

**EL PAGO DE SOBORNOS EN LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES:
ANÁLISIS DE LA *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*¹**

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ²

UNIVERSIDAD DE DEUSTO - ESPAÑA

RESUMEN:

Desde mediados de los años noventa, han sido múltiples las organizaciones internacionales que han adoptado documentos legales vinculantes en materia de corrupción. Todos ellos tienen un origen común, la Ley estadounidense de Prácticas corruptas en el extranjero, aprobada en 1977. La importancia de esta norma es tal que se puede afirmar, sin dudar, que buena parte de la actual política criminal, en materia de corrupción, asienta sus bases en ella. Este artículo se dedica al análisis de su contenido.

PALABRAS CLAVE:

Corrupción, FCPA, Ley de Prácticas corruptas en el extranjero, Soborno, transacciones comerciales internacionales.

¹ Artículo presentado por el autor el 12 de marzo de 2019 y aprobado el 17 de mayo de 2019.

² Profesora Doctora de Derecho penal de la Universidad de Deusto - España. <https://orcid.org/0000-0002-8836-5930>

ABSTRACT:

Since the middle of the nineties, several international organizations have adopted a number of hard law legal documents on corruption. All of them have a common root: the US Foreign Corrupt Practices Act of 1977. This act is so relevant that it can be stated that much of the current anti-corruption criminal policy is based on it. This paper analyses its content.

KEYWORDS:

Corruption, FCPA, Foreign Corrupt Practices Act, Bribery, International Business Transactions.

Introducción

Sin ser un fenómeno nuevo en la historia de la Humanidad, la corrupción ha adquirido en las últimas décadas unas magnitudes desorbitadas³. La corrupción en el momento actual no conoce fronteras y que afecta a todos los Estados con independencia de su forma de gobierno y de su grado de desarrollo económico. A este respecto, señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁴ que esta lacra “ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

En efecto, la comunidad internacional, consciente de la necesidad de una lucha coordinada contra la corrupción, comenzó a adoptar instrumentos legales vinculantes en esta materia a mediados de los años noventa⁵. Todos ellos tienen su origen en una ley puramente

³ Este trabajo se ha realizado en el marco del grupo de investigación *Las mutaciones del poder público y el Derecho transnacional*, reconocido por el gobierno vasco para el período 2016-2018 (referencia: IT997-16), y dentro de los siguientes proyectos: *La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito* (MINECO, 2016-2019, referencia DER2016-79895-P) y *Módulo Jean Monnet SAPIA - Students' Awareness of Public Integrity and Accountability*, reconocido por la Comisión Europea para el período 2017-2010 (referencia: 586939-EPP-1-2017-1-ES-EPPJMO-MODULE).

⁴ Resolución 4/58 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

⁵ A saber, citando sólo los vinculantes: Convención interamericana contra la corrupción, de 29 de marzo de 1996, entró en vigor el 6 de marzo de 1997; Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la

nacional, adoptada por el congreso de Estados Unidos en 1977, la *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley de prácticas corruptas en el extranjero. En adelante, por sus siglas en inglés, FCPA); primera norma que amenazó con el castigo penal el pago de sobornos a funcionarios públicos de otros Estados para obtener negocios en el comercio internacional. Al estudio de esta ley se dedica este trabajo.

Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996 (DOCE, N.º C 313, de 23 de octubre), entró en vigor el 17 de octubre de 2002; Convenio relativo a la Lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la Lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (DOCE N.º C 195, de 25 de junio), entró en vigor el 28 de septiembre de 2005; Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la Protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1997 (DOCE N.º C 221, de 19 de julio), entró en vigor el 19 de mayo de 2009; Convenio de Lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE, de 21 de noviembre de 1997, entró en vigor el 15 de febrero de 1999; Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, entró en vigor el 1 de julio de 2002; Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, entró en vigor el 1 de noviembre de 2003; Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, de 15 de mayo de 2003, entró en vigor el 1 de febrero de 2005; Convención para la Prevención y lucha contra la corrupción de la Unión Africana, de 11 de julio de 2003, entró en vigor el 4 de agosto de 2006.

Contexto para la aprobación de la FCPA

En pleno regeneracionismo de la vida política y económica de los Estados Unidos, estalla en el año 1972 el escándalo Watergate, evidenciando toda una serie de prácticas ilícitas realizadas por la clase política y empresarial del país. No tan conocido como el caso que obligó a dimitir al presidente Nixon, es el que tuvo como protagonista a la empresa aeronáutica del país *Lockheed Corporation*. Aparte de su contribución a la campaña del presidente Nixon, *Lockheed* pagó millones de dólares en concepto de sobornos a funcionarios públicos de diversos países para obtener contratos con sus Administraciones Públicas. Sin duda, uno de los casos más significativos fue el que implicó al primer ministro japonés, Kakuei Tanaka, que fue condenado años más tarde en su país. El entonces presidente de la compañía estadounidense, A. Carl Kotchian, a través de un intermediario japonés, entregó 12,6 millones de dólares a altos cargos del gobierno de ese país para asegurarse la venta de sus aviones a la compañía aérea estatal *All Nippon Airways*. El acuerdo corrupto incluía la celebración de un millonario contrato por la venta de los aviones *TrisStar L-1011* y una promesa de compra de los aviones *P-3C Orion*. Poco tiempo después, el 6 de febrero de 1976, Kotchian reconocería ante una subcomisión de investigación en el Senado la realización de estas prácticas y haber pagado decenas de millones de dólares en concepto de sobornos desde los años sesenta hasta mediados de los setenta a funcionarios públicos de Japón, Holanda, Italia, Alemania, Arabia Saudí, Israel, entre otros países (CLEVELAND, 2009, pp. 202-203; DARROUGH, 2010, pp. 257-258⁶).

⁶ Véase un profundo análisis de los orígenes de la FCPA a KOEHLER, 2012, p. 932 y ss.

El escándalo de la *Lockheed Corporation* no fue un suceso aislado en las relaciones comerciales internacionales de la época. Como revelaría en 1974 una investigación llevada a cabo por la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos (en adelante, SEC), alrededor de 400 empresas norteamericanas (más de cien incluidas en la lista Fortune 500) habían realizado *questionable or illegal foreign payments* a funcionarios extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales, susceptibles de ser calificados como corrupción en el exterior (ASHCROFT, RATCLIFFE, 2012, p. 25; ELDRIGE, 2013, p. 736; RATCLIFFE, 2014, pp. 92-93; WILLBORN, 2013, p. 424).

Ni la *Lockheed Corporation* ni el resto de empresas fueron condenadas por el pago de esos sobornos en el extranjero pues en ese momento, como en el resto de ordenamientos jurídicos, la única corrupción que se castigaba en Estados Unidos era la que iba destinada a sobornar a los propios funcionarios públicos, pero no la que implicaba a funcionarios públicos de terceros Estados. Se entendía entonces que estas prácticas eran un problema de los países cuyos funcionarios públicos solicitaban o admitían los sobornos, y no un problema de los países cuyas empresas los pagaban.

Tras el conocimiento de estas prácticas realizadas por la clase empresarial y política del país, la opinión pública estadounidense se estremeció, volcada en aquellos años en la lucha por los derechos civiles, y condenó tales prácticas. La vergüenza impregnó la clase dirigente del país, que se vio obligada a tomar medidas al respecto para poner fin al pago de sobornos en el comercio internacional, pretendiendo así restaurar la confianza pública en la integridad de la economía norteamericana (TURK, 2013, pp. 332-333). Durante el mandato del presidente Ford se

creó un grupo de trabajo sobre pagos corporativos cuestionables realizados en el extranjero, cuyas recomendaciones se acabaron convirtiendo, años más tarde, y ya con el gobierno demócrata, en la *Foreign Corrupt Practices Act*⁷, ley que castiga penalmente a las personas, físicas o jurídicas, estadounidenses que paguen sobornos a servidores públicos de otros Estados para conseguir o mantener un negocio en tal país.

Reformas posteriores

La recién aprobada Act, precisamente por su carácter innovador, no estuvo exenta de polémica. Desde su adopción fue criticada por las multinacionales estadounidenses pues argumentaban que la nueva ley les colocaba en una situación de desventaja respecto de sus competidores europeos o japonesas en el comercio internacional, dado que las empresas de estos países no tenían prohibidas las prácticas de soborno en el extranjero (HUBER, 2003, p. 42; KOCHI, 2002, p. 101; NIETO Martín, 2003, p. 12). De ahí que el gobierno estadounidense solicitara en organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE la adopción de un texto internacional vinculante que obligara al resto de países a prohibir la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros en operaciones comerciales internacionales (PIETH, 2000, p. 21). El objetivo era instaurar un terreno de juego nivelado sobre el que realizar las transacciones comerciales internacionales en igualdad de condiciones. Pero tales pretensiones no fueron satisfechas. El gobierno de Estados Unidos no consiguió obtener más que textos de *soft law* en los organismos internacionales⁸.

⁷ *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1949, 15 U.S.C. §§ 78, p. 1 y ss.

⁸ Así, las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales,

De hecho, habrían de transcurrir dos décadas hasta que Estados Unidos viera cumplido su anhelado deseo de establecer unas reglas comunes del juego en el comercio internacional, momento en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) adoptaría su Convenio contra la corrupción en 1997.

Dado el escaso éxito que el gobierno norteamericano tuvo en los foros internacionales, se vio obligado a reformar la FCPA para satisfacer las demandas de sus corporaciones multinacionales (CRITES, 2012, p. 1052; TURK, 2013, p. 334). Así, el mandato del presidente Reagan se cerró con la modificación de la referida ley a través de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988⁹, que restringía el ámbito de aplicación de la FCPA al limitar el castigo a las conductas dolosas y al ampliar los supuestos en

y las Reglas de conducta de la Cámara Internacional de Comercio para combatir la extorsión y el soborno. Ya en los noventa, en el seno de las Naciones Unidas, la Resolución de la Asamblea General 50/106, Negocios y desarrollo, de 20 de diciembre de 1995 (A/RES/50/106); la Resolución de la Asamblea General 51/59, Acción contra la corrupción y Código internacional de conductas para funcionarios públicos, de 12 de diciembre de 1996 (A/RES/51/59); y 1a Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en transacciones comerciales internacionales, de 21 de febrero de 1997 (A/RES/51/191). En el marco de la OCDE, la Recomendación para Combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de 27 de mayo de 1994 (C (94) 75); la Recomendación sobre la Deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, de 11 de abril de 1996 (C (96) 27); y Recomendación revisada sobre el Combate del cohecho en las transacciones comerciales internacionales, de 23 de mayo de 1997 (C (97) 123).

⁹ *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1107, 15 U.S.C. §§ 78, pp. 1-2.

los que la entrega de un soborno estaría permitida. En el fondo, subyacía en la reforma la idea de que la legalidad del pago debía confirmarse atendiendo no a la legislación norteamericana, sino a la legislación o a los usos sociales del país en el que se practicaba la corrupción (NIETO Martín, 2003, p. 13). En consecuencia, se olvidaba la reivindicación original de la FCPA: comportarse en el exterior con los mismos parámetros que en el interior. Estas modificaciones retornaban a la vieja idea expresada en la conocida frase pronunciada Erwin Wilson en 1953: *Lo que es bueno para la General Motors es bueno para los Estados Unidos*.

La segunda de las reformas de la FCPA tuvo lugar tras la adopción del Convenio de la OCDE de 1997. Como se ha señalado, hasta ese año, el gobierno de EE.UU. no consiguió más que textos de soft law en los organismos internacionales, recomendando el castigo de la corrupción transnacional¹⁰. Sin embargo, el Convenio de la OCDE marca un antes y un después en la lucha contra estas prácticas, exigiendo a los Estados parte castigar como delito:

el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de

¹⁰ Un año antes se había adoptado, en el seno de la Organización de Estados Americanos, la Convención interamericana contra la Corrupción, un documento vinculante, pero limitado a un ámbito geográfico muy concreto, el cual no obligaba a los países europeos o asiáticos su cumplimiento, cuyas empresas eran las principales competidoras de las estadounidenses en el mercado mundial.

*conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales*¹¹.

La ratificación del Convenio de la OCDE por el gobierno de los EE.UU., efectuada el 8 de diciembre de 1998, exigía modificaciones en la FCPA para adaptarla al texto del convenio. Es cierto que el país cumplía, en líneas generales, con las disposiciones del mismo. De hecho, fue la propia FCPA la que influyó en la redacción del mismo. No obstante, el Convenio contenía mayores exigencias que requerían una reforma de la *Act*. Así, en 1998, a través de la *International Anti-Bribery and Fair Competition Act*¹² se amplió, por un lado, la definición de funcionario público para dar cabida a funcionarios de organizaciones internacionales, y por otro, la conducta punible, incluyendo el pago de sobornos para obtener *ventajas indebidas*. A la vez, se incorporaron nuevos principios jurisdiccionales que permitían aplicar la FCPA a supuestos cometidos en el extranjero y a extranjeros que violaran las disposiciones de la misma en el territorio de los EE.UU. (RATCLIFFE, 2014, pp. 94-95; TURK, 2013, pp. 334-335).

¹¹ Art. 1.1 del Convenio, según la versión en Castellano, del instrumento de ratificación de España, publicado en el *Boletín Oficial del Estado español*. N.º 46, de 22 de febrero de 2002.

¹² *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* de 1998, Pub. L. No. 105-366, 112 Stat. 3302, 15 U.S.C. §§ 78 dd-1 al -3, 78ff).

Contenido de la ley

1. Estructura

La FCPA adopta dos enfoques para cumplir su objetivo de luchar contra el pago de sobornos en el comercio internacional: el preventivo y el represivo, que se plasman en los dos grandes apartados en los que se divide la ley: las disposiciones sobre contabilidad y las disposiciones anti-soborno¹³. Este trabajo se centra en el estudio de las disposiciones anti-soborno, por lo que las exigencias contables sólo se expondrán brevemente.

Las disposiciones sobre contabilidad, que sólo se aplican a los emisores de valores en mercados estadounidenses, a diferencia de las disposiciones anti-soborno, que se aplican a cualquier persona física o jurídica, contienen dos obligaciones fundamentales. Por un lado, la obligación de *preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos del emisor* [§ 78m (b) (2) (A)]¹⁴, como por ejemplo, no mantener cuentas fuera de libros, no anotar transacciones falsas o con identificaciones incorrectas, etc. Por otro lado, se recoge la obligación de mantener un sistema de controles internos de la contabilidad que proporcione *seguridades razonables* [§ 78m (b) (2) (B)], como, por ejemplo, que las transacciones se ejecuten con

¹³ Las disposiciones sobre contabilidad (*accounting provisions*) se ubican en los §§ 78m (b) (2)-(7) y 78ff y las disposiciones anti-soborno (*anti-bribery provisions*), en los §§ 78dd-1, 78dd-2 y 78dd-3.

¹⁴ La redacción en Castellano está tomada de la versión de la FCPA, publicada en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos

la correspondiente autorización o que el acceso a los activos se permita sólo con dicha autorización. Los requisitos del *reasonable detalle* y *seguridades razonables* se entienden cumplidos cuando el nivel de detalle y el grado de seguridad es tal que satisfaría a *las autoridades prudentes en la realización de sus propios asuntos* [§ 78m (b) (7)].

La existencia de estas normas parece tener por objetivo evitar la existencia de una contabilidad paralela en las empresas, una *caja B* que se destine al pago de sobornos (DARROUGH, 2010, p. 256; DEMING, 2006, pp. 468-471). No obstante, estas previsiones sirven también para solventar un problema que se puede plantear con frecuencia en la práctica.

Téngase en cuenta que en ocasiones resultará difícil demostrar que un consejo de administración de una empresa instalada en los Estados Unidos sabía que el dinero entregado a un intermediario en un lejano país iba a ser empleado para sobornar a un miembro del gobierno de tal país con el fin de que le adjudique a la empresa un determinado contrato. Si esto no se consigue probar, no será posible aplicar las disposiciones anti-soborno de la FCPA pues éstas requieren que se actúe *a sabiendas* de que el intermediario va a usar el dinero para sobornar al funcionario extranjero. Sin embargo, nada impedirá castigarles penalmente por violación de las disposiciones sobre contabilidad de la FCPA¹⁵. Simplemente, habría de demostrarse que, conscientemente, no se han cumplido las obligaciones contables. Se superan así, con el pragmatismo característico del Derecho anglosajón, toda una serie de

¹⁵ Las sanciones no son menores: multa de hasta 5 millones de dólares y prisión de hasta 20 años para las personas físicas y multa de hasta 25 millones de dólares para las personas jurídicas.

problemas dogmáticos que se le plantearían al Derecho penal europeo (NIETO Martín, 2003, pp. 11-12).

2. Disposiciones anti-soborno

El segundo enfoque que adopta la FCPA en la lucha contra el soborno transnacional es de carácter represivo. En este sentido, la ley castiga penalmente la entrega de sobornos a funcionarios públicos extranjeros e internacionales en el contexto de operaciones comerciales internacionales.

2. 1. Los sujetos sometidos a la FCPA y el nexo jurisdiccional con los EE.UU.

Existen tres grupos de sujetos a los que se les aplican las disposiciones anti-soborno de la FCPA: los emisores de valores en mercados estadounidenses, las empresas nacionales y otros sujetos a los que la propia ley se refiere como aquéllos que no son ni emisores de valores ni empresas nacionales, pero respecto de los cuales se exige un requisito especial que será explicado infra.

Los emisores son todas aquellas empresas que tengan valores registrados de acuerdo con la sección 12 de la *Securities Exchange Act*¹⁶ o que estén obligados a remitir periódicamente informes a la SEC según la sección 15(d) de la referida ley. En la práctica, esto significa que toda empresa que tenga valores listados en una bolsa nacional o en mercados extrabursátiles nacionales y que tenga que reportar ante la SEC, es un emisor en el sentido de la FCPA

¹⁶ *Securities Exchange Act* de 1934, reformada por la Pub. L. 112-158, de 10 de agosto de 2012.

(*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 11). La ley se aplica a los emisores de valores tengan nacionalidad estadounidense o no, siempre que participen en mercados de los EE.UU. Por ejemplo, los emisores extranjeros estarán sometidos a la ley cuando operen en los mercados del país a través del programa *American Depositary Receipt* (ADR). La FCPA también se aplica a los directores, empleados, agentes o accionistas de cualquier emisor cuando actúen en su nombre.

El término *empresas nacionales* que emplea la FCPA hace referencia, como señala el propio texto de ley, tanto a personas físicas, nacionales o residentes en los EE.UU., como a corporaciones, siempre que tengan su principal plaza de negocios en los EE.UU., o estén constituidas en virtud de las leyes de ese país o de un territorio, posesión o Estado asociado de los Estados Unidos [§78dd-2 (h) (5)].

En estos dos casos, es decir, cuando el sujeto activo es un emisor o una empresa nacional, se podrán aplicar las disposiciones de la FCPA con independencia del lugar en el que se realice el acto corrupto: dentro o fuera de las fronteras nacionales. Originariamente, la FCPA exigía un vínculo de territorialidad con Estados Unidos, al requerir que se utilizara *el correo o cualquier otro medio o instrumento de comercio interestatal*¹⁷. Dentro de esta expresión se incluyen multitud de actos, como por ejemplo, una llamada de teléfono o el envío de un e-mail o fax desde,

¹⁷ La propia norma define *comercio interestatal* como *comercio exterior o interior, transporte o comunicaciones entre varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o navío fuera de ese Estado, y el término comprende el uso intraestatal de: A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o B) cualquier otro instrumento interestatal, §78dd-2 (h) (5).*

hacia o a través de los Estados Unidos, o una transferencia desde o hacia un banco del país (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 11)¹⁸. Pese a que esta expresión se había interpretado tradicionalmente de manera amplia (TARUN, 2006, p. 13)¹⁹, la reforma de la FCPA en 1998 incluyó un principio jurisdiccional alternativo para dar cambia a más supuestos aún, tal y como exige el Convenio de la OCDE de 1997. Se trata del principio de personalidad activa, al que se refiere el Convenio en

¹⁸ Demostrar este vínculo de territorialidad nunca ha supuesto gran problema para las autoridades estadounidenses. Por citar algunos ejemplos, en el caso de SIEMENS en 2008, el nexo de territorialidad se determinó por la utilización de cuentas bancarias estadounidenses para realizar los pagos ilícitos y por la participación de directivos de la empresa en reuniones en Nueva York y Miami (véase *U.S. vs. Siemens Aktiengesellschaft*; *U.S. vs. Siemens S.A. (Argentina)*; *U.S. vs. Siemens Bangladesh Ltd.*; y, *U.S. vs. Siemens S.A. (Venezuela)*). En el caso de FIAT, en el 2008, bastó con constatar el envío de documentos, a través de faxes a los Estados Unidos (véase *U.S. vs. Iveco S.p.A.*; *U.S. vs. CNH Italia S.p.A.*; *U.S. vs. CNH France S.A.*). En el caso de ALCATEL, en 2008, el nexo territorial fue la transferencia de fondos, desde bancos estadounidenses (*U.S. vs. Sapsizian*).

¹⁹ Tan amplia es la interpretación que en el caso *SEC vs. Straub, et al.*, Caso N.º 11 CIV 45, (S.D.N.Y., de 8 de febrero de 2013), se aplicó la FCPA por violación de las normas anti-soborno a los directivos de una empresa húngara, que cotizaba en la NYSE, por enviar correos electrónicos desde Hungría, ofreciendo sobornos a funcionarios del gobierno de Macedonia. La SEC, como una de las entidades encargadas de aplicar la FCPA, entendió que había razones para aplicar la ley porque los correos, pese a enviarse desde un país extranjero y a un país extranjero, habían sido almacenados en servidores localizados en los Estados Unidos. También lo entendió así el juez del caso, quien ante los alegatos de la defensa, señaló que Internet es tan inmenso que los acusados no podían prever eso, contestó que precisamente esa era *una razón más por la que debería ser predecible para un acusado que el tráfico en Internet no es necesariamente local por naturaleza*.

su artículo 4.2. En este sentido, la ya referida *International Anti-Bribery and Fair Competition Act* de 1998 posibilitó la aplicación de la ley a aquellos supuestos de soborno a funcionarios públicos extranjeros independientemente de si el emisor o la empresa nacional hace uso del correo o de otros medios o instrumentos de comercio interestatal [§78dd-1 (g) (1) y §78dd-2 (i) (1)]. El vínculo de la nacionalidad sería suficiente.

Por último, y desde la reforma operada en 1998, el tercer grupo al que se aplica la FCPA está constituido por personas que no son ni emisores ni empresas nacionales, si bien, es necesario en este caso un nexo jurisdiccional con Estados Unidos que se traduce en un vínculo de territorialidad, exigiendo la ley en este punto que estas otras personas realicen el acto corrupto *mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos* [§78dd-3 (a)]²⁰. La propia ley define qué debe entenderse por estas otras personas, incluyendo a cualquier persona física que no sea nacional de los Estados Unidos, así como a cualquier corporación constituida conforme a las leyes de otro país [§78dd-3 (f) (1)].

Esta expansión de la jurisdicción trae su causa en el Convenio de la OCDE de 1997, el cual exige castigar como delito el hecho de que *cualquier persona* soborne a un funcionario público extranjero (artículo 1.1.). Es decir, no se limita a exigir el castigo de los nacionales. No obstante, esta exigencia tiene, obviamente, unos límites (principio de territorialidad), señalando el convenio que un Estado parte deberá extender su jurisdicción a estas personas siempre que *el delito se cometa en todo o en parte en su territorio* (artículo 4.1).

En este punto de la ley es donde en la práctica se han planteado

²⁰ Énfasis añadido.

algunos de los principales problemas, en concreto, en lo que se refiere a la interpretación del término *territorio* que aparece en la ley. Ante la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre este punto²¹, el Departamento de Justicia (en adelante, por sus siglas en inglés, DOJ), como uno de los organismos encargados de aplicar la FCPA, ha realizado una interpretación amplia del mismo, llegando incluso a abogar por el castigo de una persona que nunca haya pisado territorio estadounidense si con su actuar en el extranjero provocó que se cometiera el delito dentro del país (TARUN, 2006, p. 13).

Como se ha visto hasta aquí, la FCPA tiene un amplio ámbito de aplicación subjetivo, en especial, desde la expansión de la jurisdicción a los emisores y empresas nacionales que cometen el delito en el extranjero, y a los extranjeros que cometen el delito dentro de territorio estadounidense. De hecho, los casos más destacados de aplicación de la FCPA implican, precisamente, a empresas extranjeras. Basta recordar la multa impuesta a Siemens AG, compañía alemana, en 2008. Como destaca HENNING (2012,

²¹ Téngase en cuenta que la mayoría de los implicados en casos de corrupción transnacional acepta declararse culpable por violación de la FCPA, ante los organismos encargados de aplicarla (el Departamento de Justicia y la SEC), a cambio de un acuerdo de no procesamiento (*non prosecution agreement*, en adelante, NPA) o de procesamiento aplazado (*deferred prosecution agreement*, en adelante, DPA), por lo que son pocos los casos que llegan a ser enjuiciados. De ahí, la escasez de jurisprudencia sobre algunos puntos conflictivos. Los implicados evitan así sentarse en el banquillo, a la vez que se reducen los costes del proceso. Las consecuencias de estos acuerdos han sido, sin embargo, objeto de muchas críticas, por parte de la doctrina, pues dotan a esos organismos de un enorme poder, reduciéndose así las garantías de los acusados. CRITES, 2012, pp. 1063-1064; GEORGIS, 2012, p. 268 y ss.; SHEAHEN, 2010, p. 31.

p. 884), el top ten de sanciones por violación de las disposiciones anti-soborno de la FCPA está integrado básicamente por empresas extranjeras.

2. 2. El receptor del soborno

La FCPA menciona tres grupos de personas que pueden ser receptoras del pago ilícito, a saber, cualquier funcionario extranjero, cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o candidato a un cargo público extranjero, y cualquier persona (intermediaria) siempre que actúe a sabiendas de que todo el dinero o parte del mismo, o el artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a las personas anteriormente referidas [§78dd-1 (a), §78dd-2 (a) y §78dd-3 (a)].

2. 2. 1. El concepto de funcionario extranjero

El concepto de funcionario extranjero que recoge la ley incluye a los funcionarios de otros Estados, así como también a los de organizaciones internacionales públicas. La propia ley ofrece una interpretación auténtica del término, debiéndose entender por funcionario público *cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de algún departamento, dependencia o instrumento del mismo, o de una organización internacional pública, o de alguna persona que actúe a título oficial para dicho gobierno, departamento, dependencia o instrumento, o en nombre del mismo, o para dicha organización internacional pública o en nombre de la misma* [§78dd-1 (f) (1), §78dd-2 (h) (2) y §78dd-3 (f) (2)].

Esta definición es uno de los puntos más problemáticos de la FCPA. Así ha quedado patente en las diversas evaluaciones que el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE ha realizado a Estados Unidos²². En dichas evaluaciones, las autoridades estadounidenses han tratado de aclarar diversas cuestiones. En primer lugar, han señalado que la definición de funcionario extranjero que contiene la FCPA es independiente de la definición de funcionario que prevea el otro Estado, lo que quiere decir que una persona podrá ser considerada funcionario pese a que no lo sea según las leyes de su propio país. En todo caso, se incluyen dentro de la definición los jueces, parlamentarios y miembros de una casa real²³.

En segundo lugar, se han planteado numerosos problemas en la práctica con las empresas cuya propiedad es, total o parcialmente, estatal²⁴. Dada la definición de *funcionario público* que aparece en la ley, el DOJ señala que esas empresas pueden incluirse dentro del término *instrumento de un gobierno extranjero*²⁵. La

²² Disponibles en la siguiente página web: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/unitedstates-oecdanti-briberyconvention.htm> (última consulta el 22.2.2018).

²³ OECD. Working Group on Bribery. 1999, p. 5; *Ibid.* Working Group on Bribery. 2002, p. 32; *Ibid.* Working Group on Bribery. 2010, pp. 27-28.

²⁴ El problema no es baladí, pues, en la práctica, la mayoría de los casos de aplicación de la FCPA están relacionados con este tipo de empresas. Véase el estudio de KOEHLER en relación con el año 2009: el 66% de los casos de aplicación de la FCPA implicaba a empresas, cuya propiedad, al menos, parcialmente, pertenecía al Estado KOEHLER, 2010, p. 412.

²⁵ La FCPA emplea el término *instrumentality*, que ha sido desafortunadamente traducido por *instrumento*, en la redacción en Castellano de la ley publicada en la página web del DOJ.

duda al respecto surge a la hora de considerar a sus empleados como funcionarios públicos o no. Una pista para resolver esta cuestión puede encontrarse en otras normas estadounidenses. Así, la *Foreign Sovereign Immunities Act*²⁶ entiende que esas empresas serán públicas, y por tanto, sus empleados serán funcionarios públicos, siempre que el Estado ostente la mayoría de la propiedad de la misma²⁷.

La guía para la aplicación de la FCPA acepta este criterio, y de hecho, señala que será muy poco probable que en la práctica se aplique la FCPA si la empresa no es controlada en más del 50% por el Estado (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 21). Sin embargo, al señalar que “es muy poco probable”, las autoridades estadounidenses están reconociendo que podrían darse casos de aplicación de la FCPA aun cuando el Estado no ostente la mayoría de la propiedad de la misma. De hecho, en la práctica, existen casos en los sí ha aplicado la FCPA²⁸. Y es que la guía de aplicación de la FCPA recoge un listado de criterios a tener en cuenta para considerar a tales entes como estatales, y por tanto, a sus empleados como funcionarios públicos. Esos criterios incluyen, además del

²⁶ *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891.

²⁷ Las autoridades estadounidenses señalaron que tal definición podría trasladarse a la aplicación de la FCPA. OECD. Working Group on Bribery. 2002, p. 32).

²⁸ El Estado ostentaba sólo el 43% de la propiedad de la empresa. Sin embargo, las autoridades estadounidenses tuvieron en cuenta otros criterios: el Estado era un accionista especial, tenía derecho de veto y controlaba las decisiones más importantes de la empresa. Véase *U.S. vs. Alcatel-Lucent France, S.A, et al.*, Caso N.º 10-CR-20906, State Department of Florida, 27 de diciembre de 2010.

porcentaje de propiedad que ostente el Estado, el grado de control por el mismo, la finalidad del ente, el grado de financiación pública o la percepción de que la empresa está llevando a cabo funciones públicas (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 20).

Finalmente, dentro del concepto de funcionario extranjero tienen cabida los funcionarios de organizaciones internacionales públicas, así como cualquier otra persona que actúe para tal organización o en nombre de ella. Inicialmente, la FCPA sólo hacía referencia a los funcionarios extranjeros, pero la necesidad de adaptar la ley al Convenio de la OCDE de 1997 motivó la reforma de la ley en este sentido. A la vez que se hizo extensible la aplicación de la ley a estos funcionarios, se incorporó un concepto de *organización internacional pública*²⁹, que básicamente se remite al listado de organizaciones que aparecen señaladas en la *International Organizations and Immunities Act*³⁰. Sin embargo, ha sido el propio grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE el que ha criticado en sus evaluaciones esta definición señalando que es más restrictivo que su convenio, pues el convenio se refiere a cualquier organización internacional pública, mientras que en tal ley aparece sólo un listado, aunque amplio (OECD (*Working Group on Bribery*), 1999, p. 6).

²⁹ 78dd-1 (f) (1) (B): *Para fines del subpárrafo A), el término organización internacional pública significa: i) una organización designada por Orden del Ejecutivo conforme a la sección 1 de la Ley de Inmunidades de Organizaciones Internacionales (Sección 288, Título 22, Código de los EE. UU.); o ii) cualquier otra organización internacional designada por el Presidente por Orden del Ejecutivo para los fines de esta sección, con vigencia a la fecha de publicación de dicha orden en el Registro Federal.*

³⁰ *International Organizations and Immunities Act* de 1945, Pub. L. 79-291, 59 Stat. 669.

2. 2. 2. El pago de sobornos a partidos políticos

Tras el funcionario extranjero como posible receptor del soborno, la FCPA menciona a *cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato a un cargo político extranjero*. Son pocos los casos de aplicación de la ley a supuestos que impliquen a estas personas³¹. Sin embargo, debe valorarse positivamente esta disposición pues lo que hace aquí la ley es unir dos sectores que tradicionalmente han estado separados en los ordenamientos de nuestro entorno, pese a los vínculos evidentes: la corrupción y la financiación ilegal de partidos políticos (NIETO, MARTÍN, 2003, p. 11, OLAIZOLA NOGALES, passim).

2. 2. 3. Los intermediarios y el requisito del conocimiento

La FCPA incluye, en último término, dentro de las personas receptoras del pago ilícito, a *cualquier persona* siempre que se realice el pago *a sabiendas* de que se dedicará en todo o en parte a pagar sobornos a cualquiera de las personas mencionadas en los epígrafes anteriores.

³¹ Sin embargo, uno de los primeros casos de aplicación de la FCPA implicó, precisamente, a un partido político extranjero y al primer ministro del país, miembro de dicho partido. La empresa americana fletó un avión desde Nueva Zelanda a las Islas Cook con votantes para la re-elección del primer ministro, Sir Albert Henry, a cambio de la renovación de un contrato con el gobierno de las islas. Véase U.S. vs. Kenny International Corp. Caso N.º 79-CR-372, 2 de agosto de 1979.

En el comercio internacional es común el uso de intermediarios, personas conocedoras del medio que pueden poner en contacto al ejecutivo de la empresa con el servidor público que tiene facultad para entregarle un contrato o para influir en quien así puede hacerlo. Este apartado de la FCPA pretende, precisamente, evitar la impunidad de quien se vale de uno de estos intermediarios para su propósito ilícito. Para que se le pueda exigir responsabilidad, es necesario que actúe con conocimiento (*knowing*). Es la propia ley la que define que habrá de entenderse por tal. Así, se entenderá que una persona actúa a sabiendas con respecto a una circunstancia o un resultado si:

- i) *Esa persona es consciente de que se dedica a dicha conducta, que dicha conducta existe, o que es substancialmente cierto que dicho resultado vaya a ocurrir; o,*
- ii) *Esa persona cree firmemente que dicha circunstancia existe o que es substancialmente cierto que dicho resultado vaya a ocurrir [§78dd-1 (f) (2) (A), §78dd-2 (h) (3) (A) y §78dd-3 (f) (3) (A)].*

El requisito del conocimiento se entenderá cumplido *si una persona es consciente de que existe una gran probabilidad de la existencia de dicha circunstancia, a no ser que la persona crea realmente que dicha circunstancia no existe [§78dd-1 (f) (2) (B), §78dd-2 (h) (3) (B) y §78dd-3 (f) (3) (B)].*

Precisamente, el requisito del conocimiento es otro de los principales problemas que se plantea en la práctica al aplicar la FCPA; un problema que ha ido en aumento en los últimos años, pues cada vez son más los casos investigados por el DOJ y por

la SEC en los que estuvo presente un intermediario (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 3).

Para entender el significado del requisito del conocimiento es preciso remontarse a la aprobación de la FCPA en 1977. En su origen, la norma hablaba en este punto de *conocer o tener razones para conocer (knowing or having reason to know)* que el pago entregado al intermediario iba a utilizarse para sobornar. Es decir, se podría aplicar la ley a conductas tanto dolosas como imprudentes, pues se permitía el castigo aun cuando el sujeto no era consciente de que el pago iba a tener ese destino, siempre que tuviera razones para creerlo así³². Dada la incertidumbre que este segundo inciso (*reason to know*) planteaba a las empresas estadounidenses³³, la ley fue reformada en 1988, limitando los casos de infracción de la FCPA exclusivamente a aquellos supuestos en los que el sujeto tenía un conocimiento real de que el pago entregado al intermediario iba a ser empleado en todo o en parte como soborno para obtener o mantener un negocio. Sin embargo, la interpretación que el DOJ y la SEC han venido realizando en los últimos años del término *knowing* es muy amplia, por lo que se ha vuelto a algo similar a lo que existía antes de la reforma de 1988, ignorando así la razón de ser de tal reforma (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 3).

Los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son escasos.

³² Con todo, y a pesar de la redacción de la ley, en la práctica nunca se aplicó a una conducta imprudente. DEMING. 2005, pp.31-32.

³³ Se ha señalado incluso que esta incertidumbre llevó a las empresas del país a perder multitud de contratos que sí eran lícitos al no querer arriesgarse a una posible sanción por violación de la FCPA. Véase a WINER y HUSISIAN. 2009, p. 4.

Sin embargo, existe alguno y muy significativo, en el que se realiza una interpretación más restrictiva que la seguida por el DOJ y la SEC. Así, en el caso *U.S. v. Kozeny et al*³⁴, un jurado encontró culpable a Frederic Bourke pese a que no tenía un conocimiento real de que el pago entregado al intermediario, Viktor Kozeny, iba a ser empleado como soborno. No obstante, quedó probado que sí tenía conocimiento de la alta probabilidad de que eso ocurriera y, además, sabiendo esto, evitó conscientemente comprobar tal hecho (BIERBAUER, 2009, p. 13). Este pronunciamiento confirma que en ausencia de consentimiento real, no basta la mera negligencia o imprudencia en la omisión del conocimiento, sino que por un lado, se requiere ser consciente de la alta probabilidad de que el soborno se pague (no simplemente ser consciente de que puede ser pagado), y por otro, se requiere que la persona se haya abstenido conscientemente de investigar esas sospechas, no bastando el dato de que la persona pudiera haber hecho más por conocer (WINER y HUSISIAN, 2009, p. 9).

Para prevenir situaciones en las que interviene un intermediario y que podrían derivar en responsabilidad de la persona que lo contrató por violación de las disposiciones anti-soborno de la FCPA, la guía de aplicación de la ley incluye un listado de *banderas rojas*, situaciones que deben hacer sospechar a una persona que el intermedio usará el dinero que se le ha entregado, en todo o en parte, para sobornar a un funcionario extranjero³⁵. Si

³⁴ U.S. vs. Kozeny y Bourke. Caso N.º 05-CR-518, SDNY. de 10 de julio de 2009..

³⁵ Por ejemplo, la solicitud de comisiones excesivas, contratos de consultoría en términos vagos, el intermediario está muy vinculado con el funcionario extranjero, el intermediario solicita que el dinero se le entregue en una cuenta en un paraíso fiscal, etc. Véase DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE

aun así, la persona sigue adelante, será responsable por violación de la FCPA.

2.3. Las conductas prohibidas

La FCPA prohíbe la oferta, el pago, la promesa de pago o la autorización de pago, ya sea de dinero ya de cualquier otra cosa de valor. Como puede observarse, se castiga tanto la conducta consumada como el mero intento. Así, la *oferta* no tiene porqué se aceptada por el funcionario extranjero para que se entienda cometido el delito (SALBU, 1997, p. 230).

Las conductas señaladas en el párrafo anterior deben estar orientadas a lograr, por un lado, un fin inmediato, y por otro, un fin mediato. Como finalidad inmediata, lo que la ley prohíbe es pretender una determinada actuación por parte del funcionario extranjero (fin inmediato). Son conductas que dentro de nuestra tradición jurídica podrían constituir delitos bien de cohecho (propio o impropio) bien de tráfico de influencias. En palabras literales, se castigan esos pagos cuando tengan por objeto:

“A) i) influir cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a que realice u omite algún acto en infracción de su deber legítimo, o iii) obtener ventaja indebida³⁶, o;

COMMISSION. 2012, p. 23.

³⁶ El último inciso *obtener una ventaja indebida* fue añadido en la reforma de 1998, a fin de dar cumplimiento a las exigencias del Convenio OCDE.

B) inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar a un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él” [§78dd-1 (a), §78dd-2 (a) y §78dd-3 (a)].

Esas conductas deben orientarse a una finalidad mediata. Así, en último término, lo que se exige es que el soborno pretenda ayudar a la persona que lo ofrece, entrega, promete o autoriza a *obtener o retener algún negocio o encaminar algún negocio hacia alguna persona*. Esto es lo que se conoce como el *business nexus requirement*. Debe probarse, por tanto, para entender infringida la FCPA, el vínculo entre el soborno y la obtención o mantenimiento del negocio.

Este requisito se ha interpretado de manera amplia por la jurisprudencia estadounidense, dando como resultado que prácticamente cualquier situación pueda tener cabida dentro de la FCPA (CRITES, 2012, p. 1055). El principal problema se ha planteado en relación con la consideración o no como delictiva de la entrega de un pago ilícito para obtener una reducción o supresión de los impuestos aduaneros. Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito en el caso U.S. vs. Kay³⁷, señalando que este tipo de conductas sí podrían (aunque no siempre) caer bajo el ámbito de aplicación de la FCPA si tal reducción de impuestos efectivamente sirvió para conseguir o

³⁷ Caso U.S. vs. Kay, 359 F.3d 738, 5th Cr., 2004. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en el Caso U.S. vs. Kay, 513 F.3d 432, 2007, U.S. App. En dicho caso, los acusados, David Kay y Douglas Murphy, directivos de American Rice, Inc. (ARI), empresa estadounidense con sede en Texas, orquestaron la entrega de pagos ilícitos a funcionarios de Haití para reducir impuestos aduaneros.

mantener un negocio³⁸. Con todo, reconoció el tribunal que la expresión *obtener o mantener un negocio* no era muy precisa. Por ello, para interpretarla hizo uso de los antecedentes legislativos de la FCPA. Y así, a su entender, cuando el Congreso aprobó la ley, dado el acuciante problema del pago de sobornos en el comercio internacional, se quería prohibir una variedad de pagos tal que no se limitara a aquéllos que directamente ocasionan la obtención o mantenimiento de un negocio, sino también incluyera a aquéllos que lo hacen indirectamente³⁹. Esta interpretación extensiva en el caso Kay ha servido a los organismos encargados de aplicar la FCPA para aumentar notablemente el número de investigaciones y denuncias⁴⁰.

Finalmente, señala la FCPA que la conducta debe realizarse *corruptly*. La ley no define lo que ha de entenderse por tal, ni si siquiera tras las dos modificaciones sufridas. Sin embargo, se pronunció al respecto el Congreso durante los trámites de adopción de la misma. Así, deberá entenderse que se actúa

³⁸ Contradecía así lo dicho por el Tribunal de Distrito, el cual había considerado que este tipo de pagos no son aquéllos que quiere prohibir la FCPA. El Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito manifestó, no obstante, que las reducciones de impuestos aduaneros que no den como resultado la obtención o mantenimiento de un contrato, sino, simplemente, un aumento de un beneficio ya existente, no dan lugar a la violación de la FCPA.

³⁹ Críticamente con este razonamiento, entendiendo que si esa hubiera sido la intención del Legislador, podía haberlo dejado claro en las reformas de 1988 y 1998 y, sin embargo, no lo hizo. GEORGIS. 2012, p. 264

⁴⁰ Por ello, hace una crítica. KOEHLER. 2010, p. 394. Satisfecho, sin embargo, con tal interpretación, se muestra el Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE. OECD. Working Group on Bribery. 2010, p. 7.

corruptamente cuando se pretende que el funcionario extranjero abuse de su cargo oficial, por ejemplo, facilitando un negocio al pagador del soborno, modificando una ley para que le sea más favorable o absteniéndose de realizar sus funciones oficiales (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 14). Así lo ha entendido también la jurisprudencia. En el caso U.S. v. Liebo, el tribunal señaló que un acto se realiza corruptamente si se hace *voluntaria e intencionadamente*, y con *el mal propósito de inducir al receptor a abusar de su posición oficial o a influir sobre alguien para que así lo haga*, y también cuando se hace *voluntaria e intencionadamente*, y con *el mal propósito de lograr un fin o resultado ilegal, o un fin o resultado legal utilizando métodos o medios ilegales*⁴¹. El último inciso deja pues la puerta abierta al castigo de esos pagos ilícitos que están destinados a lograr un tratamiento justo al que el pagador realmente tenía derecho (KLaw, 2012, p. 328).

2. 4. Objeto material

El soborno puede consistir en una cantidad en dinero o en cualquier otra cosa de valor. Esta última expresión parece sugerir que únicamente aquello que es susceptible de valoración económica puede ser objeto material del delito. Sin embargo, las autoridades estadounidenses han señalado ante el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE que también tienen cabida otros beneficios intangibles, como lo tienen cuando de cohecho de funcionarios nacionales se trata. OECD. *Working Group on Bribery*. 1999, p. 21⁴².

⁴¹ Caso U.S. vs. Liebo 923 F.2d 1308, 8th Cir., 1991.

⁴² Téngase en cuenta que el art. 1.1 del Convenio OCDE de 1997 habla de beneficio indebido *pecuniario o de otra clase*.

Pese a que en la mayoría de los casos existentes, el soborno consiste en dinero, se pueden citar algunos ejemplos de *otras cosas de valor*, como alquilar un avión⁴³, regalar dos billetes de avión para una luna de miel en París⁴⁴, pagar la cuota de socio de un club social, alquilar una limusina, o pagar facturas de teléfono⁴⁵.

La cuantía del soborno es irrelevante a efectos de aplicar la FCPA, pues no existe una cifra por debajo de la cual la conducta no se considere delictiva, siempre que se tenga la intención de corromper (*Department of Justice / Securities and Exchange Commission*, 2012, p. 15).

2. 5. La atipicidad de los pagos de facilitación

La FCPA no considera delictivos los pagos de facilitación o de engrase; denominados en la ley *actos gubernamentales de rutina* [§78dd-1 (b), §78dd-2 (b) y §78dd-3 (b)]. Concepto flexible donde los haya, estamos, en general, ante pequeños sobornos que se entregan a funcionarios públicos para alentarles a llevar a cabo un acto rutinario que no implique discrecionalidad (CLEVELAND, 2009, p. 221). Consciente de las dudas que siempre han girado en torno a la definición o los límites de estos pagos, el Congreso norteamericano intentó poner remedio a la situación reformando la ley en 1988 para aclarar qué debía entenderse por tales. Así, la expresión *acto gubernamental de rutina* significa:

⁴³ Caso U.S. vs. KENNY INTERNATIONAL CORP.

⁴⁴ Caso U.S. vs. LIEBO

⁴⁵ Caso U.S. vs. ABB VETCO GRAY

solamente una acción que de ordinario y por lo común la desempeña el funcionario extranjero para:

- i) obtener permisos, licencias u otros documentos oficiales para que una persona pueda realizar actividades comerciales en un país extranjero;*
- ii) tramitar documentos gubernamentales, como visas y órdenes de trabajo;*
- iii) proporcionar protección policial, recolección y entrega de correspondencia o programación de inspecciones relacionadas con el desempeño contractual o inspecciones relacionadas con el tránsito de bienes a través del país;*
- iv) proporcionar servicios de teléfono, energía y agua; servicios de carga y descarga; protección de productos o artículos perecederos contra el deterioro; o,*
- v) realizar acciones de índole similar [§78dd-1 (f) (3), §78dd-2 (h) (4) y §78dd-3 (f) (4)].*

En ningún caso entrarán dentro de este concepto las decisiones de un funcionario extranjero que impliquen adjudicar o mantener negocios.

Pese a estas aclaraciones realizadas por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* en 1988, el concepto sigue generando numerosas dudas a las multinacionales estadounidenses, quienes han demandado más explicaciones respecto del concepto de acto gubernamental de rutina. OECD. *Working Group on Bribery*. 2010, p. 25.

A esta falta de claridad hay que unir las críticas realizadas por el Grupo de trabajo sobre soborno de la OCDE en sus sucesivas evaluaciones a la legislación estadounidense. El Convenio de la

OCDE de 1997 excluía del ámbito de lo punible los pequeños pagos de facilitación, por entender que no constituían pagos realizados *para obtener o conservar un negocio u otra ventaja indebida*, como demanda el artículo 1 del texto⁴⁶. Sin embargo, los pagos de facilitación siempre han sido objeto de polémica, y son varios los trabajos que recogen sus corrosivos efectos y que abogan, por tanto, por su prohibición⁴⁷. Uniéndose a estos postulados, la OCDE cambió su postura en 2009 con la adopción de la Recomendación del Consejo para Fortalecer la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales⁴⁸. A partir de ese momento, comenzó a solicitar a los Estados parte en el Convenio de 1997, entre ellos, Estados Unidos, la prohibición de estos pagos, con independencia de la cuantía.

En las primeras evaluaciones que la OCDE realizó a la FCPA se limitó a recomendar que la excepción prevista para los pagos de facilitación se refiriera de algún modo a la cuantía, pues según la ley, cualquier pago de facilitación es atípico con independencia del importe, contraviniendo así el mandato inicial del Convenio OCDE (OECD, *Working Group on Bribery*, 1999, p. 22; OECD, *Working Group on Bribery*, 2002, p. 34). Las evaluaciones

⁴⁶ *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adoptados por la Conferencia Negociadora, el 21 de noviembre de 1997. Véanse Comentarios N.º 9, disponibles en la siguiente página web: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (última consulta el 22.2.2018).

⁴⁷ Véase, entre otros, el clásico trabajo de ROSE ACKERMAN. 2001, pp. 21-22. Véase también, ARGANDOÑA. 2005, pp. 251-264. Entre los estudios más recientes, véase a WRAGE. 2015 y CHÈNE. 2013.

⁴⁸ C (2009) 64, de 26 de noviembre de 2009.

realizadas al país, tras la adopción de la recomendación de 2009 reclaman, sin embargo, que se revise toda su política respecto de los pagos de facilitación para hacerlos caer dentro del ámbito de aplicación de la FCPA (OECD, *Working Group on Bribery*, 2010, p. 25)⁴⁹. Es decir, ya no solo deberían castigarse los pagos de facilitación que no fueran pequeños, sino todos. Además, Estados Unidos debería prohibir la deducción fiscal de los mismos, que sí se permite en el momento actual al ser considerados pagos lícitos (OECD, *Working Group on Bribery*, 2012, pp. 17-18). Téngase en cuenta que el Convenio OCDE exige la supresión de cualquier tipo de beneficio fiscal para cualquier pago que constituya soborno⁵⁰.

En último término, y aunque estos pagos estén excluidos de la aplicación de la FCPA, las empresas estadounidenses deben ser conscientes de que son delictivos en muchos países como cohecho de funcionarios nacionales. Además, existen otras normas anti-corrupción que los consideran delictivos en el comercio internacional como cohecho de funcionarios extranjeros. Tal es el caso de la *Bribery Act* adoptada por Reino Unido el 8 de abril de 2010, a la cual pueden verse sometidas las empresas estadounidenses pues también se aplica a empresas extranjeras que operan en el país, como hace la propia FCPA.

⁴⁹ Sin embargo, y tras diversas discusiones, la posición de EE.UU. sigue siendo la misma. Véase OECD. *Working Group on Bribery*. 2012, p. 7.

⁵⁰ El Convenio incorporó la Recomendación sobre la Deducibilidad fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, de 11 de abril de 1996, C (96) 27.

2. 6. Sobornos justificados

De acuerdo con el texto de la FCPA, existen dos supuestos en los que la entrega de un soborno está permitida y, por lo tanto, no dará lugar a responsabilidad. En primer lugar, no habrá delito si el pago es legal bajo las leyes escritas del país del funcionario [§78dd-1 (c) (1), §78dd-2 (c) (1) y §78dd-3 (c) (1)]⁵¹. Añadida en la reforma de 1988, esta *defensa afirmativa* pretendía hacer frente a las críticas que la FCPA había recibido porque parecía preferir exportar la cultura norteamericana antes que sus productos (SHEAHEN, 2010, p. 7). Con todo, no es frecuente que un país reconozca en una ley escrita que la recepción de un soborno está permitida. Todo lo más, será así en la costumbre, pero una norma consuetudinaria no entra dentro de la causa de defensa mencionada. Además, no es suficiente la ausencia de prohibición del soborno, sino que se necesita que expresamente se permita (TRAUTMAN y ALTENBAUMER-PRICE, 2011, p. 157). En consecuencia, son muy pocos los supuestos en los que realmente podría aplicarse esta disposición de la FCPA (TAYLOR, 2001, p. 876)⁵².

⁵¹ Esta circunstancia también se prevé como supuesto justificado en los Comentarios al Convenio OCDE. Véase Comentario N.º 8.

⁵² Esta causa de defensa trató de hacerse valer en el citado caso U.S. vs. Kozeny. En el mismo, la defensa de Bourke alegó que bajo la ley Azerí, una persona que ha entregado un soborno está exenta de responsabilidad penal, si se lo comunica al gobierno. Así lo hizo Bourke, como quedó acreditado a través de diversos testigos. Sin embargo, el tribunal entendió que para aplicar la causa de justificación, el pago debe ser legal en sí mismo, y en este supuesto, el pago era ilegal, aunque la persona que lo entregó estuviera exenta de responsabilidad penal por otros motivos.

En segundo lugar, no habrá delito si el pago constituye un *gasto razonable y de buena fe, como gastos de viaje y alojamiento* siempre que estén directamente relacionados con la *promoción, demostración o explicación de productos o servicios; o la ejecución o realización de un contrato con un gobierno extranjero u organismos del mismo* [§78dd-1 (c) (2), §78dd-2 (c) (2) y §78dd-3 (c) (2)]. Esta circunstancia fue añadida también en 1988 para permitir a las empresas promocionar legalmente sus productos en mercados internacionales (SHEAHEN. 2010, p. 18), pero estamos, sin duda, ante un aspecto controvertido de la FCPA pues, recuérdese, la ley exige que el pago se realice corruptly, y, sin embargo, ha entendido el DOJ que en estos pagos razonables y de buena de fe no hay intención corrupta (OECD. *Working Group on Bribery*. 2002, p. 35). Luego no estaríamos ante una causa de defensa porque ni siquiera se cumplirían todos los elementos que requiere la conducta típica (faltaría el actuar corruptamente).

La problemática en torno a esta defensa afirmativa se agrava por el hecho de que este tipo de gastos (viajes, alojamientos, manutención durante la estancia, etc.) son muy comunes en el comercio internacional (WESTBROOK. 2011, p. 544). Siendo consciente de la frecuencia con que las empresas pueden realizar gastos de este tipo, y para que no quede lugar a dudas, el DOJ se ha pronunciado en diversas ocasiones, señalando que no constituyen una violación de la FCPA los gastos destinados a pagar viajes para visitar las instalaciones de la empresa, para recibir formación o para realizar actividades de demostración o promoción de productos, incluyendo viajes para acudir a reuniones (DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2012, p. 24). Asimismo, la guía de aplicación práctica proporciona una lista de ejemplos para que las empresas puedan evaluar si están ante un *gasto razonable y de*

buena fe, por ejemplo, que la empresa no selecciona al funcionario extranjero que participará en el viaje, que pague directamente a la agencia de viajes y no al funcionario, que no adelante fondos al funcionario o le reembolse gastos en metálico, que tales gastos estén reflejados fielmente en la contabilidad de la empresa, que obtengan confirmación por escrito de que el pago no es contrario a las leyes del país del funcionario, etc. (Ibíd, p. 24).

2.7. Sanciones

La seriedad con la que Estados Unidos se ha tomado la lucha contra la corrupción transnacional desde finales de los setenta requiere también seriedad en las sanciones. Las penas que se pueden imponer por violación de las normas anti-soborno de la FCPA ascienden hasta dos millones de dólares de multa para las personas jurídicas, y hasta 100.000 dólares y prisión de hasta cinco años para las personas físicas [§78dd-2 (g) y §78dd-3 (e)]⁵³. Además, de acuerdo con la *Alternative Fines Act*, las penas de multa pueden ser mayores, llegándose hasta el doble de la ganancia o pérdida⁵⁴, entendiéndose por tal bien el montante del soborno, bien los beneficios obtenidos si pueden calcularse (OECD. *Working Group on Bribery*. 2010, p. 39).

⁵³ La ley prohíbe que las multas a personas físicas sean pagadas por la empresa.

⁵⁴ 18 U.S.C. § 3571 (d).

Comentarios

La *Foreign Corrupt Practices Act* ha convertido a Estados Unidos en un referente mundial en la lucha contra la corrupción transnacional. Durante sus casi cuarenta años de vigencia ha influido en los convenios internacionales en materia de corrupción, así como en las legislaciones de multitud de Estados. No hay que olvidar que, en 1977, Estados Unidos era el único país que sancionaba las conductas de soborno transnacional. Hoy, en 2018, más de cuarenta países son parte en el Convenio OCDE de 1997, criminalizando en sus ordenamientos jurídicos la corrupción transnacional. A ese listado hay que añadir países de todo el globo, en especial, un amplio número de países latinoamericanos, que también han incluido la corrupción transnacional en sus códigos penales por exigencia, primero, de la Convención interamericana contra la corrupción de 1996, y después, de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003; también otros países europeos que aún no forman parte de la OCDE pero que se encuentran vinculados en esta materia por varios instrumentos legales internacionales.

La importancia de la *Foreign Corrupt Practices Act* es tal que no es exagerado afirmar que toda la política criminal actual contra la corrupción hunde sus raíces en ella, pues fue ella la que hizo tomar conciencia de que la lesividad de la corrupción va mucho más allá del mero ataque a la Administración Pública, desplegando sus efectos en el ámbito político, económico y de los derechos fundamentales; la que hizo reflexionar a los Estados sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que poco a poco va incorporándose a cada vez más ordenamientos jurídicos y es imprescindible para luchar contra la delincuencia económica, y la que abogó por una aplicación extraterritorial de la ley penal

en esta materia, habida cuenta de que las iniciativas unilaterales tienen poco que hacer ante una corrupción globalizada (NIETO Martín. 2013, pp. 194-196).

Es cierto que en sus primeros años de vigencia, apenas tuvo aplicación práctica⁵⁵, menos aún con la reinstauración de la *realpolitik* durante los gobiernos republicanos, pero tras la llegada de los demócratas al poder en 1993, se dio un impulso a la aplicación de la ley que llega hasta el día de hoy. Basta ver las cifras de Transparencia Internacional para comprobar la magnitud de su aplicación (HEIMANN et al, 2014, especialmente en p. 7). La aprobación de la *Sarbanes Oxley Act* en 2002⁵⁶, el uso de los *Non Prosecution Agreements* (NPD) y de los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), el aumento de recursos y la mayor cooperación internacional han contribuido a este aumento de su aplicación (ASHCROFT y RATCLIFFE. 2012, pp. 25-38).

Pese a lo señalado, no es oro todo lo que reluce. En efecto, las cifras señalan que la aplicación de la FCPA ha aumentado, pero los expertos demandan datos más fiables pues, en ocasiones, un mismo caso de soborno transnacional puede aparecer registrado

⁵⁵ Por razones de espacio, no se ha abordado en este trabajo la aplicación de la ley. Son numerosos los trabajos que existen a este respecto. Véase, entre otros, WESTBROOK. 2011, pp. 489-577; WILLBORN. 2013, pp. 422-452.

⁵⁶ Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745. La ley obliga a las empresas a mantener controles internos para detectar comportamientos irregulares en su interior y a denunciar esas posibles irregularidades, de ahí que muchos casos de violación de la FCPA salgan a la luz no por una investigación de las autoridades, sino por investigaciones internas de las propias empresas.

por duplicado, triplicado o más, en las estadísticas⁵⁷. A la vez, el uso extendido de los mencionados NPD y DPA, como se ha señalado, ha recibido muchas críticas por reducir las garantías de los implicados, quienes se avienen a pagar millonarias multas con el fin de evitar un procedimiento judicial⁵⁸.

El abuso de estos acuerdos lleva a que haya pocos pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunos puntos conflictivos de la ley. Es por ello que urge, por un lado, hacer un uso razonable de estos acuerdos, y por otro, aclarar conceptos ambiguos de la ley como el de territorio o el de empresa estatal, a la vez que es indispensable aclarar el requisito el conocimiento y las causas de atipicidad y de defensa.

En último término, podemos preguntarnos si la FCPA es eficaz, es decir, si ha cumplido con el objetivo de eliminar o, al menos, reducir las conductas de soborno a funcionarios públicos extranjeros. La respuesta, pese a lo señalado al comienzo de estas conclusiones, no es sencilla. Así, por un lado, podría pensarse que sí, dado el elevado número de sanciones por violación de sus disposiciones. Sin embargo, precisamente este dato denota que son aún muchas las empresas estadounidenses que se valen del soborno para conquistar cuotas de mercado en otros países. En este sentido, podría afirmarse que la FCPA no ha logrado su objetivo original. Con todo, el Índice de Fuentes de Soborno de

⁵⁷ Así sucede si en un mismo caso, se aplican sanciones a personas físicas y a personas jurídicas, sanciones por violación de las normas sobre contabilidad, sanciones por violación de las normas anti-soborno, y sanciones penales y civiles.

⁵⁸ Véase ampliamente sobre el problema de las estadísticas y de los NPA y DPA en KOEHLER. 2014, pp. 961-1094.

2011 (último publicado)⁵⁹, que clasifica a los principales países exportadores en función de la propensión de sus empresas a pagar sobornos en el extranjero, ubica a Estados Unidos en el puesto 10 de 28, con una nota de 8'1. En 1999, primer año en el que se elaboró este índice, Estados Unidos obtuvo una nota de 6'2 y se colocó en el 9 de 19. En 2002, su nota fue aún peor, un 5'3, y el puesto 13 de 21. La ubicación de Estados Unidos en el índice de 2011 denota que, al menos, la percepción que tienen en otros países sobre la propensión de las empresas estadounidenses a corromper es menor. Por tanto, teniendo en consideración estos datos, sí podría afirmarse la eficacia de la FCPA, al menos parcialmente.

En conclusión, la FCPA debe ser un ejemplo para el resto de Estados en lo relativo a la persecución de la corrupción transnacional. Se necesitan leyes similares en otros países, pero, sobre todo, se necesita toma de conciencia sobre el tema, voluntad política de aplicarlas, pese a que un gobierno pueda ser tachado de antipatriota, y aplicación real de las mismas, para lo cual es indispensable dotar de recursos materiales y humanos a las autoridades encargadas de perseguir la corrupción. Finalmente, dado que la corrupción transnacional es un problema global, es imprescindible la cooperación policial y judicial de todos los Estados. Lo contrario significará ser cómplice de la corrupción y de sus devastadores efectos sobre los sistemas políticos y económicos, y sobre los derechos fundamentales.

⁵⁹ Elaborado por Transparencia Internacional, la ONG mundial más significativa en la lucha contra la corrupción. Todos sus informes y publicaciones están disponibles en la siguiente página web: <https://www.transparency.org/> (última consulta el 22.2.2018).

BIBLIOGRAFÍA

- ARGANDOÑA, ANTONIO. “Corruption and Companies: The Case of Facilitating Payments”. *Journal of Business Ethics*. N.º 60, 2005. documento electrónico
- ASHCROFT, JOHN, y RATCLIFFE, JOHN. “The Recent and Unusual Evolution of the Expanding FCPA”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*. 26:1, 2012. documento electrónico.
- BIERBAUER, ERIK. “United States v. Bourke: Red Flags and the Perils of Conscious Avoidance”, *White-Collar Crime*. 24:1, 2009. documento electrónico
- CHÊNE, MARIE. *Evidence of the Impact of Facilitating Payments*. Transparency International, 2013. documento electrónico
- CLEVELAND, MARGOT, et al. “Trend in the International Fight against Bribery and Corruption”. *Journal of Business Ethics*. N.º 90, 2009. documento electrónico

- CRITES, MICHAEL.** “The Foreign Corrupt Practices Act at Thirty-Five: A Practitioner’s Guide”. *Ohio Law Journal*. 73:5, 2012. documento electrónico
- DARROUGH, MASAKO N.** “The FCPA and the OECD Convention: Some Lessons from the U.S. Experience”. *Journal of Business Ethics*. N.º 93, 2010. documento electrónico
- DEMING, STUART H.** “The Potent and Broad-Ranging Implications of the Accounting and Record-Keeping Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Journal of Criminal Law and Criminology*. 96-2, 2006.
- DEPARTMENT OF JUSTICE / SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION.** *A Resource Guide to de U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. documento electrónico
- ELDRIGE, PRESTON T.** “Without Bounds: Navigating Corporate Compliance Through Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Arkansas Law Review*. N.º 66, 2013. documento electrónico.
- GEORGIS, PETE J.** “Settling With Your Hands Tied: Why Judicial Intervention is Needed to Curb an Expanding Interpretation of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Golden Gate University Law Review*. 42:2, 2012. documento electrónico
- HEIMANN, FRITZ et al.** “Exporting Corruption: Progress Report 2014: Assessing Enforcement of the OECD”, *Convention on Combating Foreign Bribery*. Transparency International, 2014. documento electrónico

HENNING, PETER J. “Be Careful What You Wish For: Thoughts on a Compliance Defense Under the Foreign Corrupt Practices Act”. *Ohio State Law Journal*. 73-5, 2012.

HUBER, BARBARA. “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Revista Penal*. N.º 11, 2003.

KLAW, BRUCE W. “A New Strategy for Preventing Bribery and Extortion in International Business Transactions”. *Harvard Journal on Legislation*. 49-2, 2012. documento electrónico

KOCHI, SHIGERU. “Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las relaciones internacionales”, *América Latina Hoy*. N.º 31, 2002.

KOEHLER, MIKE. “A Foreign Corrupt Practices Act Narrative”. *Michigan State International Law Review*. N.º 22, 2014. documento electrónico

_____. “The Foreign Corrupt Practices Act in the Ultimate Year of Its Decade of Resurgence”. *Indiana Law Review*. N.º 43, 2010. documento electrónico

_____. “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”. *Ohio State Law Journal*. 73-5, 2012. documento electrónico

NIETO MARTÍN, ADÁN. “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*. N.º 12, 2003.

- _____. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.). *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2013.
- OECD. *Working Group on Bribery. Phase 3, Report on Implementing the OCDE Anti-Bribery Convention in the United States*. 2010. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery. Report on Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combatting Bribery in International Business Transactions*. 2002. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery. Review of implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. 1999. documento electrónico
- _____. *Working Group on Bribery, United States: Follow-up to the Phase 3, Report & Recommendations*. 2012. documento electrónico
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- PIETH, Mark. “International Efforts to Combat Corruption”, en ALVAZZI DEL FRATE, Anna, y PASQUA, Giovanni (ed.). *Responding to the Challenges of Corruption*. Roma-Milán, UNICRI – ISPAC – CNPDS, 2000.

RATCLIFFE, Rachel. *The FCPA's Legacy: A Case for Imposing Aiding-and-Abetting Liability on Corporations Through an Amended Alien Tort Claims Act*. Texas International Law Journal. 49-83, 2014. documento electrónico

ROSE ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.

SALBU, Steven R. *Bribery in the Global Market: A Critical Analysis of the Foreign Corrupt Practices Act*. Washington and Lee Law Review. 54-1, 1997. documento electrónico

SHEAHEN, Kyle P. *I'm Not Going to Disneyland: Illusory Affirmative Defenses Under the Foreign Corrupt Practices Act*. Wiscosin International Law Journal. N.º 28, 2010. documento electrónico

TARUN, Robert W. *Basics of the Foreign Corrupt Practices Act. What Every General Counsel, Transactional Lawyer, and White Collar Criminal Lawyer Should Know*. Chicago, Latham & Watkins, 2006.