

Corrupción estructural y sistemas normativos: el papel de las “islas de integridad”*

Luis Moreno Ocampo**

INTRODUCCIÓN

La corrupción es un acto en contradicción con la ley¹. Sin embargo, al final del siglo XX, las leyes de cada país no son las únicas que gobiernan el comportamiento de sus ciudadanos. Es en este sentido que, la corrupción, es un fenómeno permitido, estimulado y eventualmente promovido por otros sistemas normativos² de reglas formales e informales, públicas y privadas, nacionales e internacionales, que coexisten con aquellas leyes que la prohíben.

Es por esto que en ciertos contextos, la sanción penal no es un remedio suficiente para restablecer la aplicación efectiva de la ley y reprimir la corrupción. Por ejemplo, las investigaciones promovidas por los magistrados en Milán desde 1992, conocidas como «Mani Pulite» (manos limpias) representan el caso más reciente de una acción judicial exitosa en contra de la corrupción estructural. Más de 2000 personas (incluyendo 90 miembros del Congreso, 6 ex-primeros ministros y los secretarios generales de todos los partidos políticos) fueron juzgados y 400 ya han sido condenados. Sin embargo, diferentes observadores -inclusive los mismos jueces- están de acuerdo en decir que la corrupción en Italia no ha disminuido como se había esperado³.

* Este artículo fue escrito con la colaboración de Juanita Olaya M.A.

** Abogado. Presidente de Transparencia Internacional-América Latina.

1. Existen varias definiciones y significados que se pueden asignar a la pabra “corrupción”. En general, la corrupción es entendida como un acto en contradicción de la Ley, pero también puede ser entendida como un conjunto de conductas así calificadas por los códigos penales o como el comportamiento de algunos funcionarios públicos que se alejan de sus obligaciones legales en beneficio de sus intereses individuales. Independientemente de los sujetos involucrados, un significado más general consistiría en la conducta que perjudica el interés público y en la que el beneficio obtenido o la conducta tendiente a él no es legítima y es custodiada por el secreto. Para una discusión completa acerca de la definición y concepto de corrupción puede consultarse: Luis Moreno Ocampo, *En Defensa Propia. Cómo salir de la corrupción* Ed.Sudamericana, Buenos Aires, 1993.

2. Utilizo la definición de sistemas normativos introducida por Eugenio Bulgryn y Carlos E. Alchourrón: (...) “un sistema normativo es un conjunto de sentencias en las que, dentro de las consecuencias, se encuentran algunas que relacionan casos con sus soluciones. Cada conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias se denominará un sistema normativo”. En *Sistemas Normativos*, Springer-Verlag, New York, 1971.

3. Estos datos surgieron como resultado de algunas conversaciones sostenidas con los fiscales Grecco y Colombo durante su visita a la Argentina. Cf. *Revista Pena y Estado*. Editorial del Puerto, 1995, N°1.

Concentrarse exclusivamente en la aplicación de la ley penal, desconoce el hecho fundamental de que los seres humanos vivimos y actuamos bajo una multiplicidad de reglas complejas. A la luz del objetivo de combatir la corrupción estructural, es más efectivo modificar los incentivos creados por esa multiplicidad de reglas que castigar a los transgresores a partir de instituciones jurídicas de alcance limitado.

En este escrito abordaremos la perspectiva que ofrecen los estándares múltiples como una herramienta de análisis que resulta útil para comprender la corrupción estructural y para ayudar al diseño de políticas orientadas a restringir las prácticas corruptas. Para estos propósitos, nos remitiremos al caso de las operaciones transnacionales que llevan a cabo las multinacionales, para ilustrar cómo operan estos estándares múltiples. De manera similar, exploraremos los “pactos de integridad”, un mecanismo que está siendo promovido por Transparencia Internacional, como una opción que se fundamenta en el reconocimiento de aquellas complejidades.

Hemos estructurado este documento de la siguiente manera. En la primera parte, consideraremos cuál ha sido el enfoque tradicional con que se ha analizado y combatido la corrupción. En la segunda parte abordaremos las limitaciones de estos enfoques tradicionales y presentaremos la perspectiva de los estándares múltiples. En el camino, utilizaremos el caso argentino para ejemplificar muchos de nuestros argumentos, dado que es el país que conocemos mejor. En la tercera parte exploraremos la opción que ofrecen los Pactos de Integridad, para finalizar con algunos comentarios a manera de conclusión.

I. EL ENFOQUE TRADICIONAL AL ANÁLISIS Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN

Tradicionalmente, la perspectiva jurídica ha abordado la corrupción basándose en los sistemas normativos nacionales, incluyendo tanto las normas propiamente dichas como las decisiones judiciales sobre casos específicos. Bajo este enfoque, el objetivo de controlar la corrupción se logra sancionando leyes nuevas y más estrictas y aplicando más efectivamente las existentes⁴.

Esta definición del problema supone que existen instituciones con la capacidad de establecer obligaciones legales y sus mecanismos de control correlativos. Este supuesto se basa en la concepción errónea según la cual existe una obligación universal de no recibir u ofrecer coimas. Por lo tanto, deja de lado el hecho de que el desarrollo de las comunicaciones en un mundo globalizado le ha permitido a las compañías operar bajo una jurisdicción internacional en la que no existen normas que prohíban el fraude, así como tampoco existe una autoridad o un gobierno global que controle la honestidad de estas transacciones. Como quiera que las leyes internacionales no prohíben el soborno, los únicos mecanismos legales que quedan a disposición para frenar la corrupción son los sistemas legales de cada país individualmente considerado. Sin embargo, estas normas varían de un país a otro e incluso,

4. Para un resumen acerca de los enfoques tradicionales al tema de la corrupción ver, por ejemplo, Rafael Di Tella and Alberto Ades *The New Economics of Corruption: A Survey and Some New Results* Forthcoming Political Studies 1997.

como demostraremos más adelante, algunas suministran incentivos (a través de exenciones tributarias) para adelantar prácticas corruptas en otros países. Estas diferencias entre sistemas normativos hace difícil utilizar las normas locales para llenar el vacío que produce la ausencia de normas internacionales en aquellos mercados de carácter transnacional.

De otro lado, el enfoque jurídico tradicional es útil como instrumento para predecir o controlar la conducta de la sociedad, sólo si los siguientes supuestos relativos a la existencia y validez de las normas jurídicas, se cumplen:

1. El Estado monopoliza el poder de expedir normas obligatorias dentro de su jurisdicción.
2. El poder del Estado es legítimo en la medida en que se basa en instituciones democráticas
3. Hay un alto grado de cumplimiento de estas normas
4. La probabilidad de recibir un castigo, como consecuencia de la violación de estas normas, es alto.

Desafortunadamente, estos supuestos sólo son realistas en las jurisdicciones de algunos países desarrollados. No obstante, el análisis jurídico, originado en estas naciones, tiende a extrapolar las circunstancias y el entorno que los caracteriza hacia regiones del resto del mundo, ignorando de este modo diferencias cruciales que alteran tanto los supuestos, como las conclusiones y resultados de dicho análisis.

De hecho, este enfoque jurídico tradicional no advierte que una mayoría de la población del mundo cumple con los contratos y las normas bajo condiciones totalmente diferentes. Es un mundo donde coexisten sistemas normativos divergentes, algunos impuestos por dictadores, intervenciones militares y otros mecanismos no democráticos; otros, basados en la costumbre de respetar el poder y la autoridad al margen de los sistemas normativos, por mencionar solamente algunos casos.

Por otra parte, estos supuestos se verifican usualmente dentro de contextos de instituciones democráticas que crean espacios legítimos, propicios para promover la transparencia. Sin embargo, una visión general de la manera en que el poder y las sociedades se organizan a través del mundo nos muestra que la mayoría de ellos responden a realidades diferentes. De acuerdo con Freedom House⁵:

- Solo el 19.5% de la población vive en sociedades libres, bajo un amplio espectro de libertades civiles y políticas, incluyendo una administración pública razonable, legislación expedida por intermedio de instituciones democráticas y un nivel aceptable de cumplimiento de la Ley.
- El 41.5% de la población vive en sociedades parcialmente libres, en donde hay ciertas restricciones y se denotan algunas conductas como «la práctica insurgente, terrorismo político y una corrupción rampante»
- El 39% de la población mundial vive en sociedades que no son libres.

5. Freedom House *Freedom in the World, 1995-1996, The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*. New York, 1996.

Como consecuencia, el 80% de la población no tiene autoridades legítimas a quien dirigirse, leyes legítimas que respetar o un contexto de libertad, transparencia y gobernabilidad. En este sentido, la falta de legitimidad afecta los supuestos fundamentales del enfoque jurídico. A un nivel práctico, el entorno institucional no parece propicio para que la corrupción sea una excepción.

I. RECONSIDERANDO EL ENFOQUE TRADICIONAL: LOS MÚLTIPLES ESTÁNDARES EN UNA ECONOMÍA GLOBAL

A. Definición y características: lo que el enfoque tradicional ignora

Por «estándares múltiples» nos referimos a los varios conjuntos de reglas y normas que gobiernan simultáneamente una situación específica. Al reconocer la existencia de estas complejidades, la perspectiva de los estándares múltiples va más allá de las limitaciones de la perspectiva legal tradicional, al cuestionar cualquier análisis o política que se basa en la existencia de una fuente única que monopoliza el poder para expedir e implementar normas de conducta. Como veremos, estos estándares no solo son de tipos diferentes, sino que también difieren también en sus contenidos, al punto de ser, en algunos casos, contradictorios. Más aun, la multiplicidad de estándares y su contradicción, hace difícil que los individuos cumplan con una norma única. Por otro lado, las probabilidades de castigo varían de estándar a estándar. Al final, todos los supuestos en que se basa el enfoque tradicional son cuestionados. En los párrafos siguientes exploraremos cómo los estándares múltiples surgen y operan.

1. Normas míticas y códigos operacionales

La validez de los supuestos que sirven de base al enfoque tradicional legal han sido brillantemente controvertidos por Michael Reisman. En su libro «Remedios contra la corrupción? Cohechos, cruzadas y reformas»⁶, Reisman sostiene que cada sistema normativo está compuesto por un subsistema de reglas formales, que él denomina normas míticas, y una cantidad de sistemas normativos informales, a los que denomina códigos operativos.

«En cualquier proceso social» afirma Reisman, «[u]n observador puede distinguir un *sistema mítico*, que claramente expresa todas las reglas y prohibiciones (las acciones «buenas» y «malas» expresadas sin tonos ni matices), y un *código práctico*, que dice a los «operadores» cuándo, cómo y por quién pueden hacerse ciertas cosas «malas»». Con este argumento, muestra que ciertas conductas en contra de la Ley no son simplemente transgresiones, sino que responden a la aplicación de otras reglas. El explica: «hay dos sistemas normativos «pertinentes»: uno que se supone se aplica, y que las élites continúan alabando de dientes para fuera, y el otro que se aplica en realidad. Ninguno debe confundirse con la conducta real, que puede discrepar de ambos.»⁷

6. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1981.

7. Ob cit. Págs. 11 y 35.

Reisman clarifica como «[E]l sistema mítico no expresa valores caducos, más bien refuerza esos valores que continúan siendo individual y socialmente importantes». Sin embargo (...) «un gran segmento de la ley formal, al cual los miembros de la comunidad aún consideran como la ley y no están dispuestos tampoco a negarlo, no solamente será aplicada diligentemente, sino que su violación será aceptada como la manera en que las cosas se hacen.» (...) «El cínico que se deleita en sus ejercicios nihilistas diría que no hay ley. Pero desde las perspectivas de un observador, (...) partes del sistema mítico y del código práctico componen la ley de la comunidad»⁸.

Un análisis acerca de lo que sucede en las escuelas argentinas nos sirve para mostrar las particularidades de los estándares múltiples. A pesar del hecho de existir una regla que prohíbe el copiarse durante los exámenes, existe un código operacional entre los estudiantes que no los autoriza sino que los incentiva a copiar o a aceptar a que alguien copie de ellos. En diferentes experimentos con estudiantes de secundaria, hemos comprobado que la mayoría de ellos hacen trampa y aquellos que no lo hacen son ridiculizados por sus compañeros pues todos consideran que existe una especie de obligación de camaradería en colaborar. Pregunté a un grupo de estudiantes qué pasaría si un estudiante no dejara a otro copiarse. Uno de los estudiantes respondió: «¿Cómo habríamos de hacer algo semejante? ¿Existe una moral o no?».

Aun cuando es informal, la regla que le pide a los estudiantes que copien es tan fuerte que les permite exigirla como un derecho y como una obligación. Sin embargo, la existencia de este código operacional no reemplaza la prohibición mítica. Si un profesor encuentra a un estudiante copiando, el estudiante no puede reclamar que tiene un derecho a copiarse, pues sabe que existe una sanción en la norma mítica. El sistema informal revierte al formal. El estudiante puede reclamar clemencia, pero no tiene el derecho a pedir impunidad.

Aquellos que obedecen el código operativo y violan la norma mítica deben actuar discretamente. Uno de los códigos operativos más básicos es no hablar acerca de los mismos ni acerca de la conducta que autorizan. Cuando los hechos son descubiertos y puestos a la luz, es el mismo código operativo el que establece que la norma mítica debe ser aplicada.

Las reglas y normas de conducta no se originan exclusivamente en sus fuentes formales (el Congreso, la autoridad, etc.) ya que también son generadas desde el grupo, para el grupo. Cualquier organización enfrenta entonces referencias formales e informales que no son necesariamente consistentes.

Argentina es un buen ejemplo dadas sus características en comparación con otros países. Si tomamos el tamaño del Producto Doméstico Bruto, la Argentina ocupa el puesto 17 en el mundo, por encima de Suiza, Bélgica, Austria, Suecia, Dinamarca, Sur Africa, Noruega, Finlandia e Israel⁹. De acuerdo con Freedom House, la Argentina es uno de esos privilegiados “países libres”. Los argentinos pertenecen a ese 19% de la población mundial con las mejores condiciones democráticas. En el reporte de Transparencia Internacional acerca de los índices de percepción de la corrupción, la Argentina se encuentra en la posición número

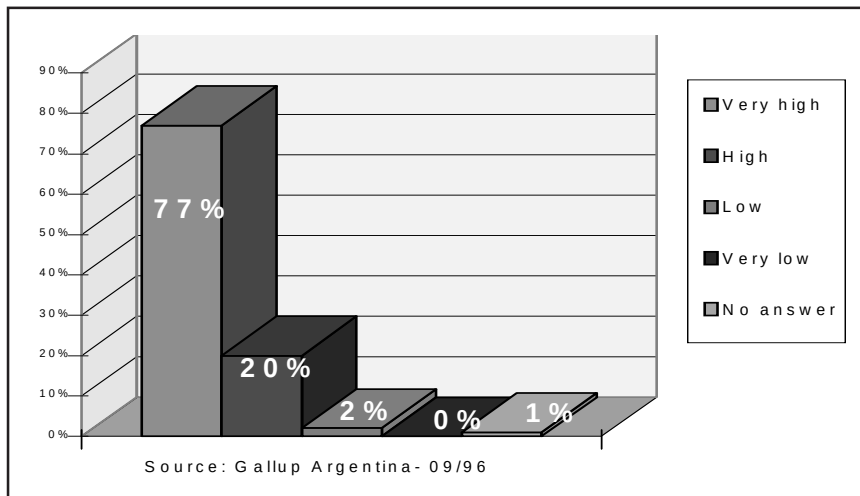
8. Ob. cit. pág. 35.

9. El Banco Mundial *De una economía centralizada a una economía de mercado. 1996 Reporte sobre el Desarrollo Mundial*. Washington, DC, 1996.

35 dentro de 54 países. Sin embargo, solamente Canadá (5°), Estados Unidos (15°) y Chile (21°) se encuentran en mejores posiciones dentro de los países del hemisferio. En peores posiciones se encuentran: Bolivia (36), México (38), Ecuador (39), Brasil (40), Colombia (42) y Venezuela (48).

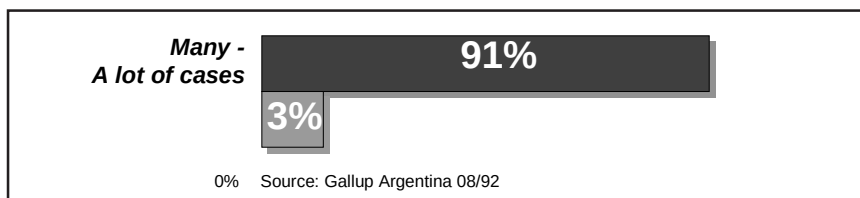
Podemos utilizar el caso argentino para mostrar la presencia de los códigos operativos, bajo los cuales el fraude es la regla, de manera paralela a las normas que la prohíben. Los siguientes datos empíricos evidencian la magnitud y generalización de la corrupción en la Argentina. Esta realidad sirve de base para demostrar la idea que se trata de una conducta en conformidad con los códigos operativos, más que una simple violación de las normas míticas.

De acuerdo con una encuesta de Gallup Argentina realizada en septiembre de 1996, el 97% del público en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires opinó que el nivel de corrupción en Argentina es alto o muy alto. Solamente el 2% opinó que era bajo o muy bajo¹⁰.



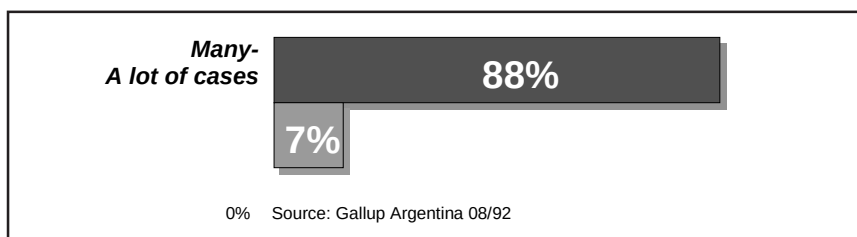
En 1992, otra encuesta de Gallup Argentina realizada en las mismas regiones para la Fundación Poder Ciudadano, consultó acerca de los niveles de corrupción en diferentes grupos. Los resultados muestran que, de acuerdo con la percepción de la opinión pública, existe la convicción de que la corrupción está instalada en la Argentina, como se muestra en los cuadros siguientes.

- El 91% de los encuestados dijo que existían muchos o suficientes casos de corrupción entre políticos.

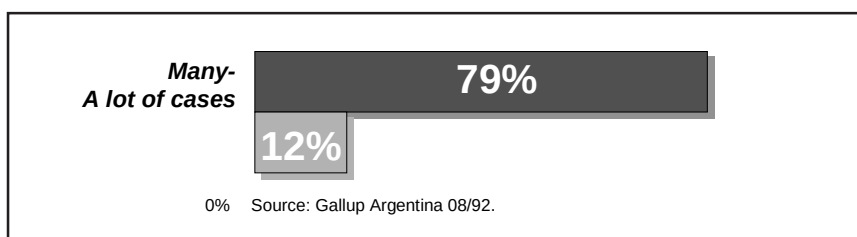


10. Resultados similares fueron obtenidos en una encuesta adelantada en 1991

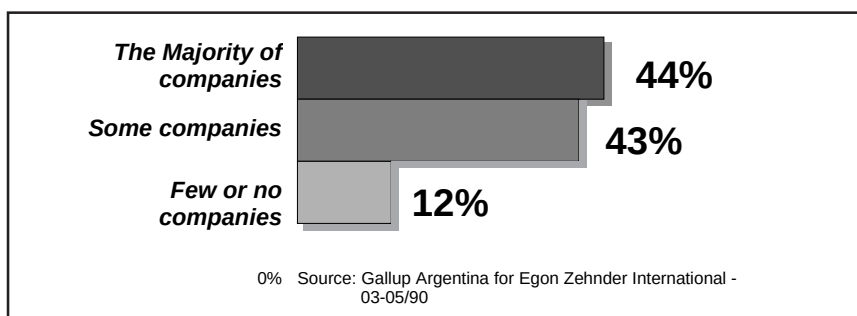
- El 88% opinó de manera similar acerca de los empleados públicos.



- El 79%, expresó lo siguiente acerca de los empresarios:



Estas tendencias han sido confirmadas por otro estudio realizado por Gallup Argentina para Egon Zehnder Internacional¹¹, una compañía mundial de “headhunters”. A diferencia de otras encuestas, en esta oportunidad se preguntó a los 111 empresarios más importantes de la Argentina, si era común para las compañías el sobornar miembros del gobierno o funcionarios públicos en general a cambio de favores. Los resultados hablan por sí mismos: el 87% de las personas encuestadas indicó que algunos o la mayoría de las compañías soborna empleados públicos. Este porcentaje es sensiblemente mayor que aquél obtenido en otra encuesta acerca de la percepción que se tiene acerca de la corrupción en el grupo de empresarios.



De otra parte y, a pesar de la generalización de la conducta de pagar o recibir sobornos, no existe un precedente legal en el cual se haya condenado

11. 1990, 03-05, Argentina

a alguien por pagar (o recibir) un soborno. Esto es, a pesar del hecho de estar incorporado en el Código Penal una pena de 6 meses a seis años para «aquél que directa o indirectamente, diere u ofreciere dádivas a un funcionario público» y una pena de reclusión de 2 a 6 años para «el funcionario público que por sí o por interpuesta persona recibiere dinero o cualquier otra dádiva, o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones...»¹² Esto, para resaltar que la probabilidad para un empresario, o cualquier persona, de ser castigado por este tipo de delitos es extremadamente baja.

A partir de esta información podemos ver cómo en la Argentina, un país con un alto índice de desarrollo institucional dentro de la región, los supuestos que sirven de base al enfoque legal tradicional no se cumplen. No hay un alto grado de cumplimiento de la ley ni una alta probabilidad de castigo a quienes la desconocen. Más aun, las encuestas resaltan la presencia de los códigos operativos que consideran la corrupción, como una práctica común y generalizada.

A pesar del hecho de que el sistema formal de reglas provee prohibiciones para el pago de sobornos, existe un sistema de reglas informales dentro de la sociedad que permite el soborno como un camino para resolver los conflictos con el Estado u obtener favores de él. No podemos olvidar que la situación descrita en la Argentina es similar o inclusive mejor que la de la gran mayoría de países en desarrollo, de acuerdo con los índices que publica Transparencia Internacional y el análisis hecho por Freedom House.

1. LA AUSENCIA DE PROHIBICIONES INTERNACIONALES EN CONTRA DEL SOBORNO

De manera adicional a la existencia implícita de múltiples estándares dentro de los códigos míticos y operativos, también hay estándares múltiples al interior de los mismos sistemas míticos o formales. Este es el caso del sistema normativo internacional. Primero, porque no existe una prohibición internacional contra el soborno. Segundo, porque los sistemas normativos existentes en cada país son diferentes y en algunos casos inclusive contradictorios respecto de las prácticas corruptas en el extranjero.

Estudios sobre corrupción hechos por expertos juristas, asumen la existencia de normas válidas en las que la prohibición de dar, ofrecer, solicitar o recibir un soborno se encuentra establecida. Sin embargo, estos estudios no reconocen que una prohibición de este tipo no existe en el plano internacional. El soborno no está castigado por las leyes internacionales. En esta medida, el soborno se constituye en un problema interno que queda fuera de las normas internacionales, a pesar de tener trascendencia transnacional.

Sin embargo, se han dado algunos pasos durante los últimos años para cambiar esta situación. La Organización de Estados Americanos (OEA) es la primera organización internacional de carácter regional que ha firmado una convención con ese propósito. La convención Interamericana contra la Corrupción fue sancionada por la Asamblea General de la OEA en 1996. Aun

12. Código Penal Argentino artículos 256 y 258.

cuando la convención fue firmada por 23 países, hasta el momento sólo ha sido ratificada por tres de ellos (Paraguay, Perú y Bolivia) limitando de esta manera la magnitud de este primer intento. Hasta el momento, perdura la ausencia de una norma internacional que prohíba el soborno.

Las Naciones Unidas ha tomado en consideración esta iniciativa regional y la ha incorporado recientemente dentro de sus recomendaciones. En una reunión de expertos en corrupción llevada a cabo en marzo de 1997 en Buenos Aires, una de las recomendaciones era:

La criminalización del soborno y la corrupción que involucra empleados públicos extranjeros. Hacer de la corrupción y el soborno de empleados públicos extranjeros una ofensa criminal es extremadamente importante en un esfuerzo internacional consolidado en contra de la corrupción. Se urge a los Estados para que revisen su legislación y establezcan dicha ofensa o, según sea apropiado, apliquen las leyes que prohíben el soborno en transacciones de comercio internacional, de manera más efectiva.¹³

Por razones económicas y de eficiencia, las autoridades de las instituciones financieras internacionales, tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de desarrollo (BID) están demandando cambios. El presidente del BID, Enrique Iglesias, dijo en su discurso inaugural:

Aún hay obstáculos que limitan la estrategia de desarrollo por su potencial para impedir la consolidación de un entorno político, institucional y normativo que promueva el ahorro, la inversión y el crecimiento económico... La corrupción ya constituye uno de los más grandes obstáculos para el éxito de una estrategia de desarrollo.¹⁴

James Wolfensohn, presidente del Banco Mundial, se refirió a la importancia de combatir:

...el cancer de la corrupción. El abuso del poder público a través de la corrupción, es hoy, un serio obstáculo al proceso de desarrollo económico y social en muchos países. La corrupción debilita la confianza del público en el gobierno, produciendo profundas tensiones políticas y sociales. Distrae los recursos que deberían ir para los grupos menos privilegiados y más pobres hacia los más ricos. Distorsiona el sistema democrático basado en el imperio de la ley, permitiendo que intrincados intereses individuales prevalezcan por sobre el bien común.¹⁵

13. Reunión de las Naciones Unidas para expertos en corrupción. Buenos Aires, 17-21 Marzo 1997.

14. Mensaje del Presidente del banco Interamericano de Desarrollo Montevideo, Uruguay, Noviembre 6, 1995.

15. Discurso presentado por James D. Wolfensohn, Presidente del Banco Mundial ante la Asamblea General, Octubre 1, 1996.

La necesidad de combatir la corrupción es reconocida alrededor del mundo, pero una respuesta internacional decisiva se encuentra actualmente ausente. Quizás esto se debe a la existencia de un mapa de intereses divergentes, el cual, como mostraremos más adelante, explica las dificultades de construir consenso acerca del tema.

2. SISTEMAS NORMATIVOS NACIONALES

Hasta ahora hemos visto que los negocios internacionales operan sin una norma internacional que prohíba el soborno. ¿Podremos superar esta dificultad a través de la aplicación de los sistemas normativos de cada país? En los párrafos siguientes mostraremos por qué la respuesta a esta pregunta es, desafortunadamente, negativa.

A pesar de que los sistemas normativos de países desarrollados funcionan bien dentro de sus propios territorios, cuando se trata del comercio internacional, estas normas no tienen el mismo alcance. Existen contradicciones entre los sistemas normativos de diferentes países. Por ejemplo, la conducta de pagar un soborno a un empleado público en la Argentina, es considerada de manera diversa según la legislación de diferentes países. Así las cosas, ésta sería:

- Prohibida por el Código Penal Argentino
- Prohibida por Ley en los Estados Unidos y, bajo ciertas circunstancias, permitida en el Reino Unido.
- Permitida en Japón, Italia y Portugal
- Permitida y el costo sería considerado como exención tributaria en:
 - a) Finlandia, Noruega, Suecia si el soborno es considerado una «práctica comercial normal» en Argentina. Es similar en Dinamarca, siempre y cuando la persona que recibe el soborno sea identificada.
 - b) Canadá, sujeta a la doble condición de que la petición de soborno no involucre a ninguna persona operando en territorio canadiense y que la persona que recibe el soborno se encuentre identificada.
 - c) Australia, Francia, Irlanda, España, Nueva Zelanda y Suiza si la persona que recibe el soborno se encuentra identificada.
 - d) Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Holanda aun si la persona que recibe el soborno no es identificada.¹⁶

Los negocios internacionales se han desarrollado más rápidamente que las instituciones internacionales. Cada nación del mundo tiene sus intereses particulares, algunos de los cuales pueden restringir sus actividades y su

16. Estos datos, no publicados hasta ahora, fueron discutidos dentro del contexto de un estudio enviado por Michael Wiehen a Transparencia Internacional. La justificación formal para esta legislación fue dada durante una reunión de la OECD. Esta organización, que agrupa a los países más ricos del mundo, emitió en mayo de 1994 una recomendación para sus países miembros para hacer un esfuerzo en contra de la corrupción a nivel internacional y para adaptar la legislación de cada uno para penalizar el soborno a los extranjeros y eliminar las exenciones tributarias. Formalmente, los argumentos en contra de esta iniciativa se basaron en la extraterritorialidad de la aplicación de la Ley Penal y el respeto por la cultura de diferentes países. La justificación real se encuentra en su interés por obtener negocios y empleos para sus compañías localizadas en el extranjero.

capacidad de acción en contra de la corrupción. Por ejemplo, los países democráticos más desarrollados económicamente pueden encontrar que sus objetivos morales son contradictorios con sus otros intereses de estimular sus exportaciones, maximizar beneficios y el bienestar social. El Ministro de Economía de Alemania, lo ha expresado de esta manera:

«Existen definiciones muy fluidas entre sobornos y comisiones bien merecidas. Si otros pagan sobornos además de la comisión, pero los alemanes no lo hacen, entonces yo tendré que aceptar la crítica justificada de que nosotros arriesgamos el empleo, que estamos predicando moralidad, posiblemente cometiendo un error, mientras otros se quedan con los contratos.»¹⁷

Muchas compañías norteamericanas sienten que el Estatuto de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act) los somete a competir con una desventaja inherente¹⁸. De otra parte, en los países en desarrollo, los partidos políticos que están en el poder, reciben los beneficios del soborno en grandes negocios estatales y no tienen interés alguno en cambiar la situación. Estos ejemplos de intereses divergentes pueden explicarnos por qué no existe un mandato legal de carácter y espectro internacionales que califique el soborno como un crimen internacional, a la manera del genocidio y otros delitos en contra de la humanidad.

La OECD (Organización para la Cooperación de Países Desarrollados) ha solicitado a sus miembros controlar esta situación revisando o reformando las leyes propias de cada país¹⁹. Entre las revisiones solicitadas, por mencionar algunas, encontramos: la revisión de los códigos penales y su aplicación, algunos aspectos de la administración pública relacionados con el soborno a empleados oficiales extranjeros, legislación tributaria, regulación y prácticas en la medida en que puedan indirectamente favorecer el soborno así como las prácticas y requerimientos contables de negocios y compañías con miras a asegurar un adecuado registro de los pagos relevantes. La recomendación también visualiza una colaboración activa entre los miembros de la OECD y los países que no lo son como un elemento fundamental de la estrategia²⁰. Sin embargo, a pesar de estas iniciativas, la situación descrita muestra qué tan limitada ha sido la influencia de la OECD sobre sus miembros en este aspecto en particular.

Hemos mostrado arriba que los sistemas normativos formales son diferentes de país a país. Adicionalmente, existen intereses diferentes entre el mundo en vías de desarrollo y el desarrollado, especialmente cuando se trata

17. Günther Rexrodt, Ministro de Economía de Alemania en una entrevista ante la televisión alemana ARD, Viernes 13, Enero de 1995 como ha sido citado en el *Reporte de Transparencia Internacional*, 1995.

18. Jill D. Rhodes, *The United States Foreign Corrupt Practices Act, The Effectiveness of a Unilateral Act*. Operations Policy Department, Banco Mundial, Washington, DC, 1/10/95, pág. 30.

19. OECD *Recomendaciones sobre el soborno en Transacciones de Comercio Internacional* 1994, 1995 y 1996.

20. *National Integrity Systems, Transparency International Source Book*, Berlin, Germany, 1996, pags. 111-112.

de economías exportadoras. No existen leyes internacionales que prohíban el soborno. De otra parte, encontramos que existen normas privadas al interior de las organizaciones, especialmente multinacionales, que tienen una prioridad práctica sobre las normas del país en que ellas operan. Son todos estos argumentos que sustentan la existencia de estándares múltiples en diferentes niveles: formal e informal, explícito e implícito, público y privado.

La realidad de los estándares múltiples hace imposible pensar en aplicar los sistemas normativos locales para reemplazar la ausencia de normas internacionales. Dentro de un contexto de estándares múltiples, los sistemas normativos locales solo contribuyen a incrementar esa multiplicidad. Por otra parte, la naturaleza precaria de la mayoría de los sistemas normativos domésticos limita el alcance con que pueden ser aplicados efectivamente con miras a controlar la corrupción.

1. SISTEMAS NORMATIVOS PRIVADOS

La economía moderna está caracterizada por la globalización y la operación de compañías multinacionales alrededor del mundo. La existencia de compañías que actúan simultáneamente en diferentes naciones, conecta entre sí los sistemas legales contradictorios de varios países que hemos descrito anteriormente. Aquellos países con sistemas que permiten u otorgan incentivos para pagar sobornos a empleados públicos extranjeros, autorizan implícitamente a los empresarios del sector privado para que le ordenen válidamente, a sus empleados, pagar sobornos en el extranjero, aun tratándose de países donde esta conducta se encuentra prohibida. Este hecho cuestiona el monopolio legal en cabeza del Estado extranjero para expedir y aplicar sus propias normas.

Esta situación evidencia cómo aquellos que operan dentro de una organización están sujetos a una red de reglas públicas y privadas, formales e informales, que reclaman obediencia más allá de las prescripciones de la ley. Es posible identificar tres factores principales que pueden concurrir a establecer la preeminencia de las normas privadas sobre las públicas: un compromiso fuerte a la organización, una disposición de respeto a la autoridad inmediata y la distorsión de la probabilidad de ser castigado por acciones relacionadas con los negocios de la compañía. El caso que se presenta a continuación busca ilustrar precisamente este punto.

2. UN CASO DE ESTANDARES MÚLTIPLES

El siguiente es un caso imaginario, basado en normas reales, que nos será útil para ilustrar el fenómeno de los estándares múltiples a que nos hemos referido.

El presidente de una compañía alemana, con oficina principal en Munich, está interesado en ganar la adjudicación de un contrato con el gobierno argentino para vender 15.000 toneladas de leche deshidratada para alimentar niños de edades entre 6 y 12 años que atienden escuelas públicas. Este contrato permitiría alcanzar las metas de ventas para el año y mantener sus fábricas a plena capacidad. Para asegurar su éxito, envió a uno de sus ejecutivos más jóvenes y brillantes a manejar el proyecto en la Argentina.

Preocupado con algunas de las historias que aparecían en los diarios acerca de la corrupción en la Argentina, este joven ejecutivo visita las oficinas de Transparencia Internacional en Berlín antes de su viaje a Buenos Aires. Ellos le informan que la posición de Argentina en el índice de percepción de corrupción no es respetable.

En Buenos Aires, el joven ejecutivo encuentra las primeras páginas de los diarios cubiertas con escándalos de corrupción que involucran altos funcionarios del gobierno, policías envueltos en narcotráfico y jueces federales que protegen delincuentes. También encuentra varias encuestas realizadas por Gallup Argentina que confirman sus impresiones. En algunos archivos encuentra que, hace algunos años, el Gobierno argentino había comprado leche no apta para consumo humano, a un precio mucho mayor que el que su empresa ofrece, a pesar de ser su producto de la más alta calidad. También encuentra que una compañía francesa que compite con la firma que él representa ha presentado una propuesta menos conveniente que la suya pero ha ofrecido un retorno (soborno) para asegurar la transacción. Aun más, otras tres firmas argentinas que compiten dentro de la misma licitación también han ofrecido sobornos. Preocupado acerca del éxito de su misión y su futuro profesional, el joven ejecutivo envía toda esta información al Presidente de la compañía en Alemania.

Dos semanas más tarde, el Presidente presenta el reporte a su Junta Directiva, junto con el análisis realizado por el departamento jurídico de la compañía. Los expertos legales explican que no hay norma internacional alguna que prohíba el soborno, que las leyes alemanas permiten el soborno a funcionarios extranjeros y admiten que esas expensas sean deducidas de impuestos como «gastos útiles», y que, a pesar de estar prohibido por las leyes argentinas, éstas no se aplican, con lo que el soborno es una práctica común. Agrega que investigaciones adicionales han mostrado que es bastante probable que las empresas competidoras argentinas, en efecto, entreguen el soborno y que, el competidor francés, que se rige por una legislación similar a la alemana, de hecho pagará algún soborno si es necesario.

En la Junta de Directiva las opiniones se encuentran divididas. La mayoría apoya el pago del soborno mientras que el Presidente de la compañía y uno de los directivos se oponen a la idea argumentando que se trata de una conducta inadmisibles y que ni siquiera debe discutirse. Sin embargo, la mayoría decide y presenta cuatro motivos por los cuales estiman como válido el pago de un soborno en esta situación:

1. La participación de esta compañía en el contrato es vital para el éxito de su operación durante el año.
2. Este contrato le permitirá a la compañía mantener empleados a 200 trabajadores en Munich.
3. La situación en la Argentina se encuentra más allá de su control, por lo cual la única opción que les queda es aceptarla.
4. La compañía no puede competir legítimamente frente a las ofertas de los otros que se han apoyado en el soborno.
5. La compañía vende un producto de alta calidad que contribuiría a una dieta sana de los niños argentinos.

Así las cosas, el Presidente llama al joven ejecutivo y le comunica la decisión de los Directivos, advirtiéndole que le han ordenado encontrar la manera de pagar un soborno, si es necesario para garantizar el éxito de la compañía en el negocio en cuestión.

Si analizamos el dilema al que se enfrenta este joven ejecutivo, observamos que se somete a una multiplicidad de sistemas normativos, que a su vez acarrearán diferentes resultados:

Leyes internacionales	Permitido		
Ley alemana	Permitido		
Ley argentina		Prohibido	
Leyes del mercado (informal)			Obligatorio
Normas de la compañía			Obligatorio

Independientemente de sus valores morales, el joven ejecutivo se enfrenta a diferentes sistemas normativos: desde las normas formales e informales que podríamos denominar como públicas, hasta las normas de la compañía (privadas), que son a su vez formales e informales, explícitas e implícitas. Estas últimas, que carecen de todo valor para un juez, son posiblemente las que demandan y reciben una mayor obediencia por parte de los actores de la situación, y las que en últimas, dictarán su comportamiento.

Las órdenes provenientes de la casa matriz conectan no sólo los sistemas normativos de diferentes países, sino también las normas privadas originadas en el interior de la propia compañía. Las normas que establecen la jerarquía de la compañía imponen un deber de obediencia al gerente en la Argentina con respecto a las ordenes que le brinda el presidente en Alemania. Ambos reciben un mandato de toda la organización con un único propósito: maximizar beneficios. Algunos códigos informales tales como la lealtad hacia el grupo, demandan silencio por parte de los otros miembros que presencian la operación. De esta manera, se genera un proceso en donde los códigos operativos se refuerzan a sí mismos.

Como hemos visto, la multiplicidad de estándares se originan en una gran variedad de fuentes. Entre ellas podemos enunciar las leyes internacionales y locales, normas públicas y privadas, así como los códigos míticos y operativos, por sólo mencionar algunos. Al final, el panorama es mucho más complejo de lo que es descrito por el enfoque legal tradicional.

A. Las implicancias de los estándares múltiples y el papel de los sistemas normativos

Hemos mostrado como, en algunas sociedades²¹, los sistemas normativos son complejos, comprenden diferentes reglas a diferentes niveles. Estas reglas

21. Aquí utilizamos los términos sociedades y organizaciones con el mismo significado. Por organizaciones, nos referimos a cualquier grupo que se mantiene unido por un propósito común y en este sentido, sin perder generalidad, incluimos las sociedades como grandes “organizaciones”.

coexisten con el sistema jurídico e, inclusive, en algunos casos lo contradicen, por ejemplo, autorizando o promoviendo el soborno.

De la misma manera, para poder examinar el problema de la corrupción con miras a avanzar hacia una política de control efectiva, resulta fundamental identificar y reconocer la existencia simultánea de varios sistemas normativos y no solamente aquel sistema que los teóricos del derecho toman como su punto de partida.

La perspectiva de los estándares múltiples requiere la identificación no sólo de los diferentes sistemas de reglas, sino también de sus diferentes actores. El procedimiento simple de encarcelar a los líderes corruptos no asegura que los incentivos o la estructura establecida por los códigos operativos vaya a ser modificada. El encarcelamiento de un gerente que promueve o autoriza conductas corruptas dentro de su compañía, puede representar simplemente una medida que permitirá al siguiente gerente beneficiarse de las mismas ganancias sin cambiar los códigos operacionales que permiten una conducta de este tipo.

El propósito del análisis que hemos presentado en este documento no es el de descalificar el papel de la aplicación de la ley ni las investigaciones judiciales como mecanismos para combatir la corrupción. Abiertamente manifestamos que es todo lo contrario. De hecho, algunas teorías del Derecho Penal revelan la importancia de los pronunciamientos judiciales para reafirmar los valores inter-subjetivos reconocidos dentro de los grupos sociales²². En este sentido, jueces, abogados y magistrados tienen un papel como guardianes del sistema mítico. Sin embargo, las normas míticas han perdido su capacidad para ofrecer parámetros y guías éticas, lo cual, en un mundo de estándares múltiples, merece nuestra atención. El castigo penal frente a una conducta demostrada en contra de la ley no establece definitivamente la preeminencia de la norma mítica que la ley penal representa, dado que dicha pena puede incluso ser percibida por el transgresor como una consecuencia prevista, y su conducta, como algo permitido por los otros sistemas de reglas que interactúan en el caso. Como afirma M. Reisman²³, una de las características de estos códigos operativos es esa prescripción auto-referencial de su propio secreto y el de aquellas conductas que autoriza. Eventualmente, cuando el secreto se rompe, son los mismos códigos operativos los que remiten al sistema mítico. Así las cosas, es esencial entender que la aplicación de una sanción penal a un caso de soborno puede estar confirmando la eficacia de la ley penal, pero también la de algún código operativo.

En este sentido, la sanción penal sólo representará un vehículo de cambio si ésta aparece como un correlativo necesario de una maquinaria preventiva. Este hecho fundamental debe conllevar un cambio en el análisis normativo habitualmente aplicado al problema. El enfoque tradicional, que usa por método un tipo de análisis ex -post de la situación, resulta insuficiente. Es imprescindible

22. Las teorías acerca de la prevención general positiva adscriben al castigo penal la función positiva de reforzar la identificación y pertenencia del individuo al orden establecido, esto es, a las normas míticas. Ver por ejemplo Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón*. Ed. Trotta S.A., Madrid, 1995.

23. Ob Cit.

cambiar nuestro foco de atención hacia la comprensión previa de las diferentes normas formales e informales, códigos míticos y operativos que rigen en las organizaciones. Bajo esta visión, las autoridades de las organizaciones tanto públicas como privadas se convierten en los principales agentes de cambio. Su liderazgo implica un proceso para reconocer, esto es, darse cuenta, de la existencia de esos códigos operativos. El reto que enfrentan estos líderes, consiste entonces en la generación de procesos de aprendizaje al interior de sus organizaciones que modificarán esos códigos con miras a transformar el comportamiento complejo de aquéllos que los usan como refugio y punto de referencia.

I. OPCIONES PARA LA ACCIÓN: LOS “PACTOS DE INTEGRIDAD”

La interacción de múltiples estándares genera un efecto limitado de la aplicación de la ley sobre el control de la corrupción estructural. Un camino para restringir efectivamente la corrupción se encuentra en disminuir las disparidades y contradicciones que se presentan entre las normas míticas y los códigos operativos. La opción de crear «pactos de integridad» (también conocidos como «islas de Integridad») apuntan a este propósito, como expondremos más adelante.

A. *¿En qué consisten los “pactos de integridad”?*

Transparencia Internacional²⁴ ha elaborado una estrategia para enfrentar el fenómeno de la corrupción en negocios internacionales: los “pactos de integridad”. Estos consisten en un acuerdo específico entre el gobierno cuando convoca a una licitación pública o concurso, y las compañías que participan en el proceso. El gobierno garantiza transparencia al diseñar el pliego de condiciones y en el proceso de adjudicación. También garantiza que ninguno de sus funcionarios solicitará alguna ventaja impropia. Las compañías participantes se comprometen a no ofrecer sobornos y a denunciar a los empleados que intenten ofrecerlas, o a sus competidores en caso de que ellos lo hagan.

La intención es permitir a las compañías detener la corrupción al otorgarles la seguridad de que sus competidores también lo harán, y a su vez permitir a los gobiernos reducir el alto costo y la distorsión que introduce la corrupción en los suministros al sector público. Desde esta perspectiva, los “pactos de integridad” no están basados en simples ambiciones eticistas, al atacar directamente la estructura de incentivos que induce a las partes respectivas a dar, ofrecer, solicitar o recibir sobornos. Adicionalmente, estos pactos crean redes que apoyan, irrigan y reproducen conductas transparentes.

En esencia, estos compromisos no son más que la obligación explícita de respetar las leyes vigentes del país. En este sentido, son complementarios y no contradictorios con estos mandatos legales, al introducir una especie de

24. Transparencia Internacional es una organización no gubernamental de carácter internacional constituida formalmente en mayo de 1993 para construir coaliciones nacionales e internacionales en contra de la corrupción.

redundancia parcial que contribuye a la eficacia de ambos sistemas. Dentro de un contexto de estándares múltiples, este mecanismo provee un conjunto de reglas claras, homogéneas y compartidas sobre la base de que su aplicación es garantizada. El concepto consiste en implementar un programa especial donde la contabilidad y procedimientos son tan transparentes que construyen una confianza comercial en la integridad del proceso.

B. ¿Cómo funcionan los “pactos de integridad”?

Un gobierno o agencia gubernamental al convocar personas para que suministren bienes o servicios a un concurso para suscribir un determinado contrato, informa a los concursantes que su propuesta debe contener un compromiso, firmado personalmente por el gerente o la más alta autoridad de la compañía, mediante el cual se compromete a no ofrecer o pagar soborno alguno dentro del contexto del contrato en cuestión. Por su parte el Gobierno se compromete a prevenir cualquier conducta extorsiva y la petición o aceptación por parte de sus funcionarios.

De otra parte, las compañías prometen no permitir a nadie (bien sea empleado suyo o algún agente comisionado para el efecto) a dar u ofrecer en su nombre soborno o cualquier pago similar. En su propuesta, se obligan a informar acerca de todos los beneficiarios o receptores de pagos relacionados con el contrato (tanto aquéllos que ya se han hecho como aquéllos que se harían en el evento de ser adjudicatarios); si estos pagos se dirigen a personas distintas de empleados de la compañía pero incluyendo cualquier bono o pago que se pudiere hacer a los empleados con ocasión de la adjudicación del contrato (guardando siempre los requisitos de confidencialidad debida); asimismo, otorgarán ordenes formales a todos sus empleados y agentes para que cumplan en todo momento con la ley, el acuerdo, y en particular, con la obligación de evitar cualquier conducta que directa o indirectamente implique «comprar» funcionarios públicos.

A través del acuerdo, las partes involucradas se someten a sí mismas a un conjunto de sanciones en caso de incumplirlo. Estas sanciones consistirían en una gama de consecuencias, desde la pérdida del contrato, responsabilidad por daños y perjuicios (tanto al gobierno como a las firmas competidoras), ejecución de la póliza de seguridad, hasta la prohibición para los transgresores de suscribir contratos con el Estado durante algún tiempo.

La supervisión y control del contrato es uno de los ingredientes necesarios para su éxito. Por otro lado, la estructura del pacto genera incentivos para cada una de las partes a monitorear y controlar a la(s) otra(s). Sin embargo, la intervención de un tercero neutral se hace recomendable como guardián del cumplimiento del acuerdo, especialmente en lo que compete a la conducta de la entidad pública concerniente. Este papel podría ser asignado, por ejemplo, a una organización con apoyo internacional que pudiera garantizar alguna seguridad.

Un efecto deseable de estos “pactos de integridad” sería su uso generalizado en diferentes países y la generación de acuerdos de reciprocidad sobre esta base. De esta manera, las sanciones podrían ser extendidas internacionalmente,

de manera que las compañías que incumplan los acuerdos enfrenten prohibiciones para realizar negocios con otros gobiernos, incrementando de esta manera el riesgo y el costo para éstas, de involucrarse en prácticas corruptas.

Adicionalmente, estos “pactos de integridad” son mecanismos que también pueden ser aplicados en licitaciones o concursos privados, expandiendo de esta manera el espectro y aplicación de conductas transparentes en el mercado.

A través de estos mecanismos, los “pactos de integridad” proporcionan sistemas normativos claros determinados mediante un contrato que regula los derechos y obligaciones de los participantes y modifica los incentivos para actuar de manera corrupta. Cada competidor estará al tanto de la existencia de unas reglas de juego claras y homogéneas basadas en una competencia limpia así como de la existencia de un control principalmente a cargo de los otros jugadores. En este sentido, los códigos míticos y operativos se acercan en la medida en que no solo contienen los mismos mandatos, sino que éstos son compartidos.

El modelo ayuda a romper el esquema complejo de intereses políticos y económicos que se encuentran en sociedades donde la corrupción es un fenómeno estructural. A su vez, permite crear un nuevo esquema de intereses, en este caso, en favor de la integridad y la transparencia. La creación de “pactos de integridad”, a través de un sistema normativo establecido con el acuerdo de los participantes, confronta el problema que padecen los negocios internacionales que se encuentran sometidos a una multiplicidad de sistemas normativos y representa un primer paso en el diseño e implementación de soluciones más realistas.

CONCLUSIÓN: ALGUNOS COMENTARIOS

El diseño de políticas públicas que buscan articular sistemas de prevención orientados a restringir la corrupción estructural, debe partir del reconocimiento de la existencia de diversos sistemas normativos, al igual que de las fuentes conflictivas de motivación que hemos explorado en este documento. Más allá de ser conscientes, cualquier política efectiva de control, impone el reto de reducir los costos de actuar conforme a la ley, así como el incremento de los costos de transgredirla.

Claramente, los códigos operativos se fundamentan en razones instrumentales, prácticas. Por esta razón, el discurso moral tradicional difícilmente será un modelo adecuado para cuestionar la eficiencia y operatividad de esos códigos.

Finalmente, con miras a profundizar la comprensión de los sistemas normativos de estándares múltiples y a examinar su influencia hacia otras áreas, resulta imprescindible estudiar las implicancias derivadas de dos enfoques aún no comprendidos satisfactoriamente por los teóricos del derecho, esto es, los avances en la teoría de la comunicación y los estudios de multiplicidad de intereses diseñados por los teóricos en negociación y dinámicas de grupo.