

TRANSPARENCIA Y CORRUPCIÓN

Cooperación internacional, derecho penal,
“compliance” y otras reflexiones

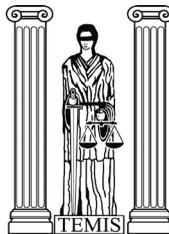
CARLOS F. GUERRERO OSORIO

TRANSPARENCIA Y CORRUPCIÓN

CARLOS F. GUERRERO OSORIO

TRANSPARENCIA Y CORRUPCIÓN

Cooperación internacional, derecho penal,
“compliance” y otras reflexiones



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2022



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Carlos F. Guerrero Osorio, 2022.

© Editorial Temis S. A., 2022.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Editorial Nomos S. A.

Diagonal 18 Bis, núm. 41-17, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1945-1

3146 2022013880

ISBN e-book: 978-958-35-1946-8

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

EL AUTOR

Abogado penalista, egresado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Penal y Criminología, y en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios. Magíster en Crimen Transnacional y Justicia de la Universidad de Turín y UNICRI (United Nations Interregional Crime and Justice Research Center in International Crime and Justice) y candidato a doctor de la Universidad de Salamanca.

Ávido conocedor del sistema judicial colombiano y del diseño y aplicación de la política pública, fruto de los dieciocho años de experiencia que ha adquirido trabajando en estos sectores. Ha desempeñado cargos como la dirección anticorrupción en la Fiscalía General de la Nación y asesor en prácticas de transparencia y cumplimiento para empresas.

La prevención de prácticas corruptas y la promoción de buenas prácticas han sido algunos de sus focos profesionales en los últimos años, conocimientos con los que busca dar un importante aporte a la sociedad.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
El autor	VII

CAPÍTULO I

COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA: DE LA ASISTENCIA LEGAL MUTUA A LA PARTICIPACIÓN JURISDICCIONAL EXTRANJERA

Introducción	1
1. Conceptos básicos	2
A) Corrupción	2
B) Cooperación interestatal	4
2. Cooperación internacional en los instrumentos internacionales direc- tamente relacionados con la corrupción	7
A) Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (CNUCOT)	7
B) La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)	9
C) Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales	11
D) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).....	11
3. Cooperación internacional más allá de los instrumentos internaciona- les directamente relacionados con la corrupción	14
A) Corte Internacional de Justicia (CIJ)	14
B) Corte Penal Internacional	16
C) Sistema Interamericano de Derechos Humanos	18
D) Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Estados Unidos de América)	19
E) Códigos penales en América	21
F) Perspectivas	22
4. Conclusiones	24

CAPÍTULO II

REFLEXIONES BREVES EN MATERIA
PENAL, CORRUPCIÓN Y “COMPLIANCE”

	PÁG.
1. Los principios procesales en la práctica.....	29
2. Casación para todo ¿magistrados expertos en todo?.....	31
3. Prevenir: por una lucha anticorrupción efectiva.....	32
4. Las personas jurídicas sí responden por corrupción.....	33
5. La penalización de la evasión tributaria. Concepto y críticas.....	35
6. El acusador privado puede preacordar y renunciar al ejercicio de la acción penal.....	37
7. Soborno y corrupción transnacionales.....	38
8. Imputación: una audiencia llamada a desaparecer.....	40
9. Lealtad, buena fe y descongestión judicial.....	41
10. ¿Se puede evitar el impacto en la reputación empresarial por un caso de corrupción o fraude en la compañía?.....	42
11. Indemnización integral: ampliar su espectro en el proceso penal.....	44
12. Autorregulación empresarial, prevención y derecho sancionatorio.....	46
13. Autoincriminación y obligación de entregar documentos en procesos administrativos sancionatorios.....	47
14. Protección y motivación para denunciar corrupción.....	49
15. La variopinta agenda legislativa anticorrupción.....	50
16. Programas de cumplimiento: ¿impactarán en la responsabilidad penal de las empresas?.....	52
17. Vuelve y juega: la cárcel no recauda impuestos.....	54
18. Derecho penal y “compliance”: relación de doble vía.....	55
19. Falsificación de productos y propiedad industrial: concurso de delitos y complejidad de interpretación.....	56
20. Estado actual del derecho penal tributario colombiano (parte I).....	58
21. Estado actual del derecho penal tributario colombiano (parte II).....	60
22. El delito de defraudación o evasión tributaria.....	61
23. Jueces de garantías para las superintendencias.....	63
24. El complejo escenario de la doble conformidad.....	64
25. Pequeñas cosas grandes por la justicia.....	66
26. El paso del tiempo y el sistema de justicia.....	67
27. Doble conformidad y oralidad.....	69
28. Doble conformidad desde 1991.....	70
29. Verdades a medias: promesas de políticos.....	72
30. Legislando para el espectáculo.....	74
31. Reforma a la justicia, pandemia y oportunidades.....	75

	PÁG.
32. Justicia digital: avances e inquietudes.....	76
33. Alibux, Herrera Ulloa y Mohamed	78
34. Empoderamiento ciudadano y corrupción	80
35. El abismo y el suicida	81
36. Fraude sin dolientes: un dolor de cabeza para las empresas	83
37. No es “doing business”, es corrupción.....	84
38. Una papa caliente	86
39. Justicia premial ¿al fin sí o no?	87
40. Pedirle peras al olmo	89
41. Lo bueno, si es breve, dos veces bueno	90
42. Legislando para casi todos	92
43. ¡A exigir con vehemencia la reforma!.....	93
44. Conmemorando el Día de la Democracia	95
45. ¿Necesitas una cita?	97
46. Mucha reunión, poca acción	98
47. Peras con manzanas y novedades aparentes.....	99
48. Simplificación normativa e institucional: clave en la lucha contra la corrupción	100

CAPÍTULO III

DISCUSIONES MODERNAS EN TORNO A LA CORRUPCIÓN Y LA TRANSPARENCIA

1. Siete ideas básicas para una reforma a la lucha y al sistema anticorrupción.....	105
A) Simplificación de la estructura estatal	105
B) Simplificación del catálogo de comportamientos.....	105
C) Jurisdicción transnacional preferente	106
D) Fortalecimiento de los sistemas de control interno y autorresponsabilidad.....	106
E) Estatuto anticorrupción único.....	107
F) Clarificación del régimen de las personas jurídicas y fortalecimiento para su aplicación	107
G) Más pedagogía y prevención sobre el asunto	107
2. Inauguración del Encuentro Nacional de Fiscales Anticorrupción.....	107
3. Encuentro anticorrupción	109
A) Introducción.....	109
B) Definición de la corrupción	109
C) Elementos de la corrupción	110

	PÁG.
D) Clasificación de la corrupción	111
E) Armonización de corrupción y delitos particulares.....	112
F) Derecho penal de la empresa y corrupción.....	114
G) Responsabilidad penal de las personas jurídicas	115
H) Problemas en la investigación de corrupción	117
I) Un llamado a salir de lo convencional	120
J) Conclusiones.....	122
4. Capacitación virtual: lineamientos de transparencia del Ejército	122
A) Ley 1712 de 2014 “Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a Información Pública”	124
B) Ley 1757, “Ley de Rendición de Cuentas”	127
5. Responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción: ¿novedad? ¿reafirmación?	129
A) Introducción.....	129
B) Responsabilidad jurídica	129
C) ¿Es realmente una novedad?	130
D) ¿Por qué se necesita perseguir a las personas jurídicas?	131
E) ¿Es una tendencia universal?.....	132
F) ¿Fundamentos y criterios?.....	133
G) Otros temas que se deben definir.....	135
H) ¿Cuál es el estado actual de la cuestión en América Latina?	136
I) ¿Qué había en Colombia antes de la ley 1778?	136
J) ¿Qué es realmente destacable de la ley 1778?.....	137
K) ¿Qué debería hacerse?	138
L) Descripción del contenido de la ley 2195 de 2022.....	139
M) Conclusiones.....	142
Bibliografía	143

CAPÍTULO I

COOPERACIÓN ENTRE ESTADOS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA: DE LA ASISTENCIA LEGAL MUTUA A LA PARTICIPACIÓN JURISDICCIONAL EXTRANJERA*

INTRODUCCIÓN

No es difícil reconocer que hay que hacer frente a la corrupción y que el combate tiene que ser en un escenario de cooperación interestatal; cómo hacerlo, cómo lograr que los Estados desempeñen un papel activo en esta lucha y colaboren con otros, y cómo activar mecanismos internacionales en esa dirección no son tareas sencillas en ningún caso. Solo para señalar este espinoso punto, la jurisprudencia en todo el mundo en la que se ha enfrentado la corrupción en un escenario de cooperación internacional es escasa¹.

Confiado en esa premisa, el objetivo de esta investigación es visualizar un camino amplio para entender la cooperación interestatal en la lucha contra la corrupción, explorando posibilidades que van más allá de los instrumentos internacionales disponibles para lograr ese objetivo. Como advertencia ha de señalarse que el análisis estará enfocado en el escenario americano, sobre la base de las características particulares en ese continente.

Como consecuencia, este documento se divide en tres secciones: en la primera serán definidas las nociones básicas para el propósito de esta investigación, señalando sus dificultades y ampliando su comprensión tradicional; en la segunda sección serán descritos los diferentes instrumentos

* Este capítulo corresponde a una síntesis de la tesis del autor para obtener su título de magíster en la Universidad de Turín, Italia, originalmente escrita en inglés.

¹ HUBERTS, “Corrupción, integridad y aplicación de la ley”, en C. FIJNAUT, *Corrupción, integridad y aplicación de la ley* (págs. 3-37), La Haya, Kluwer Law International, 2002, pág. 6.

internacionales directamente destinados a la lucha contra la corrupción en América y se resaltarán los mecanismos de cooperación que contienen; en la tercera serán abordadas las diferentes opciones disponibles para la aplicación de la ley en diversos escenarios jurisdiccionales.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

A pesar de que la palabra “corrupción” es generalmente entendida como la limitación más importante para el desarrollo económico², no hay una definición nacional ni un consenso sobre una internacional. Analógicamente, diferentes fuentes legales enumeran o se refieren a los llamados mecanismos de “asistencia legal mutua” o cooperación entre Estados, pero no hay una definición precisa o global de qué tipo de cooperación internacional debe llevarse a cabo. Por lo tanto, un intento para definir y caracterizar tales mecanismos es relevante en este momento, ya que permite delimitar un marco teórico para el presente documento y proponer un debate académico que debe ser continuado en la práctica.

A) *Corrupción*

En el escenario internacional, una posible definición es dada por el Banco Mundial, de acuerdo con la cual la *corrupción* es “el abuso de un cargo público para beneficio privado”³. A pesar de ser amplia y completa, esta definición es imprecisa, porque la noción de “abuso de un cargo público” es aún más indefinida que el concepto de corrupción en sí mismo. Además, esa definición no incluye los posibles casos de corrupción en el sector privado, pese a que el Banco Mundial también considera este fenómeno como corrupción⁴. Otras definiciones tienden igualmente a mirar la corrupción como un fenómeno asociado al enriquecimiento ilícito de políticos y servidores públicos, o a comportamientos contra la moral y los valores en el sector público⁵.

² CLEVELAND, “Tendencias en la lucha internacional contra la corrupción”, en *Revista de Ética Empresarial*, 2009, pág. 199.

³ BANCO MUNDIAL, *Ayudar a los países a combatir la corrupción: El papel del Banco Mundial*, disponible en <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm#define>

⁴ *Ibidem*.

⁵ HUBERTS, “Corrupción, integridad y aplicación de la ley”, ob. cit., pág. 4.

Probablemente debido a los diferentes enfoques legales y culturales involucrados en la creación del derecho internacional, los diversos instrumentos internacionales relacionados con esta materia evitan definir la corrupción, aunque ellos presenten conductas que son entendidas generalmente como tal. Basados en esos instrumentos⁶, las conductas consideradas como corrupción tienen como característica común que el delincuente tiene un papel particular que implica algunos deberes particulares y actúa en contra de los objetivos de esos deberes o en contra de las expectativas que la sociedad tiene respecto de aquellos, cuestiones tales como la existencia de beneficios particulares, si los delincuentes son servidores públicos o privados, o la relevancia de intereses personales o políticos en la ofensa son solo rasgos particulares que permiten distinguir o calificar una conducta.

Por consiguiente, es necesario proponer una definición más amplia de corrupción para facilitar el entendimiento de este documento, señalar el esfuerzo que debe hacerse para unificar los criterios en torno a ella y, además, aportar una posible noción para futuros instrumentos internacionales. En estos términos, considero que una noción abstracta y omnicomprensiva de “corrupción” debe indicar que este fenómeno es cualquier conducta, activa u omisiva, en donde el infractor, independientemente de su condición de servidor público, actúa en contra del propósito o expectativas de los deberes que tiene de acuerdo con su rol particular.

Profundizando en los elementos de este concepto, estos deben entenderse como sigue:

- La corrupción puede ocurrir por acción o por omisión; puede pasar, por ejemplo, cuando la persona simplemente permite que se produzcan algunos actos ilícitos, a pesar de tener el deber de evitarlos y de tener conocimiento de los hechos.
- El autor en sentido amplio puede estar vinculado a un Estado o no; entendiendo este ingrediente de esta forma, es posible lograr una definición útil ya sea de la corrupción pública o de la corrupción privada, también presente en la época contemporánea⁷.
- Los roles y deberes particulares permiten excluir de la definición esos comportamientos que cualquier persona tiene con independencia de

⁶ CNUC, capítulo III, 2003.

⁷ En la actualidad, es evidente que la corrupción siempre tiene un componente importante en el sector privado y, en general, las conductas corruptas tienen un comienzo en las empresas que requieren que los funcionarios públicos realicen algunas acciones para su beneficio.