio Anticohecho OCDE* que, hasta la fecha, han sido objeto de informes de evaluación correspondientes a las Fases 2 y 3 obligan a los auditores y contables a denunciar los presuntos casos de cohecho internacional ante las autoridades competentes externas. En tres de estos países, la denuncia no se presenta directamente ante las autoridades competentes, sino mediante una comunicación a la Agencia de Servicios Financieros o a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)¹⁷⁸ correspondientes. En el informe de la Fase 3 correspondiente a España, se hizo constar la necesidad de ofrecer más indicaciones a los auditores sobre la obligación de denuncia en caso de que el

¹⁷⁷ El apartado A-18 de la NIA 250 establece que el auditor es responsable de identificar incorrecciones materiales en los estados financieros debidas a incumplimientos de las disposiciones legales y reglamentarias. El apartado 5 de la NIA 240 obliga al auditor a obtener una seguridad razonable de que los estados financieros considerados en su conjunto están libres de incorrecciones materiales debidas a fraude o error.

¹⁷⁸ Japón, Luxemburgo (presentación de denuncias ante la UIF en el contexto de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales) y España.

deber de denunciar el delito de cohecho internacional coexista con otra obligación de los auditores de notificar cualquier indicio de blanqueo de capitales ante la UIF¹⁷⁹. Cinco países han previsto la obligación de denunciar, en primer lugar internamente y después ante las autoridades, en caso de pasividad o implicación en el delito del consejo de administración¹⁸⁰. En cuanto a la denuncia interna de presuntos casos de cohecho internacional ante la dirección, sólo cuatro países siguen sin establecer la obligación legal expresa de los auditores y/o contables de comunicar internamente esos casos¹⁸¹. Pero incluso en estos cuatro países, los profesionales están obligados, por lo general, a efectuar esa denuncia con arreglo a las normas internacionales y a los códigos de conducta profesional.

Prácticas y programas anticorrupción nacionales: Incentivación de la detección por parte de los auditores del delito de cohecho internacional

Países Bajos	A nivel interior, en 2017, el Instituto neerlandés de Contables Colegiados (NBA, del neerlandés <i>Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants</i>) estableció la obligatoriedad de recibir formación sobre los riesgos de fraude para poder llevar a cabo auditorías y obtener créditos de formación profesionales, y publicó una nueva guía anticorrupción. El objetivo de esta iniciativa consiste en velar por que los contadores públicos presten atención a este problema durante las auditorías y otras interacciones con los clientes. Aún no se conocen las cifras exactas, pero el número de denuncias por cohecho presentadas por estos profesionales ante la UIF neerlandesa parece estar aumentando.
---------------------	---

Tan sólo 15 miembros del GTC han emprendido actividades de sensibilización de los auditores y contables en materia de lucha contra el cohecho internacional¹⁸². Estas actividades comprenden principalmente cursos y seminarios sobre sus obligaciones de denuncia, y la información o estructuras que pueden dar origen a la detección de la corrupción internacional. Treinta y tres miembros del GTC¹⁸³ que han sido sometidos a las evaluaciones atinentes a la Fase 3 recibieron la recomendación de mejorar la detección y denuncia del delito de cohecho internacional por parte de auditores y contables. El GTC se ha centrado fundamentalmente en las obligaciones nacionales de denunciar a nivel interior y/o exterior un presunto delito de cohecho internacional, así como en las obligaciones de las empresas de someterse a una auditoría externa. Proporcionar formación a los auditores externos acerca de las señales de alerta que sirven para identificar posibles casos de cohecho internacional y de los mecanismos de denuncia ante las autoridades puede resultar

¹⁷⁹ Párrafo 140 del Informe de la Fase 3 correspondiente a España.

¹⁸⁰ Estados Unidos, Finlandia, Reino Unido, Sudáfrica y Turquía. Sudáfrica prevé una primera denuncia ante el Consejo Regulador Independiente de la Profesión de Auditoría (IRBA, del inglés *Independent Regulatory Board for Auditors*).

¹⁸¹ Colombia, Francia, Irlanda y Suecia.

¹⁸² Australia, Bulgaria, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Letonia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

¹⁸³ Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca, República Checa, Sudáfrica, Suiza y Turquía.

decisivo para que esos hechos puedan ponerse en conocimiento de las autoridades competentes, tal como ilustra el caso Ecopetrol en Colombia.

Cuadro 43. Estudio de caso de Colombia: Ecopetrol S.A. (2010)

Este caso se refiere al pago de sobornos a un antiguo funcionario de la empresa estatal colombiana Ecopetrol S.A., que era responsable de la aprobación y adjudicación de los contratos de la empresa. Recibió esos sobornos de tres ex directivos de PetroTiger Ltd (una sociedad no cotizada en bolsa constituida en las Islas Vírgenes Británicas, que opera en Colombia y tiene oficinas en New Jersey) que perseguían de esa manera obtener el visto bueno para la celebración de un contrato de servicios petroleros.

En 2010, el consejo de administración de PetroTiger Ltd detectó los primeros desfases en sus resultados financieros y operativos. Ello le impelió a acometer un profundo proceso de reestructuración y a encargar una auditoría externa a una firma independiente. Ya antes de este ejercicio, la empresa auditora había recibido formación de la Secretaría de Transparencia de Colombia sobre el objeto y la finalidad del *Convenio Anticohecho OCDE*, particularmente a propósito de la función que los profesionales de la contabilidad cumplen en la lucha contra el cohecho internacional.

Esta auditoría externa identificó una serie de operaciones no documentadas, realizadas desde una de las cuentas bancarias de la sociedad en Estados Unidos. Dejó ver que, durante el período comprendido entre junio de 2009 y febrero de 2010, tres antiguos directivos pagaron, por cuenta de PetroTiger Ltd., sobornos a un funcionario de la compañía estatal colombiana Ecopetrol S.A. Más tarde, la esposa del funcionario, que por entonces ejercía como estilista y propietaria de un spa en Bucaramanga, Colombia, se vio también envuelta en esos pagos. En 2010, PetroTiger transfirió varios pagos a la esposa del funcionario camuflándolos como servicios de consultoría comercial prestados a la empresa (en verdad la esposa del funcionario nunca llevó a cabo tales actividades). Para obtener este contrato de servicios petroleros –por importe de 39,6 millones de dólares estadounidenses, aproximadamente– los ex directivos de PetroTiger Ltd. pagaron sobornos por un valor aproximado de 333 500 dólares estadounidenses.

Fuente: Colombia.

La autorregulación puede desempeñar también un papel muy importante en cuanto que medio que fomenta la toma de conciencia y la detección de casos por parte de estos profesionales. La función de los auditores y contables en la lucha contra la corrupción ha sido reconocida recientemente por las organizaciones profesionales internacionales. La Federación Internacional de Contables (IFAC, del inglés *International Federation of Accountants*) considera que los contables son «uno de los muchos agentes cruciales que, como los líderes empresariales, los gobiernos y el sector financiero, resultan indispensables para hacer frente a la corrupción en la economía»¹⁸⁴ y se ha comprometido a abordar «con mayor determinación y una labor constructiva muy intensa la lucha global contra la corrupción»¹⁸⁵.

En julio de 2016, el Consejo de Normas Internacionales de Ética para Contadores (IESBA, del inglés *International Ethics Standards Board for Accountants*)¹⁸⁶ publicó su

¹⁸⁴ Fayez Choudhury, CEO de la IFAC, texto entresacado de la publicación «La Profesión de Contable: Un Positivo Papel que Cumplir en la Lucha contra la Corrupción», IFAC, febrero de 2017, disponible en el enlace www.ifac.org/system/files/publications/files/IFAC-The-Accountancy-Profession-Playing-a-Positive-Role-in-Tackling-Corruption.pdf. (versión en inglés).

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ El IESBA es un organismo independiente de establecimiento de normas, que elabora y emite, en interés público, normas de ética de alta calidad y otros pronunciamientos para que sean utilizados por los profesionales de la contabilidad en todo el mundo. En el marco de sus actividades, la IESBA

nueva norma intitulada «Respuesta al incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias» (*Responding to Non-Compliance with Laws and Regulations*)¹⁸⁷, que establece un marco pionero para orientar a los profesionales de la contabilidad sobre la forma de proceder en beneficio del interés público cuando tienen conocimiento del incumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias, como las atinentes a los delitos de fraude, corrupción o cohecho. Dicha norma se funda en razones de interés público, en virtud de las cuales los profesionales de la contabilidad pueden revelar actos ilegales, aun cuando no vengan legalmente obligados a ello, si dicho proceder redundaría en el interés público y especialmente si existe una amenaza inminente para las partes interesadas. La norma tiene expresamente por objeto ofrecer una vía para denunciar actos ilegales graves, identificados o sospechados, ante una autoridad competente, en las circunstancias pertinentes, sin que se oponga a ello el deber ético de confidencialidad. Entrará en vigor el 15 de julio de 2017.

El marco instaurado por esta norma incluye orientaciones acerca de las líneas de respuesta adecuadas a los presuntos actos ilegales, como su puesta en conocimiento de la dirección general de la empresa para que aborde el problema, la disuasión de nuevos actos ilegales y la denuncia ante la autoridad competente cuando así lo exija la ley o el interés público lo demande. Cuando la respuesta de la dirección no sea adecuada, la norma prevé que el contable podrá considerar otras actuaciones, como trasladar el asunto a una *autoridad apropiada* (término que la norma deja sin definir) aunque no esté legalmente obligado a ello, o desistir del encargo y dar por resuelta la relación profesional. El marco establece expresamente que un contable pueda determinar que procede informar a la autoridad apropiada si la entidad está cometiendo un delito de cohecho. En circunstancias excepcionales, la norma prevé que el profesional pueda plantearse dar traslado del asunto a una autoridad apropiada si la inminente vulneración de una disposición legal o reglamentaria pudiera irrogar perjuicios graves a las partes interesadas.

elabora el Código de Ética para Profesionales de la Contabilidad, que establece obligaciones éticas para este tipo de profesionales.

¹⁸⁷ Véase un resumen de la norma (en inglés) en www.iaasb.org/system/files/publications/files/IESBA-Responding-to-NOCLAR-At-a-Glance.pdf.

Cuadro 44. Cómo la dimisión pública de un auditor externo puede dar origen a una investigación: Caso Addax Petroleum (Suiza, 2017)

A principios de 2017, las autoridades de Ginebra abrieron una investigación a la empresa de petróleo y gas china, con sede en Ginebra, Addax Petroleum, por unos pagos insuficientemente documentados efectuados a Nigeria por importe de 100 millones de dólares estadounidenses. En el ejercicio de sus actividades de explotación petrolífera, la sociedad había presuntamente sobornado a funcionarios públicos del país africano, vulnerando el artículo 322 *septies* del Código Penal suizo, que tipifica penalmente el cohecho internacional. Entre febrero y abril de 2017 se registraron las oficinas de Addax Petroleum y los domicilios de dos de sus trabajadores.

En enero de 2017, surgieron denuncias de cohecho después de que Deloitte dimitiera como auditora de Addax afirmando en un comunicado público que no pudo lograr «explicaciones satisfactorias» a los 80 millones de dólares estadounidenses pagados a una empresa de ingeniería para proyectos de construcción en Nigeria, en 2015. Deloitte dijo que el importe parecía excesivo para el trabajo realizado y que «su finalidad y secuencia cronológica suscitan interrogantes que no han sido resueltos». En su declaración, Deloitte también señaló otros pagos de Addax, desde 2015, por importe superior a 20 millones de dólares estadounidenses efectuados a «asesores jurídicos» en Nigeria y Estados Unidos desde cuentas bancarias de Nigeria y la Isla de Man, un territorio dependiente de la corona británica. La firma de auditoría señaló que empezó a indagar tras «recibir varias informaciones de denunciantes, de dentro y fuera de Addax, algunos de los cuales sostenían que se habían realizado pagos para sobornar a funcionarios públicos extranjeros y que algunos directivos de Addax Petroleum Group habían malversado fondos».

Aunque no reconoció ni el delito de cohecho ni la responsabilidad en él de la empresa, Addax Petroleum admitió la falta de documentación relativa a las transferencias investigadas y acordó con la Fiscalía de Ginebra pagar 31 millones de francos suizos (32 millones de dólares estadounidenses) al Cantón de Ginebra en concepto de «reparación de cualquier posible daño causado». La sociedad adoptó medidas para mejorar sus sistemas de conservación de la documentación de pagos exigida con miras garantizar que en el futuro todo pago esté documentado de manera suficiente y adecuada, y explicó que había perfeccionado la formación que impartía a sus trabajadores sobre cohecho internacional. En virtud del artículo 53 del Código Penal suizo, el Fiscal consideró que el daño había sido «reparado» y archivó el caso.

Según los medios de comunicación, la SEC y el DOJ estadounidenses han iniciado investigaciones sobre los mismos hechos, alegando que una parte de los pagos ilícitos fueron transferidos desde bancos de Nueva York y California.

Fuentes: Ministerio público de Ginebra (*Ministère public de Genève*); *Bloomberg* y *Le Temps*.

Recientemente, han sido investigados y enjuiciados auditores y contables por no detectar y denunciar presuntos delitos de cohecho en casos en los que la empresa fue finalmente sancionada por pagar sobornos a funcionarios públicos extranjeros. Esta nueva tendencia en el ámbito disciplinario demuestra que la profesión no tiene otra opción que denunciar si quiere evitar ser sancionada por negligencia o complicidad. Además del acuerdo extrajudicial alcanzado en diciembre de 2013 con KPMG en el *caso Ballast Nedam*, al parecer los Países Bajos están investigando a otra empresa de auditoría por su intervención en una trama de cohecho internacional. Los medios señalan que en el Reino Unido han tenido lugar investigaciones similares¹⁸⁸.

¹⁸⁸ El Consejo de Información Financiera (FRC, del inglés *Financial Reporting Council*) del Reino Unido está investigando a KPMG por sus auditorías de las cuentas de Rolls-Royce durante un período en el que, según admitió la propia empresa de ingeniería británica, Rolls-Royce cometió una serie de delitos de cohecho y corrupción (www.ft.com/content/b95bfe1a-309a-11e7-9555-23ef563ecf9a). En abril de 2017, el regulador neerlandés de los mercados financieros (AFM, siglas

Cuadro 45. Estudio de caso de los Países Bajos: KPMG y Ballast Nedam (2013)

En diciembre de 2013, la firma de auditoría KPMG y tres de sus antiguos auditores (socios) fueron sometidos a una investigación penal realizada por el Servicio neerlandés de Inteligencia e Inspecciones Tributarias (FIOD, por sus siglas en neerlandés) y dirigida por la Dirección Nacional noruega de Investigación y Persecución de los Delitos Económicos y contra el Medio Ambiente por haber ayudado a su cliente, la constructora neerlandesa Ballast Nedam, a ocultar presuntos pagos de sobornos realizados entre 2000 y 2003.

Según la Fiscalía neerlandesa, «KPMG realizó deliberadamente la auditoría de manera que fuera posible encubrir los pagos efectuados por Ballast Nedam a agentes internacionales, así como la administración paralela que se llevó al efecto. KPMG no reaccionó adecuadamente a las señales que le alertaban de esos pagos. KPMG no abordó suficientemente los aspectos relativos al cumplimiento con la debida diligencia y la integridad requeridas».

Como consecuencia de esta investigación y gracias a la cooperación de KPMG en la misma, se alcanzó un acuerdo extrajudicial con la empresa, en virtud del cual KPMG se comprometió a pagar una sanción por importe de 7 millones de euros (3,5 millones en concepto de multa y otros tantos por la ejecución de una medida de decomiso). Además, KPMG reforzó su política de cumplimiento a través de medidas preventivas y disciplinarias. Las medidas preventivas sirven, por ejemplo, para identificar problemas desde un primer momento y evitar equívocos. Las medidas disciplinarias van desde una reasignación de tareas a la resolución del contrato de trabajo. La Fiscalía tomó nota de estas medidas y las tuvo en cuenta en su propuesta de acuerdo extrajudicial. Dichas medidas fueron comunicadas, asimismo, a la Autoridad Neerlandesa de los Mercados Financieros (AFM). La AFM ponderará la observancia de dichas medidas en su labor de supervisión de KPMG. Prosigue la investigación contra tres sospechosos, antiguos auditores.

Fuente: Informe de seguimiento de la Fase 3 correspondiente a los Países Bajos (2015) y sitio web del Ministerio Público neerlandés (*Openbaar Ministerie*) (<https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@32396/kpmg-treft-schikking/>).

2. Abogados y otros profesionales independientes del Derecho

2.1 *Función de los abogados en la detección y denuncia del cohecho internacional y delitos conexos*

Los instrumentos anticohecho de la OCDE no abordan específicamente la función que corresponde cumplir a los abogados en la prevención o detección del cohecho internacional. Sin embargo, en las evaluaciones por países realizadas en el marco del *Convenio Anticohecho OCDE* y en las correspondientes visitas *in situ*, se incluye sistemáticamente a los profesionales del Derecho en atención a la función que pueden desempeñar asesorando a las empresas y en la posible detección de delitos de cohecho internacional. Por la propia naturaleza de sus cometidos profesionales, entre los que se incluyen la constitución de sociedades, fideicomisos y asociaciones, la realización ocasional de investigaciones internas, y el diseño y supervisión de programas de cumplimiento, los abogados privados corren el riesgo de verse relacionados mal que les pese con delitos financieros, como el de cohecho. Por el mismo motivo, los abogados

en neerlandés de *Autoriteit Financiële Markten*) decidió investigar a PwC por presunta complicidad en un delito de cohecho cometido por un cliente, una filial de SHV Holdings, la mayor multinacional neerlandesa de propiedad familiar (www.afm.nl/nl-professionals/nieuws/2017/apr/aftreden-koolstra).

pueden también desempeñar un importante papel en la detección del cohecho internacional.

Los profesionales del Derecho están prestando una atención cada vez mayor al problema de alcanzar un equilibrio entre los deberes contrapuestos que los abogados tienen de preservar la confidencialidad en sus relaciones con el cliente y el de regirse por criterios de honestidad y sinceridad hacia los tribunales y el resto de agentes. En particular, se está analizando la cuestión de si los abogados pueden actuar como denunciadores contra sus antiguos clientes, en especial cuando ello lleve aparejada la revelación de información confidencial del cliente. A este respecto, los estudios destacan la necesidad de que los abogados determinen qué legislación nacional de responsabilidad profesional resulta aplicable y si la revelación de información está autorizada, es obligatoria o está prohibida con arreglo a las normas de ética profesional aplicables¹⁸⁹. Tanto los estudios de conducta ética como los tribunales advierten de que la revelación de información confidencial de un cliente a cambio de una recompensa del Estado plantea importantes problemas éticos para los abogados. En el caso *Danon vs. Vanguard Group Inc.*, de 2015, el Tribunal Supremo de Nueva York ratificó estas tesis y previno a los abogados en contra de buscar recompensas por denuncias cuando ello suponga revelar información confidencial más allá de lo razonablemente necesario para impedir el delito o el fraude de sus clientes. Conforme a la jurisprudencia más reciente de Estados Unidos, los abogados están, pues, sujetos a estrictas obligaciones profesionales que les impiden denunciar ante las autoridades competentes cualquier presunto caso de cohecho cometido por un cliente, a menos que existan razones para aplicar las excepciones a la norma general de confidencialidad, con arreglo a lo previsto en numerosos sistemas jurídicos.

Cuadro 46. Estudios de caso de Estados Unidos: *Tesler y KBR Empresa Conjunta (2012)*

En febrero de 2009, el abogado británico Jeffrey Tesler fue imputado y acusado de conspiración para infringir la Ley FCPA y de diez infracciones de la Ley FCPA, por su participación, durante una década, en una trama de pago de sobornos a servidores públicos nigerianos, dirigida a obtener contratos de ingeniería, suministros y construcción. Tesler, un ciudadano británico, fue extraditado, en marzo de 2011, del Reino Unido a los Estados Unidos.

La empresa con sede en Houston, KBR, Technip S.A., Snamprogetti Netherlands B.V. y una empresa japonesa de ingeniería y construcción integraban una empresa conjunta (*joint venture*) compuesta por estas cuatro compañías, a la que fueron adjudicados cuatro contratos, entre 1995 y 2004, relativos a la construcción de plantas de procesamiento de gas natural en Nigeria. Tesler admitió que, aproximadamente entre 1994 y junio de 2004, acordó con otros cómplices pagar sobornos a funcionarios públicos de Nigeria, entre ellos altos cargos del Gobierno, con objeto de conseguir y asegurarse la conservación de una serie de contratos de ingeniería, suministros y construcción. La empresa conjunta contrató a Tesler como consultor para que pagara sobornos a funcionarios públicos nigerianos. Mientras duró la trama de soborno, la empresa conjunta pagó unos 132 millones de dólares estadounidenses como honorarios de consultoría a una sociedad gibraltareña controlada por Tesler. Tesler admitió que había utilizado una parte de los honorarios de consultoría que recibió de la empresa conjunta para pagar sobornos a funcionarios públicos nigerianos. Gracias a los sobornos de Tesler, se estima que, entre 1995 y 2004, las empresas ganaron contratos por valor de aproximadamente 6 000 millones de dólares estadounidenses.

¹⁸⁹ Véanse la Opinión Formal n° 746 (de 7 de octubre de 2013) del Comité sobre Ética Profesional de la Asociación de Abogados del Condado de Nueva York (NYCLA) y el caso *Fair Lab. Practices Assocs. vs. Quest Diagnostics*, Tribunal Federal del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos, de 24 de marzo de 2011.

En 2012, Tesler fue condenado a 21 meses de prisión más otros dos años de libertad vigilada, recayendo además sobre él una multa de 25 000 dólares estadounidenses y una orden de confiscación de ganancias por importe de 149 millones de dólares estadounidenses.

Fuente: Caso *Estados Unidos vs. Jeffrey Tesler*, en www.justice.gov/criminal-fraud/case/united-states-v-jeffrey-tesler-et-al-court-docket-number-09-cr-098.

En el contexto de las obligaciones de comunicación y denuncia del blanqueo de capitales, los abogados, en algunas jurisdicciones, sólo están obligados a notificar las operaciones sospechosas cuando concurren determinadas circunstancias (véase en el Capítulo 6 todo lo referido a la comunicación y denuncia del blanqueo de capitales)¹⁹⁰ y, en algunas ocasiones, incluso se oponen a esta obligación. Por ejemplo, la Federación de Sociedades Canadienses de Derecho (*Canadian Federation of Law Societies*) –la organización que aglutina y supervisa a los 14 Sociedades Canadienses de Derecho– se opuso a la decisión de someter a los abogados y a los notarios de Quebec al régimen de prevención del blanqueo de capitales hasta que el asunto fuera resuelto por la Corte Suprema de Canadá¹⁹¹. La Corte Suprema confirmó la importancia que el secreto profesional en la relación cliente-abogado tiene para los profesionales del Derecho y anulo, por ser contrarias a la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, ciertas disposiciones, ante el riesgo de que, a su amparo, pudiera quebrarse dicho secreto. La Corte Suprema de Canadá declaró, asimismo, que el deber de lealtad del abogado para con sus clientes es una regla de importancia fundamental en la profesión jurídica. Así con todo, las Sociedades Canadienses de Derecho continúan regulando la información financiera y el uso indebido de fondos en el marco del régimen general de gobierno de sus abogados y notarios, y secundando la aplicación de la *Ley canadiense sobre Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros* (CFPOA).

2.2. Incentivación de la detección y denuncia por parte de los abogados

Las asociaciones profesionales pueden desempeñar una función primordial en la regulación y fomento de la detección y denuncia por parte de los abogados. En el ámbito nacional, los colegios de abogados de ciertos países establecen normas o códigos éticos que sus miembros han de cumplir. Por ejemplo, el artículo 5 del *Código Ético* del Colegio de Abogados de **México** dispone que el cohecho de un funcionario público constituye una infracción grave de la ética profesional del abogado y exige a los abogados que tengan

¹⁹⁰ Según la *Recomendación 2.d) del GAFI*, los abogados están sujetos a obligaciones de prevención del blanqueo de capitales a propósito de un limitado conjunto de actividades, a saber: i) compra y venta de bienes inmuebles; ii) gestión del dinero del cliente, valores u otros activos; iii) gestión de cuentas bancarias, de ahorros o cuentas de valores; iv) organización de las aportaciones para la creación, operación o administración de empresas, y v) creación, operación o administración de personas jurídicas o instrumentos jurídicos y compra y venta de entidades comerciales (*Recomendación 2.d) del GAFI*). En consecuencia, los abogados que representan a sus clientes en un procedimiento claramente no están obligados a denunciar actividades sospechosas en virtud de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales.

¹⁹¹ *Canada (Attorney General) vs. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7. En ese caso, la Federación de Sociedades Canadienses de Derecho interpuso un recurso de constitucionalidad contra determinadas disposiciones de la *Ley de fondos delictivos (blanqueo de capitales) y financiación del terrorismo de Canadá*, S.C. 2000, en particular sus artículos 5 (i), 5 (j), 62, 63, 63.1, 64, capítulo 17, así como del Reglamento de fondos delictivos (blanqueo de capitales) y financiación del terrorismo, SOR/2002-184, en particular sus artículos 11.1, 33.3, 33.4, 33.5 y 59.4.

conocimiento de este tipo de infracciones que lo denuncien ante el Colegio. Sin embargo, el Código no prevé sanciones en caso de incumplimiento¹⁹². No obstante, no todas las jurisdicciones exigen a los abogados que se incorporen a una organización legal, ni existe la obligación sistemática de los abogados de cumplir directrices éticas o actualizar periódicamente su conocimiento jurídico experto, en particular en materia de ética jurídica.

A nivel nacional, se han desplegado algunos esfuerzos, aunque centrados básicamente en la comunicación y denuncia del blanqueo de capitales. Por ejemplo, la *Regla 1.6 del Modelo de Código de Conducta Profesional* de la Asociación de Abogados **Americanos** (ABA, del inglés *American Bar Association*) permite (si bien no exige) revelar información confidencial, en la medida en que el abogado lo considere razonablemente necesario, en las siguientes circunstancias: 1) para impedir muertes o lesiones corporales graves; 2) para impedir delitos o fraudes «que con un grado razonable de certeza quepa esperar que puedan infligir graves perjuicios a los intereses económicos o bienes de otras personas, y que sea precisamente en aras de ello que el cliente haya recurrido o esté recurriendo a los servicios del abogado»; 3) para impedir que se irroguen perjuicios económicos por delitos/fraudes del cliente, o para atenuar o subsanar esos perjuicios «y que sea precisamente en aras de ello que el cliente haya recurrido a los servicios del abogado»; 4) para obtener asesoramiento jurídico sobre el cumplimiento por el propio abogado de la normativa de conducta ética aplicable; 5) para que el abogado ejercite su propia defensa frente a cualquier pretensión relacionada con la representación, y 6) para dar cumplimiento a cualquier ley o resolución judicial. Las excepciones 2) y 3) a la *Regla 1.6.b)* del *Modelo de Código de Conducta Profesional* de la ABA fueron añadidas en 2003, a raíz de los escándalos financieros de Enron y WorldCom.

La Asociación de Abogados **Canadienses** (CBA, del inglés *Canadian Bar Association*) y las 14 Sociedades Canadienses de Derecho, respaldadas por su Federación, también han buscado fórmulas para garantizar que los abogados conozcan y entiendan las obligaciones que tienen de impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Conocidas con el nombre de «*Normas modelo para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*», la Federación también ha promulgado normas tipo para su adopción por las Sociedades de Derecho, referida, la de 2004, a la posibilidad de aceptar dinero en efectivo («*regla de exclusión del dinero en efectivo*») y, la de 2009, a la identificación y verificación del cliente¹⁹³.

A nivel internacional, la **Asociación Internacional de Abogados** (AIA), la principal organización mundial de abogados independientes, colegios de abogados y consejos de la abogacía internacionales, inauguró en 2010 la *Estrategia Anticorrupción para la Profesión Jurídica*, en colaboración con la OCDE y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD). En el marco de esta estrategia, la AIA ha realizado

¹⁹² *Código de Ética* de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en www.bma.org.mx/assets/codigo-etica-profesional2.pdf.

¹⁹³ *Vid.* <http://flsc.ca/national-initiatives/model-rules-to-fight-money-laundering-and-terrorist-financing/>. La función de los abogados en la lucha contra la corrupción está siendo debatida más ampliamente por los abogados y despachos canadienses, tal como se pone de manifiesto en el siguiente artículo de investigación: «El papel de los abogados en la lucha contra la corrupción: Un informe sinóptico» (*The role of lawyers in the fight against corruption: A Summary Report*), disponible en el enlace www.trust.org/contentAsset/raw-data/af585d7d-6a7f-4c65-9b5c-3b5534118c74/file (versión en inglés).

encuestas sobre sensibilización acerca de las políticas y la lucha contra la corrupción entre los profesionales internacionales del Derecho y celebrado seminarios de sensibilización por todo el mundo¹⁹⁴. La estrategia incide en el preocupante desconocimiento que los profesionales del Derecho tienen del sistema internacional anticorrupción. En una encuesta de 2010 realizada en el marco de esta estrategia, se concluyó que en torno a un 40% de los encuestados nunca había oído hablar de los principales instrumentos internacionales que conforman el marco regulador internacional anticorrupción, como el *Convenio Anticohecho OCDE* y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Sólo un 43% de los que respondieron a la encuesta de 2010 reconoció que su colegio de abogados les proporcionaba algún tipo de orientación anticorrupción, y de ellos únicamente un tercio afirmó que dicha orientación versó específicamente sobre el problema de la corrupción internacional. La encuesta que la AIA realizó en 2013 entre los directores jurídicos y de cumplimiento internos dejó ver que más de un 80% de los encuestados estima que los abogados externos aparejan un cierto nivel de riesgo de soborno y actos de corrupción, y muchos de ellos manifestaron no confiar en los conocimientos de sus abogados en materia de lucha contra la corrupción, así como ansiar un mayor nivel de conocimientos y de concienciación de su parte respecto de esta cuestión (Gráfico 8). También puso de manifiesto la inacción de las asociaciones nacionales de abogados a la hora de ofrecer formación y directrices anticorrupción¹⁹⁵. Fue en respuesta a esto último que la AIA publicó su *Guía Anticorrupción para Colegios de Abogados* (AIA, 2013b).

Según la Guía, los colegios de abogados pueden establecer una «línea de asistencia» de la que los miembros del colegio podrían servirse para denunciar casos sospechosos de corrupción o recabar asesoramiento sobre temas relacionados con la corrupción. Más recientemente, en diciembre de 2016, después de la *Cumbre Anticorrupción* de Londres, la OCDE y la AIA crearon un Grupo de Trabajo conjunto sobre el papel de los abogados y las estructuras comerciales internacionales, con el objetivo de elaborar normas de conducta profesional y orientaciones prácticas para los abogados que intervienen en la creación y el asesoramiento de este tipo de estructuras¹⁹⁶. La estrategia y el Grupo de Trabajo son iniciativas más focalizadas, que se apoyan en los *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica* de la AIA. En particular, sirven de oportuno recordatorio de su *Principio 5*, según el cual: «*el abogado deberá tratar los intereses de sus clientes como primordiales, siempre y cuando no entren en conflicto con los deberes que el abogado tiene frente a los tribunales y los intereses de la justicia, con el cumplimiento de la ley, y el mantenimiento de los estándares éticos*» [el énfasis es añadido].

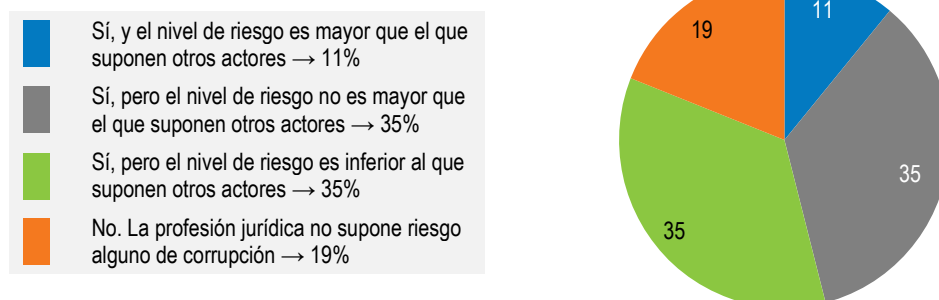
¹⁹⁴ La *Estrategia Anticorrupción para la Profesión Jurídica* es un proyecto conjunto de la AIA, la OCDE y la ONUDD que tiene por objeto el papel que cumplen los abogados en la lucha contra la corrupción internacional, incidiendo particularmente en la importancia del cumplimiento internacional (www.anticorruptionstrategy.org/).

¹⁹⁵ Vid. www.anticorruptionstrategy.org/AC_strategy_legal_profession_report.aspx.

¹⁹⁶ La OCDE y la AIA unen sus fuerzas a fin de formular directrices prácticas que sirvan a los abogados en su lucha contra la corrupción (14/12/2016), tal como puede verse en www.oecd.org/corruption/oecd-and-iba-join-forces-to-develop-practice-guidance-to-equip-lawyers-in-fight-against-corruption.htm.

Gráfico 8. Percepción del riesgo (%) de cohecho y corrupción cuando se recurre a abogados externos

Pregunta: Según sus criterios de cumplimiento, ¿los asesores jurídicos externos suponen un riesgo de cohecho y corrupción?



Fuente: AIA (2013a).

Conclusión

Por su estrecha relación con empresas y sociedades, los asesores expertos, como auditores, contables, abogados y demás profesionales independientes del Derecho, pueden hallar pruebas de vulneraciones significativas de la ley por sus clientes. Los asesores pueden coadyuvar decisivamente a la detección del cohecho internacional y otros actos de corrupción, bien directamente (identificando las conductas ilícitas) o bien indirectamente (descubriendo el origen ilícito de bienes o activos). Sin embargo, es preciso compatibilizar consideraciones divergentes con objeto de alcanzar un equilibrio entre el secreto profesional en las relaciones cliente-abogado y cliente-auditor o contador y el interés público que demanda que los actos ilícitos sean denunciados ante las autoridades competentes. Es alentador constatar que los asesores son cada vez más conscientes de la función única que pueden cumplir en la prevención, detección y denuncia del cohecho internacional y otras actividades ilegales. Las asociaciones profesionales han impulsado el desarrollo de directrices que facilitan la denuncia por los asesores expertos de los actos ilícitos y que ayudan a dichos asesores a informar a sus clientes sobre la forma de evitar irregularidades. Con objeto de favorecer una detección y aplicación de la ley más eficaz y sistemática en este ámbito, los países deberán, en su caso, habilitar y dar a conocer canales de denuncia, así como estudiar la imposición de obligaciones preceptivas de notificación. Asimismo, los países habrán de adoptar medidas adecuadas para velar por que se imparta formación anticorrupción a estos profesionales y se les instruya en los avances en este ámbito, de forma continuada. Una colaboración sólida y un diálogo incesante entre los organismos públicos y las asociaciones profesionales resultan también esenciales.

Referencias bibliográficas

- Agencia neerlandesa de Tramitación de Denuncias (2016): *Informe anual 2016*, disponible en el siguiente enlace: https://huisvoorklokkenluiders.nl/wp-content/uploads/2016/06/HvK_Annual-Report-2016.pdf (versión en inglés).
- AIA (2013a), *Cumplimiento de Medidas Anticorrupción y Profesión Jurídica: La Perspectiva del Cliente (Anti-corruption compliance and the legal profession: The client perspective)*.
- AIA (2013b), *Guía Anticorrupción para Colegios de Abogados: Creación, Desarrollo y Promoción de Iniciativas Anticorrupción para la Profesión Jurídica* (adoptada el 25 de mayo de 2013), disponible en el siguiente enlace: www.anticorruptionstrategy.org/AC_strategy_legal_profession_bar_guidance_and_for_um.aspx.
- Comisión de Bolsa y Valores estadounidense (US SEC, 2017): *Informe anual ante el Congreso sobre el Programa de protección de denunciantes previsto por la Ley Dodd-Frank*, disponible en el siguiente enlace: www.sec.gov/files/sec-2017-annual-report-whistleblower-program.pdf. (versión en inglés).
- Departamento de Justicia de Estados Unidos (US DOJ, 2016): *Plan y Directrices de aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, de 5 de abril, disponible en el siguiente enlace: www.justice.gov/criminal-fraud/file/838416/download (versión en inglés).
- Fiscalía de Delitos Económicos Graves del Reino Unido (UK SFO, 2012): *Declaración sobre la política de presentación de denuncias internas voluntarias por las empresas*, disponible en el siguiente enlace: www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/corporate-self-reporting (versión en inglés).
- G20 (2015), *Principios del G20 sobre Datos Abiertos y Lucha Anticorrupción*, disponible en el siguiente enlace: www.g20.utoronto.ca/2015/G20-Anti-Corruption-Open-Data-Principles.pdf (versión en inglés).
- OCDE (1997): *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, disponible en el siguiente enlace: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.
- OCDE (2006), *Recomendación sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/tad/xcred/oecd-recommendation-on-bribery-and-export-credits-14-december-2006.htm (versión en inglés).
- OCDE (2007), *Cohecho en la Contratación Pública: Métodos, Agentes y Contramedidas*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/briberyinpublicprocurementmethodsactorsandcounter-measures.htm (versión en inglés).

- OCDE (2009a): *Recomendación para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, disponible en el siguiente enlace: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.
- OCDE (2009b): *Recomendación del Consejo sobre Medidas Fiscales para Combatir Más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, disponible en el siguiente enlace: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.
- OCDE (2012): *Plan anticorrupción OCDE/G20: Marcos de Protección Jurídica de los Denunciantes*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf (versión en inglés).
- OCDE (2013a): *Manual para Inspectores Fiscales y Auditores de Impuestos sobre la Detección del Cohecho*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/tax/bribery-corruption-awareness-handbook.htm (versión en inglés).
- OCDE (2013b): *Cooperación eficaz entre organismos en la lucha contra los delitos tributarios y otros delitos financieros*, disponible en el siguiente enlace: https://www.oecd.org/ctp/crime/cooperacioneficaz_SP_Final.pdf.
- OCDE (2016a): *Compromiso con la protección efectiva de los denunciantes*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/corruption/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.htm (versión en inglés).
- OCDE (2016b), *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas por Cohecho Internacional: Un Informe Recapitulativo*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/corruption/liability-of-legal-persons-for-foreign-bribery-stocktaking-report.htm (versión en inglés).
- OCDE (2016c), *Créditos para la Exportación y Cohecho: Evaluación de 2015 de las Respuestas al Cuestionario sobre Medidas Adoptadas para Luchar contra el Cohecho en los Créditos Oficiales a la Exportación*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/tad/xcred/anti-bribery-survey.htm (versión en inglés).
- OCDE (2016d), *Recomendación del Consejo para los Agentes de Cooperación al Desarrollo sobre la Gestión de los Riesgos de Corrupción*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/corruption/oecd-recommendation-for-development-cooperation-actors-on-managing-risks-of-corruption.htm (versión en inglés).
- OCDE (2016e): *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública*, disponible en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>.
- OCDE (2017a), *Datos de 2016 sobre la Aplicación de la Convención Anticohecho*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/corruption/data-on-enforcement-of-the-anti-bribery-convention.htm (versión en inglés).
- OCDE (2017b): *Compendio OCDE/G20 de buenas prácticas sobre el uso de datos abiertos para combatir la corrupción*, disponible en el siguiente enlace: www.oecd.org/corruption/g20-oecd-compendium-open-data-anti-corruption.htm (versión en inglés).
- ONUDD (2009): *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, disponible en el siguiente enlace:

https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf.

TI (2010), Prácticas Anticohecho de las Agencias de Crédito para la Exportación 2010, disponible en el siguiente enlace:

www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Internationales/ECA_Survey_Report2010.pdf (versión en inglés).

TI (2016), Vínculos entre corrupción y vulneraciones del Derecho de la Competencia, disponible en el siguiente enlace:

https://www.transparency.org/whatwedo/answer/the_linkages_between_corruption_and_violations_of_competition_laws (versión en inglés).

www.oecd.org/corruption

