

2014

¿Cuando Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?)

Alberto Salazar

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps>

Recommended Citation

Salazar, Alberto, "¿Cuando Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?)" (2014). *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*. 11.

<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/olsrps/11>

This Article is brought to you for free and open access by the Research Papers, Working Papers, Conference Papers at Osgoode Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Osgoode Legal Studies Research Paper Series by an authorized administrator of Osgoode Digital Commons.

OSGOODE HALL LAW SCHOOL

LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES

Research Paper No. 46

Vol. 10/ Issue. 11/ (2014)

¿Cuando Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?)

Salazar, Alberto, ¿Cuando Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?) (June 1, 2014). This essay has been published as a chapter in Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry (Pontificia Universidad Catolica del Peru, 2014)

Alberto Salazar

Editors:

Editor-in-Chief: Carys J. Craig (Associate Dean of Research & Institutional Relations and Associate Professor, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

Production Editor: James Singh (Osgoode Hall Law School, York University, Toronto)

This paper can be downloaded free of charge from:

<http://ssrn.com/abstract=2501157>

Further information and a collection of publications from the Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series can be found at:

http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=722488



¿Cuándo Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?)

Salazar, Alberto, ¿Cuándo Se Puede Denunciar a Abogados De Empresas Ante Autoridades Extranjeras Por Actos De Corrupcion? (When Can Corporate Lawyers Be Brought to Foreign Authorities for Acts of Corruption?) (June 1, 2014). This essay has been published as a chapter in Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry (Pontificia Universidad Catolica del Peru, 2014)

Alberto Salazar

Spanish Abstract: Este trabajo discute la posibilidad de aplicar las leyes anti-corrupción de los países del primer mundo a abogados del tercer mundo que, representando a empresas nacionales o transnacionales, cometen actos de corrupción en sus países. En particular, la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) o la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos permite denunciar a los agentes o empleados de individuos o empresas que cometen actos de corrupción fuera de las fronteras de los Estados Unidos. Por ejemplo, dicha ley se aplicaría a abogados peruanos que actuando como agentes, empleados, directores o ejecutivos de dichas empresas cometen actos de corrupción en el Perú y por ello podrían ser denunciados ante tribunales de los Estados Unidos. Este trabajo sostiene que a pesar de sus beneficios y de la sanción reciente del abogado Tesler, dichas leyes pueden perder eficacia debido a la oposición de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos del tercer y primer mundo. El Caso Newmont en el Perú demuestra que, a pesar de las evidencias de corrupción en el que puede haber estado involucrado la empresa y sus abogados, las investigaciones de conformidad con la FCPA se truncaron debido a la presión de los grupos de interés y la renuencia de los gobiernos. Newmont es accionista mayoritario de Yanacocha y su caso ilustra como una empresa transnacional empeora el deterioro de las instituciones y la ética del abogado en países del tercer mundo y sugiere la necesidad de que la inversión extranjera también incluya en su responsabilidad social un compromiso de no agravar las instituciones y la ética en los países en que invierten. Este artículo también argumenta que los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo pueden contribuir a reducir la oposición de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos si toman la iniciativa de interponer quejas directamente ante el Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos por casos de corrupción de abogados. Asimismo, pueden colaborar en las investigaciones, la compensación de las víctimas y la implementación de programas para restaurar la ética de los abogados. Esto no solo contribuye a mejorar la ética y la responsabilidad social de los abogados y el fortalecimiento de las instituciones en el tercer mundo sino también fuerza a los países del primer mundo a no empeorar la destrucción del estado de derecho y la pobreza en los países del tercer mundo en el que sus empresas invierten.

English Abstract: This work discusses the possibility of applying anti-corruption laws of first-world countries to third world lawyers that, while representing domestic or transnational companies, commit acts of corruption in their home countries. In particular, the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of the United States allows for the reporting of agents or employees of individuals or companies that commit acts of corruption outside of the United States borders. For example, such a law would apply to Peruvian lawyers that, while acting as agents, employees, directors or executives of said companies commit acts of corruption and would allow these lawyers to be brought before the courts of the United States. This work contends that despite their benefits and the recent sanction of a British lawyer Mr. Tesler, interest group opposition and the apathy of first and third world governments can drastically reduce the effectiveness of such anti-corruption laws. The Newmont case in Peru demonstrates the effectiveness of interest group pressure in curtailing investigations that are in accordance with FCPA provisions as well as the reluctance of governments to push investigations further despite strong evidence pointing to the involvement of employees and the company in acts of corruption. Newmont is the majority shareholder of Yanacocha and his case also illustrates how transnational companies can worsen the deterioration of domestic institutions and the ethical conduct of lawyers in the third world. This case suggests the need to include promises not to aggravate institutions and ethical practices in countries that are the recipients of foreign investment as part of foreign investors' social responsibility. This article also argues that third world public interest groups and organizations can contribute to reducing the impact of interest group opposition and government apathy if they lodge complaints of corruption by lawyers directly before the Department of Justice and the US Securities and Exchange Commission. Public interest groups may also participate in investigations, victim compensation and the implementation of programs that promote ethical conduct by lawyers. This would contribute not only to improving the ethical conduct and social responsibility of lawyers and the strengthening of institutions in the third world, but also will ensure that countries of the first world do not contribute to worsening the deterioration of democracy and poverty in the third world, particularly in those countries in which their companies invest.

Keywords:

Corporate lawyers, corruption, professional ethics, developing countries, Foreign Corrupt Practices Act, Newmont, Yanacocha, Peru (abogados de empresas, corrupcion, etica profesional, paises subdesarrollados, Ley Anti-Corrupcion de USA, Newmont, Yanacocha, Peru)

Author(s):

Alberto Salazar
Assistant Professor
Carleton University
Ottawa, Ontario

E: alberto.salazar@carleton.ca

¿Cuándo se puede denunciar a abogados de empresas ante autoridades extranjeras por actos de corrupción?

ALBERTO R. SALAZAR V.

Resumen

Este trabajo discute la posibilidad de aplicar las leyes anti-corrupción de los países del primer mundo a abogados del tercer mundo que, representando a empresas nacionales o transnacionales, cometen actos de corrupción en sus países. En particular, la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) o la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos permite denunciar a los agentes o empleados de individuos o empresas que cometen actos de corrupción fuera de las fronteras de los Estados Unidos. Por ejemplo, dicha ley se aplicaría a abogados peruanos que actuando como agentes, empleados, directores o ejecutivos de dichas empresas cometen actos de corrupción en el Perú y por ello podrían ser denunciados ante tribunales de los Estados Unidos. Este trabajo sostiene que a pesar de sus beneficios y de la sanción reciente del abogado Tesler, dichas leyes pueden perder eficacia debido a la oposición de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos del tercer y primer mundo. El Caso Newmont en el Perú demuestra que, a pesar de las evidencias de corrupción en el que puede haber estado involucrado la empresa y sus abogados, las investigaciones de conformidad con la FCPA se truncaron debido a la presión de los grupos de interés y la renuencia de los gobiernos. Newmont es accionista mayoritario de Yanacocha y su caso ilustra como una empresa transnacional empeora el deterioro de las instituciones y la ética del abogado en países del tercer mundo y sugiere

la necesidad de que la inversión extranjera también incluya en su responsabilidad social un compromiso de no agravar las instituciones y la ética en los países en que invierten. Este artículo también argumenta que los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo pueden contribuir a reducir la oposición de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos si toman la iniciativa de interponer quejas directamente ante el Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos por casos de corrupción de abogados. Asimismo, pueden colaborar en las investigaciones, la compensación de las víctimas y la implementación de programas para restaurar la ética de los abogados. Esto no solo contribuye a mejorar la ética y la responsabilidad social de los abogados y el fortalecimiento de las instituciones en el tercer mundo sino también fuerza a los países del primer mundo a no empeorar la destrucción del estado de derecho y la pobreza en los países del tercer mundo en el que sus empresas invierten.

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda la corrupción es uno de los problemas más graves de los países subdesarrollados. La corrupción destruye las instituciones y el orden democrático así como distorsiona las políticas públicas y programas sociales destinados a beneficiar a los sectores más vulnerables de la sociedad. Un gran número de abogados, educados para defender los derechos y las instituciones, se ha convertido lamentablemente en agentes de corrupción y cómplices de la destrucción del estado de derecho y del empobrecimiento de los grupos más indefensos de la sociedad. Existe un acostumbramiento a este problema y no solo lo toleramos sino que además muchas veces lo hemos hecho parte de la cultura profesional aceptable y hasta deseable. Esta tolerancia y acostumbramiento a la corrupción se observa en la apatía de las instituciones dedicadas a velar por la ética de los abogados. Los colegios, asociaciones o firmas de abogados no suelen tomar acciones decididas sobre el tema¹ y la administración de justicia formal esta absorbido por su propia corrupción. La creación y recreación de códigos de ética profesional han ayudado a señalar las conductas deseables. Sin embargo, dichos códigos sirven para el discurso y la legitimación de las buenas intenciones ya que carecen de capacidad coercitiva y pocas veces son seguidas en la práctica por los abogados.

Este artículo explora un ángulo relativamente nuevo en la lucha contra la corrupción de abogados. Examina el rol de las leyes anti-corrupción de funcionarios públicos emitidas por los países del primer mundo para prohibir actos de corrupción de sus ciudadanos o empresas que operan fuera de sus

¹ Esto ha sido confirmado en una de las más recientes encuestas sobre el tema a abogados alrededor del mundo. Ver The International Bar Association, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Risks and threats of corruption and the legal profession: SURVEY 2010, <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/46137847.pdf>. La apatía de los colegios, asociaciones o firmas de abogados en la lucha contra la corrupción es obviamente más grave en países del tercer mundo.

fronteras. Específicamente, este trabajo discute la posibilidad de aplicar dichas leyes anti-corrupción de los países del primer mundo a abogados del tercer mundo que, representando a empresas nacionales o transnacionales, cometen actos de corrupción en sus países. Una respuesta rápida puede sugerir que es imposible que una ley extranjera de un país del primer mundo pueda sancionar o regular a un abogado del tercer mundo que comete actos de corrupción en su país. Este artículo sostiene que si es posible y argumenta que las leyes anti-corrupción, particularmente la ley de los Estados Unidos, se aplicaría a abogados del tercer mundo que, actuando en representación de empresas nacionales o transnacionales, cometen actos de corrupción. En particular, la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos permite denunciar a los agentes o empleados de individuos o empresas que cometen actos de corrupción fuera de las fronteras de los Estados Unidos. Tales agentes o empleados pueden ser, por ejemplo, abogados peruanos que actúan como tales en representación de dichos individuos o empresas y se involucran en actos de corrupción. Los beneficios de la aplicación extraterritorial de la FCPA de los Estados Unidos son obvios. No solo contribuye a mejorar la ética y la responsabilidad social de los abogados y el desarrollo de las instituciones en países del tercer mundo, sino también concretiza el deber de los países del primer mundo de no destruir el sistema democrático y empeorar la pobreza de los países del tercer mundo, de los cuales se benefician mediante sus inversiones extranjeras.

Sin embargo, no existe una voluntad política seria y consistente de los gobiernos del primer mundo de hacer cumplir cabalmente dichas leyes anti-corrupción en contra de sus propias empresas. Asimismo, los gobiernos y abogados locales tienden a no colaborar con las investigaciones y suelen oponerse a la aplicación de dichas leyes. Con ello, la posibilidad de denunciar a abogados del tercer mundo ante tribunales extranjeros por actos de corrupción puede no materializarse en la práctica. Por ello, este trabajo también sostiene, de modo introductorio, que los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo pueden contribuir a reducir la resistencia de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos si toman la iniciativa de interponer quejas directamente ante el Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora del Mercado de Valores (*Securities and Exchange Commission*) de los Estados Unidos por casos de corrupción de abogados. Asimismo, pueden colaborar en las investigaciones, la compensación de las víctimas y la implementación de programas para restaurar la ética de los abogados. Esto no solo puede generar más precedentes judiciales o extrajudiciales y reducir la impunidad de los abogados corruptos, sino también contribuir a crear una mayor presión

pública en los países del primer y del tercer mundo a fin de que sus gobiernos sean consistentes con su deber de evitar la destrucción de las instituciones y el empobrecimiento de los países del tercer mundo de los cuales se benefician.

El artículo desarrolla el argumento en tres secciones. La primera sección revisa rápidamente las leyes anti-corrupción de Canadá y los Estados Unidos para luego concentrarse en esta última. Esta sección muestra como la ley anti-corrupción de los Estados Unidos se aplica a abogados del tercer mundo que actuando como agentes, empleados o directores de empresas o individuos de dicho país cometen actos de corrupción. La segunda sección examina el caso Tesler a fin de ilustrar como se aplica la ley anti-corrupción de los Estados Unidos a abogados extranjeros que actuando como agentes, empleados o directores se involucran en corrupción. En dicho caso, Tesler es un abogado ingles que actuó como agente de una empresa de los Estados Unidos con el fin de pagar sobornos a funcionarios del Gobierno de Nigeria. La última sección presenta el problema de los grupos de interés y su oposición a la aplicación de las leyes anti-corrupción en los países en el que individuos o empresas del primer mundo invierten. Esta sección reseña brevemente el caso Newmont para ilustrar dicha oposición y las dificultades de la aplicación de la ley anti-corrupción de los Estados Unidos en el Perú. Esta parte del artículo concluye con una breve explicación de la propuesta de fomentar el activismo de los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo, a fin de que interpongan quejas contra abogados directamente ante las autoridades pertinentes de los Estados Unidos, y colaboren en las investigaciones y programas de compensación y resarcimiento del daño causado en el tercer mundo.

2. LEYES EXTRANJERAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SU APLICACIÓN A LOS ABOGADOS EN EL TERCER MUNDO

Los países del primer mundo han desarrollado un marco legal contra la corrupción de funcionarios públicos de los países extranjeros en el que sus ciudadanos o empresas invierten. Por ejemplo, Canadá introdujo en 1998 la *Corruption of Foreign Public Officials Act* (CFPOA) con el objetivo de prohibir a sus ciudadanos y empresas de cometer actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Dicha ley fue revisada en el 2002 y actualmente se discute su alcance. No queda muy claro si la ley se aplicaría a una empresa o un ciudadano Canadiense que, por ejemplo, actúa en el Perú y se involucra en actos de corrupción, ya que la ley de alguna manera exige que gran parte de los negocios de dicha persona o empresa Canadiense se realicen en Canadá. Normalmente, Canadá ejerce jurisdicción sobre actos de corrupción extranjera

sobre la base del principio de 'territorialidad', es decir sobre conductas que ocurren en todo o en parte dentro de las fronteras Canadienses. No ejerce jurisdicción sobre nacionales Canadienses cuando actúan enteramente fuera de Canadá. ² Asimismo, la ley no es clara con respecto a su aplicación a agentes o empleados de las empresas involucradas en actos de corrupción.

Ciertas reformas están en discusión para ampliar los alcances de esta ley de tal manera que agentes, por ejemplo, abogados peruanos que actúan en representación de empresas o ciudadanos Canadienses puedan ser pasibles de sanción por una autoridad Canadiense. En Mayo del 2009, el gobierno Canadiense introdujo el proyecto de ley Bill C-31 con el fin de reformar la CFPOA de tal manera que las autoridades Canadienses tengan jurisdicción para perseguir actos de corrupción cometidos en el extranjero sobre la base del principio de 'nacionalidad'. ³

Por su parte, los Estados Unidos introdujo su Ley Contra la Corrupción de funcionarios extranjeros, *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), en 1977 la misma que ha sido modificada en 1988 y 1998. Hasta el año 2008 se conocían más de 120 casos y más de 110 investigaciones. Esta Ley se ha aplicado a actos de corrupción ocurridos también en países del tercer mundo particularmente en África y Latinoamérica. En este último caso, ha sido México el país en el que más se ha aplicado la FCPA en América Latina. La sección 78dd-1 de la FCPA señala que si un emisor de acciones o una empresa que está listada en la bolsa de valores de Nueva York o su agente, empleado, ejecutivo o director ofrecen pagar o pagan en alguna forma a un funcionario extranjero, a un partido

² CAMPBELL, Neil; Elisabeth, PRESTON y Jonathan O'HARA, *Foreign Corrupt Practices - The Growth and Limitations of Canadian Enforcement Activity*, 23 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 35, p 44 (2013).

³ Canada, Bill C-31, An Act to Amend the Criminal Code, the Corruption of Foreign Public Officials Act and the Identification of Criminals Act and to Make a Consequential Amendment to Another Act, 2nd Sess., 40th Parl., cl. 38 (2009) :

4. (1) Every person who commits an act or omission outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under section 3 [Bribing a Foreign Official] – or a conspiracy to commit, an attempt to commit, being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence under that section – is deemed to have committed that act or omission in Canada if the person is

(a) a Canadian citizen;

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2 (1) of the Immigration and Refugee Protection Act who, after the commission of the act or omission, is present in Canada; or

(c) a public body, corporation, society, company, firm or partnership that is incorporated, formed or otherwise organized under the laws of Canada or a province.

político o a un candidato de partido político a fin de influir en las decisiones de gobierno o de política económica, de tal manera que favorezca a dicha empresa, la misma o sus agentes o empleados, aun actuando en países como el Perú, deberán ser sancionados por las cortes de los Estados Unidos. La acción generalmente se inicia con una investigación y luego denuncia interpuesta por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. La Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos también se encarga de hacer cumplir dicha ley en cuanto se refieran a los emisores de acciones o valores. Según esto, dicha ley anti-corrupción se aplica a cualquier empresa, sin importar su nacionalidad, siempre y cuando sea un emisor de acciones y esté listada en la bolsa de valores de Nueva York. No se necesita que la empresa sea de los Estados Unidos. Por ejemplo, la ley se aplicaría a una empresa Peruana si esta se encuentra listada en la bolsa de Nueva York. La sección 78dd-1 de la FCPA señala lo siguiente:

Sección 78dd-1 [Sección 30A de la Ley de Valores y Bolsa de 1934]

Prácticas prohibidas de comercio exterior por parte de los emisores

a) Prohibición

Será ilícito que cualquier emisor que tenga una clase de valores registrados conforme a la sección 78l del presente título o que deba presentar informes en virtud de la sección 78o (d) del presente título, o que cualquier funcionario, director, empleado o agente de dicho emisor, o cualquier accionista de dicho emisor que actúe en su nombre, utilice el correo o cualquier medio o instrumento de comercio interestatal en forma corrupta a fin de promover una oferta, un pago, una promesa de pago o autorización del pago de cualquier suma, oferta, regalo, promesa de dar o autorización de dar cualquier cosa de valor a:

1) cualquier funcionario extranjero con el fin de:

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

B) inducir a dicho funcionario extranjero a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener algún negocio para alguna persona, o con ella, o para encaminar algún negocio hacia alguna persona;

2) cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido o cualquier candidato a un cargo político extranjero con el propósito de:

A) i) influir sobre cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a realizar u omitir un acto en infracción del deber legítimo de dicho partido, funcionario o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a que influya en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, o influir en él, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella; o

3) cualquier persona, a sabiendas que todo el dinero o parte del mismo o artículo de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o funcionario de ese partido, o a cualquier candidato a un cargo político extranjero, con el propósito de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato; (ii) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a realizar u omitir cualquier acto en infracción de los deberes legítimos de dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato; o (iii) obtener alguna ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político extranjero, funcionario de ese partido o candidato a utilizar su influencia ante un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar un acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicho emisor a obtener o retener negocios para una persona o con ella, o encaminar negocios hacia ella. (...) ⁴

⁴ Traducción al español provista por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ver Disposiciones contra el soborno y sobre libros y registros de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero

Actualizada por medio de la Ley Pública 105-366 (10 de noviembre de 1998), online: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-spanish.pdf>. El texto original en inglés también es provisto por dicho Departamento y es el siguiente:

§ 78dd-1 [Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934].

Prohibited foreign trade practices by issuers

(a) Prohibition

It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o (d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder

Asimismo, la sección 78dd-2 de la FCPA contiene el mismo principio señalado en la sección 78dd-1 pero aplicado a lo que llaman 'domestic concerns'. Este último se define como cualquier individuo, ciudadano o residente de los Estados Unidos, o empresa que tiene su principal lugar de operaciones en los Estados Unidos o que ha sido constituida bajo la ley de dicho país. La sección 78dd-2 de la FCPA prohíbe actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros cometidos por dichos 'domestic concerns' (individuos o empresas nacionales) :

Sección 78dd-2. Prácticas comerciales extranjeras prohibidas para empresas Nacionales

a) Prohibición

Será ilícito que cualquier empresa nacional, que no sea un emisor que está sujeto a la sección 78dd-1 del presente título, o que todo funcionario, director, empleado o agente de dicha empresa nacional o accionista de la misma que actúe en nombre de dicha empresa nacional, utilice en forma corrupta la correspondencia u otros medios o instrumentos de comercio interestatal para fomentar una oferta, pago, promesa de pago o autorización de pago de cualquier dinero, ofrecimiento donación, promesa de donación o autorización de dar cualquier cosa de valor a:

1) cualquier funcionario extranjero para fines de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero que actúe a título oficial, ii) inducir a dicho funcionario extranjero a realizar u omitir cualquier acto en infracción de su deber legítimo de funcionario, o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero a usar su influencia con un gobierno extranjero o instrumento del mismo con el fin de afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma;

2) cualquier partido político extranjero o funcionario del mismo o cualquier candidato a un puesto político extranjero con el objeto de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho partido, funcionario o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a realizar u omitir un acto en infracción de su deber legítimo de funcionario de dicho partido, funcionario o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho partido, funcionario o candidato a influir en un gobierno extranjero o instrumento del mismo a afectar o influir en cualquier acto o

thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in

decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma;

3) cualquier persona, a sabiendas de que todo ese dinero o cosa de valor, o parte del mismo, se ofrecerá, dará o prometerá, directa o indirectamente a cualquier funcionario extranjero, a cualquier partido político extranjero o

furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to

(1) any foreign official for purposes of—

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

(2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of—

(A) (i) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, (ii) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality.

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

(3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of—

(A) (i) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, (ii) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or (iii) securing any improper advantage; or

(B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

funcionario del mismo, o a cualquier candidato a cargo político extranjero, para fines de:

A) i) influir en cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato que actúe a título oficial; ii) inducir a dicho funcionario, extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato a realizar u omitir un acto en infracción de su deber legítimo de funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato; o iii) obtener cualquier ventaja indebida; o

B) inducir a dicho funcionario extranjero, partido político, autoridad del partido o candidato a influir en un gobierno extranjero o instrumento del mismo para afectar o influir en cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento, con el fin de ayudar a dicha empresa nacional a obtener o retener negocios para cualquier persona o con ella, o encaminar negocios a la misma. (...) ⁵

Es importante resaltar que tanto la sección 78dd-1 como la sección 78dd-2 de la FCPA no solo prohíben al emisor de acciones, individuos o empresas ('domestic concerns') sino también a sus ejecutivos, directores, empleados o agentes de cometer actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros. Así por ejemplo, la FCPA se aplicaría a un abogado Peruano que actuando como ejecutivo, director, empleado o agente de un emisor de acciones, individuo o empresa (en el sentido indicado en las secciones 78dd-1 y 78dd-2) comete actos de corrupción de funcionarios Peruanos. Por ejemplo, un abogado Peruano puede ser sujeto a dicha ley anticorrupción si actúa como ejecutivo, director, empleado o agente de una empresa no solo de los Estado Unidos sino también de Brasil, o aun de una empresa Peruana siempre y cuando dicha empresa emita acciones en o esta listada en la bolsa de valores de Nueva York o reside o haya sido constituida en los Estados Unidos. La siguiente sección discute un ejemplo reciente de cómo se aplica la FCPA a los abogados.

3. EL CASO TESLER

El caso Tesler ilustra el modo como la FCPA se aplica a abogados extranjeros involucrados en actos de corrupción fuera de los Estado Unidos. En el

⁵ Traducción al español provista por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ver Disposiciones contra el soborno y sobre libros y registros de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero

Actualizada por medio de la Ley Pública 105-366 (10 de noviembre de 1998), online: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-spanish.pdf>. El texto original en inglés también es provisto por dicho Departamento en su página de internet.

caso *United States of America vs. Jeffrey Tesler*,⁶ los Estados Unidos denuncian al abogado inglés Jeffrey Tesler por violación del FCPA. Tesler reside en Inglaterra y actuó como agente o representante de una empresa de los Estados Unidos y de un consorcio Americano integrado también por empresas Japonesas y Europeas. Las empresas que residían en los Estados Unidos estaban listadas en la bolsa de valores de Nueva York. Después de las investigaciones, se descubre que el abogado Tesler actuando como agente de dichas empresas soborno a varios funcionarios públicos del gobierno de Nigeria, África durante 1994 y el 2004 con el fin de conseguir contratos de obras públicas millonarios con un valor aproximado de 6 billones de dólares para dicha empresa Americana y el consorcio.⁷

El abogado Tesler vivía en Inglaterra y en marzo del 2011 fue extraditado a los Estados Unidos a pedido de una corte Americana.⁸ Después de varias negociaciones, el abogado Tesler aceptó su culpabilidad por los cargos de soborno bajo la FCPA de los Estados Unidos. Parte del acuerdo extra-judicial incluyó la obligación de devolver cerca de 150 millones de dólares que fue transferido a él y a una empresa fantasma⁹ que creó y funcionó en Portugal, la misma que captaba dicho montos pretendiendo recibir dinero como pago por servicios de marketing o de asesoría. Dicho dinero en realidad estaba destinado a pagar sobornos a funcionarios del gobierno de Nigeria. Era un proyecto gigantesco y se debe recordar que Nigeria es uno de los países productores de petróleo más grande del mundo. Por su parte, las empresas que fueron sancionadas fueron: Kellogg Brown & Root LLC con una penalidad de \$402 millones de dólares, Technip con \$240 millones de dólares y Snamprogetti Netherlands BV con \$240 millones de dólares.

⁶ 2011 WL 885362, United States District Court, S. D. Texas, (Settlement, March 11, 2011)

⁷ US Department of Justice, Marubeni Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay a \$54. 6 Million Criminal Penalty. \$1. 7 Billion in Total Penalties and Forfeiture Orders Obtained for Scheme to Bribe Nigerian Government Officials to Obtain Contracts (17 de Enero, 2012) <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-060.html> (describe el rol de Tesler en el pago de sobornos a funcionarios del gobierno de Nigeria tal como consta en los documentos judiciales).

⁸ Ibid.

⁹ Ibid. Ver también FAVA, Palmina M. *Strategies for Staying in Compliance with the FCPA and Other International Anti-Corruption Laws. International White Collar Enforcement*, 2012, Edition Leading Lawyers on Cooperating with Enforcement Agencies, Understanding New Laws, and Constructing Compliance Programs. Aspatore, Diciembre, 2011 (señala la obligación de Tesler de devolver dicho dinero como resultado de haber admitido su culpabilidad).

Es importante resaltar que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y después la Corte de Texas decidieron proceder a investigar y sancionar al abogado Tesler, un ciudadano inglés, no americano sobre actos de corrupción ocurridos en Nigeria no en los Estados Unidos como parte del proceso seguido contra empresas no solamente americanas sino también Europeas y japonesas. Este caso en realidad ilustra la manera como la FCPA de los Estados Unidos se aplica extraterritorialmente, es decir dicha ley anti-corrupción tiene un enorme alcance fuera de los Estados Unidos y claramente se podría aplicar a los abogados del tercer mundo involucrados en actos de corrupción en los términos indicados en dicha ley. Dada la presión internacional para aplicar de modo agresivo las leyes anti-corrupción de funcionarios públicos extranjeros, es de esperarse que leyes como la FCPA se apliquen más seguidas y más abogados que actúan como empleados o agentes de empresas para corromper funcionarios públicos sean sancionados en el futuro cercano.

El caso Tesler ilustra aplicación efectiva de la FCPA a los abogados y desafía la apatía de las instituciones dedicadas a vigilar la ética de los abogados en el tercer mundo. Como es sabido, los colegios de abogados son poco activos en esta área y generalmente son renuentes a publicar de modo regular la lista de abogados que han sido disciplinados por corrupción. Asimismo, las cortes y tribunales están ahogados en sus propios problemas de corrupción y los códigos de ética son buenos para el discurso pero carecen de poder coercitivo para cambiar conductas profesionales indeseables en la práctica. En este contexto, las leyes anti-corrupción de los países del primer mundo, como la FCPA, pueden contribuir a llenar el existente vacío regulatorio, y tener un efecto catalítico en el control de la corrupción de abogados del tercer mundo.

4. LA OPOSICIÓN DE LOS GRUPOS DE INTERÉS Y LA DENUNCIA A ABOGADOS DEL TERCER MUNDO ANTE AUTORIDADES DEL PRIMER MUNDO: EL CASO NEWMONT EN EL PERÚ

A pesar de los beneficios de las leyes anti-corrupción de los países del primer mundo para sancionar a abogados involucrados en corrupción, su aplicación puede no materializarse por la oposición o apatía ética de gobiernos y grupos profesionales locales. Asimismo, los gobiernos de los países del primer mundo, no obstante de contar con un marco regulatorio anti-corrupción superior al tercer mundo, enfrentan el dilema de aplicar dichas leyes de modo agresivo en gran parte por el temor de poner en desventaja a sus propias empresas debido a los procesos de corrupción y con ello afectar negativamente el crecimiento de sus economías. Esto ha hecho que muchos gobiernos del primer mundo tengan poca voluntad política de hacer cumplir

las leyes anti-corrupción, lo cual se ha manifestado típicamente mediante los escasos recursos asignados a las agencias encargadas de cumplir dichas leyes. Una consecuencia importante de este problema es la impunidad de abogados que, actuando como empleados o agentes, cometen actos de corrupción en países como el Perú.

El caso Newmont ilustra dichos problemas que enfrenta la FCPA debido a la presión de los diversos grupos de interés. El resultado generalmente es su inaplicación y, específicamente, la impunidad de los abogados involucrados en corrupción. Newmont es una empresa de los Estados Unidos y es el accionista mayoritario de la empresa minera Yanacocha que explota una de las minas de oro más grandes del mundo. En términos generales, el caso relata los esfuerzos de Newmont de lograr el control de la empresa minera Yanacocha y su lucha contra los inversionistas franceses y australianos entre los años 1997 y 2000. La lucha por el control llegó a los tribunales peruanos y tuvo entre sus actores principales la intervención de un ejecutivo americano de Newmont y la influencia del asesor presidencial peruano Vladimiro Montesinos. Se estima que hubo corrupción de varios jueces y abogados peruanos. Estos últimos aparentemente tuvieron un rol facilitador de la corrupción. Varios medios académicos y periodísticos así como algunos tribunales americanos se han referido significativamente al caso Newmont.¹⁰

Todas las fuentes señalan que el ejecutivo americano Lawrence T. Kurlander contratado por Newmont aproximadamente en el año 1997, vino al Perú en esa época para fortalecer la defensa de los intereses de Newmont en el contexto de la batalla judicial que libraba dicha empresa contra los accionistas franceses. Estos últimos querían vender parte de sus acciones a los Australianos y, obviamente, esto impediría el objetivo de Newmont de controlar la empresa Yanacocha. Esta lucha financiera y judicial llegó hasta la Corte Suprema del Perú. Por un lado teníamos a Newmont junto con su socio peruano Buenaventura y por otro lado estaban los franceses que querían de

¹⁰ Ver por ejemplo: PERLEZ, Jane y Lowell BERGMAN, "Tangled Strands in Fight Over Peru Gold Mine", *New York Times*, October 25, 2005, online: <http://www.nytimes.com/2005/10/25/health/25iht-web.1025gold2.complete.html>; Maugein v. Newmont Mining Corp., 298 F. Supp. 2d 1124 (D. Colo. 2004); NOBODY GETS HURT?, 41 *Georgetown Journal of International Law* 861 (2010); VEGA, Matt, "Balancing Judicial Cognizance and Caution: Whether Transnational Corporations are Liable for Foreign Bribery Under The Alien Tort Statute". 31 *Michigan Journal of International Law* 385 (2010); *The Curse of Inca Gold* (2005, a PBS Frontline-New York Times documentary) : <http://www.pbs.org/frontlineworld/stories/peru404/>; Youtube: Video (1: 46 min) : <http://www.youtube.com/watch?v=oGZPZ5vqOfA>; Wikipedia: <http://en.wikipedia.org/wiki/Yanacocha>.

alguna manera arruinar el plan de toma del control que tenía Newmont. En dicho contexto y durante los últimos años del gobierno de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, el señor Kurlander representando a Newmont juega un papel sumamente crítico en el resultado final de este conflicto. Según el *New York Times* y otras fuentes que incluyen un video,¹¹ el señor Kurlander reconoció que se reunió con el asesor presidencial condenado por corrupción, Vladimiro Montesinos, en 1998 con el fin de discutir el caso que estaba por resolverse ante la Corte Suprema del Perú y solicitar la intervención de Montesinos para que defienda los intereses de Newmont. El señor Kurlander ha señalado que se lamenta de haber sostenido dicha reunión. El reporte del *New York Times* señala lo siguiente:

The tapes captured everything from plotting to fix elections to shopping bags of money being unloaded for payoffs in Mr. Montesinos's office at the Peruvian National Intelligence Agency.

They captured Newmont's maneuverings, too. In one audio recording, the No. 3 Newmont executive at the time, Lawrence T. Kurlander, is heard offering to do a favor for Mr. Montesinos.

"Now you have a friend for life", Mr. Kurlander tells the spy chief.

"You have a friend for life also," Mr. Montesinos replies

(...)

As the secret tape rolls, Mr. Montesinos says he is aware of Mr. Kurlander's problems and is "very glad to do whatever I can for you".¹²

¹¹ PERLEZ, Jane y Lowell BERGMAN, "Tangled Strands in Fight Over Peru Gold Mine", *New York Times*, October 25, 2005, online: <http://www.nytimes.com/2005/10/25/health/25iht-web.1025gold2.complete.html>; republicado el 14 de Junio del 2010, online: http://www.nytimes.com/2005/10/25/international/americas/25GOLD.html?pagewanted=1&_r=1. Esta fuente y sus hallazgos sobre los actos de corrupción de Newmont en el Perú siguen siendo citados aprobatoriamente por fuentes más recientes. Ver por ejemplo KAMPHUIS, Charis, *Foreign Investment and the Privatization of Coercion: A Case Study of the Forza Security Company in Peru*. 37 *Brook. J. Int'l L.* 529, 549 (2012); ODELL, Carol, "Anti-corruption: A Realistic Strategy in Latin American Mining?" En SAGEBIEN, Julia y Nicole Marie LINDSAY, *Governance Ecosystems: CSR in the Latin American Mining Sector* (Palgrave Macmillan, 2011) p. 224. El video en el que se relata el encuentro entre los representantes de Newmont y el corrupto asesor presidencial V. Montesinos se encuentra disponible en el internet: <http://www.youtube.com/watch?v=oGZPZ5vqOfA>.

¹² PERLEZ, Jane y Lowell BERGMAN, "Tangled Strands in Fight Over Peru Gold Mine". *New York Times*, October 25, 2005, online: <http://www.nytimes.com/2005/10/25/health/25iht-web.1025gold2.complete.html>; republicado el 14 de Junio del 2010, online:

Luego de dicha reunión, el señor Montesinos se reunió con el vocal Jaime Beltrán Quiroga quien decidió finalmente el caso con su voto y con ello la Corte Suprema del Perú favoreció a Newmont en el control de la empresa Yanacocha.¹³ Se estima que varios abogados peruanos actuaron representando a las empresas en conflicto y es altamente probable que puedan haber estado involucrados en dichos actos de corrupción de jueces.

La ley anti-corrupción de los Estados Unidos, la FCPA, debió aplicarse al caso Newmont a la luz de los hechos indicados y dado que el señor Kurlander ha reconocido su reunión con Montesinos, asesor presidencial probadamente involucrado en actos de corrupción, a fin de influir en la decisión de los vocales de la Corte Suprema. Hay que recordar que el señor Kurlander fue un director ejecutivo de Newmont, una empresa que residía en Denver, US y por ello la FCPA habría sido aplicable. Más aun, la FCPA también debió aplicarse a los abogados Peruanos que actuando como empleados, ejecutivos o agentes de Newmont participaron en el caso para facilitar la corrupción o influencia indebida de los jueces peruanos.

El New York Times señaló en el 2005 que en base a dichas evidencias el Departamento de Justicia de los Estados Unidos inició una investigación de conformidad con la FCPA. Sin embargo, el Departamento de Justicia decidió no continuar con la investigación en el 2004 porque, según reporta el New York Times, el Gobierno Peruano no cooperó con la investigación para aplicar la FCPA:

(...) a Justice Department investigation into whether Newmont's victory resulted from bribing foreign officials was dropped after the Peruvian Government failed to cooperate fully and the statute of limitations expired, according to law enforcement officials familiar with the case. The Peruvian Government investigated the Yanacocha affair without bringing charges.¹⁴

Si lo que dice el New York Times es literalmente cierto y parece que sí, porque hay tantas fuentes en esa dirección, estaríamos claramente ante un caso en el que nuevamente no parece haber un compromiso serio de la comunidad jurídica o de un sector de la comunidad jurídica y del Gobierno Peruano de eliminar la corrupción y promover la ética y responsabilidad social de los abogados. La responsabilidad social de los abogados muchas veces requiere actividades de asistencia social o caridad, pero sería inconsistente desligarla

<http://www.nytimes.com/2005/10/25/international/americas/25GOLD.html?pagewanted=1&r=1>

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

de los actos de corrupción cometidos por los propios abogados. Es difícil hablar seriamente de responsabilidad social si los abogados nos resistimos a la aplicación de leyes anti-corrupción y códigos de ética. Como lo dijo el *New York Times*, la investigación del caso Newmont alrededor del 2004 se truncó debido a la falta de colaboración o tal vez oposición de un sector de abogados Peruanos o de los gobiernos. Queda claro que hubo resistencia.

El caso Newmont en el Perú ilustra la posible ineficacia de las leyes anti-corrupción como la FCPA de los Estados Unidos en países del tercer mundo. El caso Newmont en el Perú demuestra que, a pesar de las evidencias de corrupción en el que puede haber estado involucrado la empresa y sus abogados, las investigaciones de conformidad con la FCPA se truncaron debido a la presión de los grupos de interés y la renuencia de los gobiernos. Newmont es accionista mayoritario de Yanacocha y su caso ejemplifica como una empresa transnacional empeora el deterioro de las instituciones y la ética del abogado en países del tercer mundo y sugiere la necesidad de que la inversión extranjera también incluya en su responsabilidad social un compromiso de no agravar las instituciones y la ética en los países en que invierten.

Este problema ha persistido y crece en el tercer mundo. Un reporte del 2012 en el *New York Times* que ha ganado el prestigioso premio periodístico Pulitzer presenta evidencias de que Wal-Mart México pago aproximadamente \$24 millones en sobornos masivos para obtener licencias a fin de expandir sus tiendas a lo largo de México.¹⁵ Los actos de soborno fueron descubiertos en el 2005 pero los ejecutivos de la empresa decidieron ocultar los hechos a pesar de las pruebas y no notificaron a las autoridades pertinentes. Según dicha investigación, abogados mexicanos ayudaron a Wal-Mart a tramitar las licencias en base a sobornos. Los abogados mexicanos Pablo Alegria con Alonso y José Manuel Aguirre Juarez, fueron los gestores de los pagos indebidos y habrían recibido \$8. 5 millones de Wal-Mart para dichas gestiones.¹⁶ Se cree, además, que Wal-Mart haya cometido similares actos de corrupción en China, Brasil y la India. El Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora del Mercado

¹⁵ BARSTOW, David y Alejandra XANIC VON BERTRAB, "The Bribery Aisle: How Wal-Mart Got Its Way in Mexico". *New York Times* (December 17, 2012), online: http://www.nytimes.com/2012/12/18/business/walmart-bribes-teotihuacan.html?pagewanted=all&_r=0

¹⁶ BARSTOW, David, "Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart after Top-Level Struggle". *New York Times* (April 21, 2012), http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?pagewanted=all&_r=1&Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle

de Valores (Securities and Exchange Commission) de los Estados Unidos están investigando la posible violación de la ley anti-corrupción FCPA.

Un modo de doblegar la oposición de los grupos de interés y de los gobiernos del primer y tercer mundo a la aplicación efectiva de la FCPA es otorgarle el derecho de accionar a grupos de interés público del tercer mundo para poder denunciar a sus abogados directamente ante los tribunales de los Estados Unidos.¹⁷ Sin embargo, esta opción es bastante problemática desde la perspectiva del tercer mundo. Las cortes de los Estados Unidos actualmente siguen el precedente establecido en 1990 en el caso *Lamb v. Phillip Morris Inc.*¹⁸ en el cual se estableció que la FCPA no permite el derecho de accionar privadamente. Aun cuando existen opiniones académicas contrarias,¹⁹ lo cierto es que existe dicho precedente judicial y cualquier cambio requerirá nuevas decisiones judiciales o leyes que reformen la FCPA así como más debate académico. Esto impone en el corto plazo una barrera legal muy seria a cualquier intento de los grupos de interés público del tercer mundo de accionar privada y directamente ante las cortes de los Estados Unidos. Pero también existen otras barreras no legales que impedirían la eficacia del accionar de los grupos de interés público del tercer mundo. La efectividad de tal derecho de accionar directamente ante tribunales del primer mundo requiere la existencia de grupos locales de interés público financieramente sólidos para sostener un litigio costoso en contra de empresas transnacionales y sus abogados. Piénsese en el costo y complejidad de la recopilación de pruebas y demás evidencias de corrupción. La tarea puede ser compleja, excesivamente onerosa, ardua y

¹⁷ La idea de dar al público el derecho de accionar privadamente por actos de corrupción como solución a las fallas del gobierno en hacer cumplir la FCPA ha sido planteada con anterioridad aunque de modo general y no en el contexto de los problemas de corrupción de abogados en el tercer mundo. Ver por ejemplo Daniel PINES, *Amending the Foreign Corrupt Practices Act to Include a Right of Private Action*, 82 Cal. L. Rev. 185 (1994). Más aun, los actos de corrupción de las empresas han provocado en la practica acciones o demandas privadas contra las mismas por parte de sus accionistas. Este ha sido el caso de las investigaciones por corrupcion contra Wal-Mart la misma que ha resultado en varias acciones privadas de sus accionistas contra sus gerentes y directores. Ver por ejemplo CLIFFORD, Stephanie, "Pension Plan Sues Wal-Mart Officials Over Failures", *New York Times* (May 3, 2012), http://www.nytimes.com/2012/05/04/business/pension-plan-sues-wal-mart-over-bribery-case.html?_r=2.

¹⁸ 915 F. 2d 1024, 1024 (6th Cir. 1990). Varios autores han concordado con dicha decisión judicial. Ver por ejemplo FRICK, Shane, "Ice Capades: Restitution Orders and the FCPA". 12 *Richmond Journal of Global Law and Business* 433, 451 (2013)

¹⁹ Ver por ejemplo MARK, Gideon, *Private FCPA Enforcement*, 49 Am. Bus. L. J. 419 (2012).

prolongada a lo largo de varios años, lo cual no hace sino crear desincentivos en contra del activismo de los grupos de interés público.

En su lugar, el activismo de los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo puede estar dirigido hacia los reguladores del mercado encargados de hacer cumplir las leyes anti-corrupción como la FCPA. Dichos grupos y organizaciones de interés público pueden tomar la iniciativa de plantear quejas contra abogados involucrados en corrupción ante el Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora de Valores de los Estados Unidos. Asimismo, podrían colaborar con las investigaciones de dichos reguladores Americanos acopiando información relevante y presentando evidencias. Esta ha sido la función que ha cumplido, por ejemplo, el New York Times en los casos Newmont y Wal-Mart presentando evidencias de corrupción, exponiendo los casos a la audiencia global y con ello provocando investigaciones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Similares funciones podrían cumplir grupos u organizaciones de interés público en los países del tercer mundo tales como las facultades de derecho y ONG's. Más aun, dichos grupos pueden presionar a sus gobiernos para que interpongan quejas ante las autoridades extranjeras encargadas de hacer cumplir las leyes anti-corrupción cuando así lo ameriten los casos. Del mismo modo, pueden solicitar a sus gobiernos iniciar las gestiones ante dichas autoridades para buscar compensación por los daños causados por la corrupción en sus países.

Asimismo, los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo activos en la lucha contra la corrupción de abogados deberían tener derecho a recibir una porción de las penalidades financieras o montos recuperados que paguen las empresas o abogados en los acuerdos extrajudiciales sobre corrupción a los que se lleguen ante el Departamento de Justicia o la Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos.²⁰ Generalmente estas últimas retienen las penalidades financieras que se pagan en estos casos, y las víctimas y el país afectado no reciben compensación por el daño ocasionado por los actos de corrupción en general y en particular por los ocasionados por los abogados. Un acto de corrupción en un país del tercer mundo no solo puede dañar el interés económico y no económico de un ciudadano sino también afecta negativamente la eficiencia y transparencia de los gobiernos locales, sus políticas de servicio o interés público y destruyen la ética y buenas

²⁰ Algunos académicos ya han sostenido que en ciertos casos el dinero derivado de las sanciones por corrupción conforme a la FCPA no debería quedarse en manos del gobierno de los Estados Unidos. Ver por ejemplo KOEHLER, Mike, *Is ICE a Victim? And an Open Question!*, *FCPA Professor* (May 25, 2011). [Http://www.fcprofessor.com/is-ice-a-victim-and-an-open-question](http://www.fcprofessor.com/is-ice-a-victim-and-an-open-question)

costumbres de la profesión legal. Este daño deber ser resarcido para evitar el empeoramiento del estado de derecho, las instituciones y la pobreza en los países del tercer mundo. Sin embargo, dichas penalidades financieras generalmente se quedan en los países del primer mundo y no regresan a resarcir el daño causado en el tercer mundo.

Al recibir parte de las penalidades financieras que se pagan por corrupción, los grupos u organizaciones de interés público comprometidos en la lucha contra la corrupción de abogados deben quedar obligados a usar dichos fondos para compensar a las victimas individuales e implementar programas de compensación a los gobiernos afectados y de reconstrucción de la ética y responsabilidad social de los abogados. Por ejemplo, pueden implementar programas de información y concientización de las políticas y prácticas de anti-corrupción y la formación ética de los abogados. Más importante aún, los fondos también deben destinarse a investigar más casos de corrupción de abogados, interponiendo las quejas ante los organismos extranjeros correspondientes e informando de los resultados e involucrando a la ciudadanía en la denuncia y presentación de evidencias.

La reciente iniciativa del *Socio-Economic Rights and Accountability Project* (SERAP), una ONG de Nigeria, ilustra en cierta medida el potencial de los grupos de interés público del tercer mundo en contribuir a la eficacia a nivel global de las leyes anti-corrupción del primer mundo. En el 2012, SERAP solicito a la Comisión Reguladora del Mercado de Valores (Securities and Exchange Commission) de los Estados Unidos, uno de los organismos encargados de hacer cumplir la ley anti-corrupción FCPA, establecer un proceso para el pago de todo o parte de las penalidades financieras o de los montos recuperados a favor de los gobiernos extranjeros o ciudadanos victimas de corrupción, con el objetivo de resarcir el daño múltiple causado en países como Nigeria.²¹ En el 2011, SERAP ya había pedido con urgencia al gobierno de Nigeria que busque compensacion contra las empresas transnacionales que habían sido encontradas culpables en los Estados Unidos por actos de corrup-

²¹ SERAP, <http://serap-nigeria.org/escrs-corruption-in-nigeria/>. Ver también Letter from SIERCK, Alexander W., Volunteer, SERAP, to Robert S. Khuzami, Dir., Enforcement Div., U. S. Sec. and Exch. Comm'n 4 (2012), <http://www.mediafire.com/?kkg0xg8bmwjy4aa>; SIERCK, Alexander W., "African NGO Asks for Distribution of FCPA Recoveries". FCPA Blog (Mar. 16, 2012), <http://www.fcpablog.com/blog/2012/3/16/african-ngo-asks-for-distribution-of-fcpa-recoveries.html>; Benjamin Kessler, Giving Back to the Victims, FCPA Blog (May 2, 2012), <http://www.fcpablog.com/blog/2012/5/2/giving-back-to-the-victims.html>; FRICK, Shane, "Ice Capades: Restitution Orders and the FCPA". *12 Richmond Journal of Global Law and Business* 433, 451-452 (2013)

ción cometidos en Nigeria.²² Debe recordarse que el gobierno de los Estados Unidos generalmente retiene los montos de las penalidades financieras que pagan las empresas involucradas en corrupción como parte de la resolución extrajudicial de las investigaciones por violación de la ley anti-corrupción FCPA. SERAP también solicitó que diversos grupos de la sociedad civil que tengan objetivos de interés público tanto en Nigeria como en los Estados Unidos sean elegibles para recibir dichos fondos. Asimismo, sugirió que también dichos fondos pueden ser utilizados para financiar proyectos en beneficio de los países extranjeros afectados por la corrupción sujeto a cierto control anti-corrupción para evitar su mal uso.²³

La Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos considero la propuesta y meses después solicitó una reunión con SERAP a fin de discutir la implementación de la propuesta para establecer un proceso eficiente caso por caso para el pago de parte o todo de las penalidades financieras o montos que se recuperen a favor de los gobiernos o ciudadanos extranjeros afectados por la corrupción como lo es Nigeria.²⁴ Este caso ha generado un precedente sumamente positivo en la forma como los grupos de interés público del tercer mundo pueden involucrarse en el impacto global de las leyes anti-corrupción de países como los Estados Unidos.²⁵ Este caso representa un avance extraordinario que se inició en el 2007 cuando a raíz de la violación de la FCPA en Kazakhstan se llegó a un acuerdo entre los Estados Unidos, Suiza y Kazakhstan para que el dinero derivado del soborno a funcionarios del go-

²² COHEN, Marcus; David ELESINMOGUN y Obumneme EGWUATU, "Will Nigeria Take Another Bite?". The FCPA Blog (Aug 4, 2011), online at <http://www.fcpcablog.com/blog/2011/8/4/will-nigeria-take-another-bite.html> (discutiendo el pedido de SERAP hecho el 2 de Agosto del 2011 ante el Economic and Financial Crimes Commission de Nigeria); Chinyere AMALU, Bribery: SERAP Asks EFCF to Seek Damages Against Halliburton, Others (Leadership Mar 8, 2011), online at http://www.leadership.ng/nga/articles/3165/2011/08/03/bribery_serap_asks_efcc_seek_damages_against_halliburton_others.html; Andrew S. BOUTROS & T. Markus FUNK, "Carbon Copy". *Prosecutions: A Growing Anticorruption Phenomenon in A Shrinking World*, University of Chicago Legal Forum 259, 271-272 (2012)

²³ SERAP, <http://serap-nigeria.org/escrs-corruption-in-nigeria/>

²⁴ SERAP, <http://serap-nigeria.org/escrs-corruption-in-nigeria/>. Ver también KESSLER, Benjamin, "Giving Back to the Victims", FCPA Blog (May 2, 2012), <http://www.fcpcablog.com/blog/2012/5/2/giving-back-to-the-victims.html> (describe el interés de dicha Comisión en considerar la propuesta de SERAP).

²⁵ FRICK, Shane, "Ice Capades: Restitution Orders and the FCPA". *12 Richmond Journal of Global Law and Business* 433, 452 (2013) (señala que la propuesta de SERAP es un buen paso en la dirección correcta y el rol de una ONG en distribuir la compensación a las víctimas puede ser una mejor solución).

bierno de Kazakhstan cometido por un banco de New York se entregara a una ONG de Kazakhstan con el fin de beneficiar a niños en estado de pobreza.²⁶

El activismo de los grupos u organizaciones de interés público en la forma de interposición de quejas, colaboración en las investigaciones, compensación de las víctimas y la implementación de programas para restaurar la ética de los abogados tiene además una importancia política en la lucha contra la corrupción a nivel global. No solo puede generar más precedentes judiciales o extrajudiciales y forzar la aplicación de las leyes anti-corrupción en los países del tercer mundo rompiendo con la oposición de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos. También puede contribuir a crear una mayor presión pública en los países del primer mundo, a fin de que sus gobiernos sean consistentes con su deber de evitar la destrucción de las instituciones y el empobrecimiento de los países del tercer mundo en los cuales sus empresas invierten.

Algunos críticos podrían sostener que, a pesar de esos beneficios, esto resultaría en un incremento de casos contra empresas extranjeras que invierten en países del tercer mundo generando serios desincentivos para la inversión extranjera. Perseguir y penalizar financieramente a empresas transnacionales por corrupción podría provocar una fuga de capitales y perjudicar la economía de los países del tercer mundo.²⁷ Sin embargo, no se puede desdeñar el daño económico e institucional de corto y largo plazo que las empresas causan con la corrupción y el deber de los países del tercer mundo de proteger la integridad ética e institucional de sus sociedades y detener su empobrecimiento. Por otro lado, la lucha contra corrupción de las empresas ha adquirido un nivel global y casi todos los países del primer mundo cuentan con leyes anti-corrupción que vienen cumpliendo agresivamente a lo largo del mundo. Esto, sin duda, está creando reglas éticas comunes para todas las empresas y en todos los países, con lo que el argumento del ‘desincentivo de la inversión extranjera’ por causa de la lucha agresiva contra la corrupción en el tercer mundo pierde valor.

²⁶ U. S. Department of Justice, New York Merchant Bank Pleads Guilty to FCPA Violation; Bank Chairman Pleads Guilty to Failing to Disclose Control of Foreign Bank Account (Aug. 6, 2010), <http://www.justice.gov/opa/pr/2010/August/10-crm-909.html>

²⁷ Ver por ejemplo COHEN, Marcus; David ELESINMOGUN, y Obumname EGWUATU, “Will Nigeria Take Another Bite?”. The FCPA Blog (Aug 4, 2011), online at <http://www.fcpcablog.com/blog/2011/8/4/will-nigeria-take-another-bite.html> (presentan estos problemas en el contexto de los actos de corrupción cometidos por transnacionales en Nigeria).

5. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha discutido las leyes de Estados Unidos y Canadá contra la corrupción de funcionarios extranjeros cometidos por sus ciudadanos y empresas fuera de sus fronteras. Específicamente, este artículo se ha concentrado en la posibilidad de denunciar a los agentes de dichas empresas o ciudadanos los cuales pueden ser abogados que actúan en representación de las mismas y que cometen actos de corrupción. El caso Tesler ejemplifica la posibilidad de denunciar a abogados extranjeros. En dicho caso, Tesler es un abogado inglés que actuó como agente de una empresa de los Estados Unidos con el fin de pagar sobornos a funcionarios del gobierno de Nigeria. Tesler fue extraditado a Estados Unidos y sancionado. Este caso genera un buen precedente para denunciar a abogados del tercer mundo ante tribunales extranjeros que actúan como agentes de empresas de los Estados Unidos y en tal capacidad cometen actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros.

Sin embargo, los gobiernos de dichos países no tienen una seria voluntad política de implementar dichas leyes anti-corrupción en contra de sus propias empresas. Asimismo, los gobiernos y abogados locales tienden a no colaborar con las investigaciones y suelen oponerse a la aplicación de dichas leyes. Con ello, la posibilidad de denunciar a abogados peruanos ante tribunales extranjeros por actos de corrupción puede no materializarse en la práctica. Por ello, este trabajo también ha sostenido que los grupos u organizaciones de interés público del tercer mundo pueden contribuir a reducir la resistencia de los grupos de interés y la apatía de los gobiernos, si toman la iniciativa de interponer quejas directamente ante el Departamento de Justicia y la Comisión Reguladora del Mercado de Valores de los Estados Unidos por casos de corrupción de abogados. Asimismo, pueden colaborar en las investigaciones, la compensación de las víctimas y la implementación de programas para restaurar la ética de los abogados. Esto no solo puede generar más precedentes judiciales, y controlar mejor la corrupción de abogados en el tercer mundo, y corregir las contradicciones de la práctica de la caridad social y la corrupción simultánea; sino también contribuye a crear una mayor presión pública en los países del primer mundo, a fin de que sus gobiernos sean consistentes con su deber de evitar la destrucción de las instituciones y el empobrecimiento de los países del tercer mundo en los cuales sus empresas invierten. Este artículo encuentra méritos en dicha propuesta pero se requiere una elaboración más detallada lo cual puede ser materia de otro trabajo de investigación en el futuro cercano.

