

Universidad de Belgrano
Maestría en Derecho Penal

Tesis: El delito de soborno transnacional

Autora: Cecilia Patricia INCARDONA

Tutor: Doctor Gabriel PÉREZ BARBERÁ

Carrera 1324

Matrícula 213

ID 27295

Índice	
Introducción.....	3
Capítulo I: El origen del soborno transnacional. Su conexión con el derecho internacional contra las prácticas corruptas.....	5
I.Origen del delito de soborno trasnacional	5
II.Los tratados internacionales contra la corrupción	9
II.a. La OCDE y la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales	11
II.b. La Organización de Estados Americanos y la Convención Interamericana Contra la Corrupción	24
II.c. ONU y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción	33
III. Los instrumentos internacionales contra la corrupción en la legislación argentina	39
III.a. La Convención Interamericana contra la Corrupción en la legislación argentina	41
Primera Ronda.....	45
Segunda Ronda.....	46
Tercera Ronda.....	46
Cuarta Ronda	46
Quinta Ronda.....	47
III.b. La Convención OCDE en la legislación argentina	49
III.c La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en la legislación argentina	54
IV.a. Antecedentes.....	58
IV.b. Tipificación actual	59
CAPÍTULO 2: La Criminalidad transnacional en el contexto de actividades estatales y comerciales	62
I. La corrupción como componente central del soborno transnacional ..	62
II. Por qué castigar el soborno transnacional	71
II. a La incorrección moral del soborno.....	76
II.b El soborno trasnacional genera un daño.....	81
II.c. Síntesis	86
Conclusiones generales	87
Bibliografía	94

Introducción

El soborno transnacional es una figura penal relativamente reciente en nuestro país que, si bien responde a movimientos criminológicos surgidos en la década de 1970, adquirió protagonismo a partir de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales suscripta el 21 de noviembre de 1997, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (en adelante OCDE).

Este Convenio tuvo como finalidad crear reglas comunes para que las empresas multinacionales respetaran, entre otros puntos, la libre competencia y obligó a los Estados a tipificar como delito el cohecho activo de agentes públicos extranjeros e internacionales en las transacciones comerciales.

Se trató del único instrumento internacional que centra sus preocupaciones exclusivamente en el soborno transnacional, pues sostiene que sobornar a funcionarios públicos para obtener ventajas en el comercio internacional, socava la gobernabilidad, el crecimiento económico y la competitividad en los mercados.

Nuestro país, a partir de su aprobación, mediante la ley 25.319¹, se obligó a tipificar el delito de cohecho activo a un funcionario público extranjero y a tomar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que lo cometan.

A pesar de que transcurrieron casi veinte años desde la sanción de aquella norma, existen pocos estudios locales que aborden las complejidades de este delito y sus implicancias.

Aquí se analizará la figura desde el punto de vista conceptual, no exclusivamente desde el derecho positivo, y se intentará responder por qué es legítimo castigar el soborno transnacional, desde una mirada del bien jurídico y desde el concepto de ilicitud material.

En ese sentido se intentará responder cuál es el daño que produce el delito y en qué consiste su incorrección moral, pues con su comisión se afectan normas básicas de la sociedad y por eso es legítimo que se castigue este delito, para lo cual es necesario, por ejemplo, repensar los principios tradicionales que regulan el ámbito espacial de la aplicación de la ley penal,

¹ B.O. 18/10/2000.

en tanto claramente se trata de conductas que trascienden las fronteras soberanas de los Estados.

En primer lugar, se abordará la significativa importancia del delito de soborno transnacional, en tanto provocó el nacimiento de un movimiento mundial con miras a perseguir y prevenir actos de corrupción, dando lugar a la celebración de varios tratados internacionales sobre la materia. En este primer capítulo del trabajo reseñamos cómo ocurrió la primera tipificación en el mundo y cuáles fueron las consecuencias políticas posteriores.

Luego, se describirá la recepción en Argentina y las sucesivas reformas que sufrió la figura, principalmente debido a la presión de los organismos internacionales.

El tercer capítulo abordará la justificación moral de la criminalización del soborno (activo) transnacional.

Capítulo I: El origen del soborno transnacional. Su conexión con el derecho internacional contra las prácticas corruptas

I. Origen del delito de soborno trasnacional

Durante la década de 1970 en Estados Unidos de América se conocieron varios casos de corrupción transnacional que desembocaron en la sanción de la ley llamada "Foreign Corrupt Practices Act" (en adelante FCPA), adoptada durante la presidencia de James Earl Carter Jr., en 1977.

Esta norma, con la finalidad de proteger la libre competencia, persigue penalmente, entre otras conductas, los actos de corrupción de funcionarios llevados a cabo por ciudadanos norteamericanos no sólo en el territorio de aquel país, sino incluso en otros países. También se dirige contra la corrupción de funcionarios, políticos o candidatos políticos en el exterior. Incluso persigue a extranjeros que hayan cometido estas conductas en otro país, en el marco de actividades competitivas de empresas norteamericanas, conocido como principio de los "efectos en el mercado nacional".

Uno de los hechos de corrupción más emblemáticos de ese tiempo, fue el famoso caso Watergate, que condujo a la renuncia del Presidente Richard Nixon en 1974.

El suceso se desencadenó por un problema de financiamiento político, pues la irrupción clandestina en las oficinas del partido demócrata, fue financiada por el comando de la campaña republicana pero, además, reveló toda una serie actuaciones del gobierno de Nixon para poner a su servicio a la Securities and Exchange Commission (SEC) y el Internal Revenue Service, encargados respectivamente de la supervisión de las operaciones de bolsa y de la administración impositiva. La primera para que mantenga una actitud complaciente frente a los desembolsos de compañías norteamericanas para las campañas electorales nixonianas, especialmente la reelección de 1972, y la segunda para que ceda a presiones políticas para emplear información impositiva como medio de presión y represalia política contra los adversarios del gobierno, hasta llegar, incluso, a constituir una sección especial para tal fin.

La investigación determinó la interconexión entre asuntos al parecer dispares (los desembolsos de las empresas para las campañas y la utilización de información impositiva para desactivar adversarios) pues los fondos destinados para el financiamiento de operaciones electorales legales o ilegales internas se encontraban depositados en cuentas "off shore" que también se utilizaban para los sobornos de las multinacionales en el exterior.²

Se descubrió, además, que algunas compañías locales sobornaban a partidos políticos y funcionarios públicos de otros países.

De hecho, al caso del expresidente Nixon, se sumó con posterioridad el que involucró a varios funcionarios japoneses y la multinacional Lockheed Corporation por un pago ilícito de 25 millones de dólares para asegurar la compra de aviones.

En 1974 una investigación a cargo de la SEC reveló que 360 compañías estadounidenses hicieron pagos discutibles o ilegales a funcionarios públicos y a partidos políticos extranjeros por un monto estimado superior a los 300 millones de dólares. Dado el rol fundamental de las multinacionales dentro de la política económica y exterior de aquel país, esto podía resultar altamente nocivo.³

Fue así como, con la intención de recuperar el prestigio y la autoridad moral tanto en la política internacional como en la propia clase política y empresarial de ese país, se impulsó la adopción de la "Foreign Corrupt Practices Act".⁴

La ley, como dijimos, estableció que las empresas estadounidenses, sus directivos, empleados, o agentes que actuaran en su nombre, que hubieran ofrecido, autorizado o dado un pago, en dinero o especie, a

² NJAIM, Humberto. *Corrupción Política*, Biblioteca Católica Digital, 1997, p. 4. Sitio web: http://www.mercaba.org/FICHAS/Capel/corrupcion_politica.htm; (visitado el 6/5/2013). En agosto de 1974 Nixon renunció cuando su procesamiento fue recomendado por el Comité Judicial. Se lo acusó de haber obstruido a la Justicia de distintas formas, mediante falso testimonio, ocultando evidencias y aconsejando a testigos para que declaren falsamente. Un mes más tarde su sucesor, Gerald Ford, lo indultó de todos los delitos que pudiera haber cometido durante su mandato.

³ KOCHI, Shigeru. *Diseñando Convenciones para Combatir la Corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las Relaciones Internacionales*. Ediciones Universidad de Salamanca. Revista América Latina Hoy, nº 31, 2002, p. 99. sitio web: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/1130-2887/article/viewFile/2372/2420 (visitado el 7/5/201).

⁴ BENITO SANCHEZ, Delmesa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Lustel, Madrid, 2012, p.55.

funcionarios o políticos extranjeros para que actúen o para que ejerzan influencia para que otros actúen, con el propósito de lograr o mantener algún acuerdo mercantil serían sancionadas con penas de multa de hasta diez mil dólares para personas naturales y hasta un millón de dólares para personas físicas, y prisión de hasta cinco años; siempre y cuando las partes hubieran: a) actuado “corruptamente”, esto es, voluntariamente, con la intención de cometer un acto ilegal; b) conocieran o tuvieran razones para conocer que el pago se destinaría a la consecución de un negocio, y c) utilizaran en la ejecución de la acción corrupta el correo o cualquier otro medio de comercio interestatal.⁵

La norma provocó que, durante varios años, las compañías de Estados Unidos quedaran en desigualdad con empresas competidoras de otros países en donde no existía una ley similar. Los grupos empresarios llevaron a que el gobierno de ese país intentara en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas la firma de un tratado internacional contra pagos ilícitos, con el objetivo de poner fin a esa situación desventajosa.

Estas pretensiones no tuvieron aceptación hasta entrada la década de 1990. La razón de esta postergación pudo deberse a que durante las décadas de 1970 y 1980, el problema de la corrupción transnacional no ocupó un lugar central en la agenda estatal de la comunidad internacional.⁶

Tampoco la economía mundial había comenzado el proceso de globalización y por eso se mostraba reticente a discutir una norma que atacara el soborno transnacional, en razón que la persecución de ese delito podía diluir los límites soberanos de cada Estado e implicaba, además, la necesaria cooperación entre países.

⁵ La ley además imponía a las empresas que llevaran libros de contabilidad que reflejaran adecuadamente las operaciones y transacciones mercantiles con el fin de evitar la constitución de “fondos opacos” para pagar sobornos. Esta ley recibió severas críticas que provocaron que sea modificada por la *omnibus trade and competitiveness act* (OTCA), que eliminó ciertas vaguedades, mejoró la técnica legislativa, pero en términos generales dejó incólume la FCPA. Cfr. MALEM SEÑA, Jorge F. *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa. S.A. Barcelona, 2002, p 190.

⁶ SARTHOU, Nerina. *Instrumentos Internacionales contra la Corrupción. Análisis del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción como instancia de rendición de cuentas*. Tesis de Licenciatura en Relaciones Internacionales, Facultad de Humanidades. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, 2007. Ejemplar Mimeo.

De hecho, la legislación norteamericana no fue seguida por ningún otro país, además de ser criticada por el mercado mundial.

Ya durante la administración de Clinton, las empresas multinacionales ejercieron una fuerte presión política para la suscripción de un tratado internacional para penalizar la corrupción, cuyo objetivo era instaurar un terreno de juego nivelado sobre el que realizar las transacciones comerciales internacionales y en el que pudieran participar en las mismas condiciones los competidores de otros países.

Recién después de dos décadas del dictado de la FCPA, en 1996, la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción; y en el año 1997, se suscribió, en la Organización de Cooperación Internacional, (en adelante OCDE), el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, sobre los que nos detendremos más adelante.

Estos instrumentos, dieron nacimiento a un verdadero orden jurídico internacional contra la corrupción.

El impulso mundial encarado por los Estados Unidos, como dijimos, tuvo como principal objetivo equilibrar las reglas de juego en las transacciones económicas internacionales.

La estandarización de los regímenes penales y tributarios de otros países mediante la incorporación de la figura del soborno de funcionarios públicos extranjeros y la prohibición de deducción de cargas impositivas derivadas de sobornos pagados en el exterior, permitió a los Estados Unidos nivelar el campo de juego de la expansión del capital, propósito por excelencia de un modelo de Estado moderno y capitalista.⁷

En definitiva, el delito de soborno a funcionarios públicos extranjeros provocó el nacimiento de una verdadera política criminal desde los organismos internacionales, cuyo objetivo fue luchar contra la corrupción.

⁷ COLOMBO, Marcelo/ HONISCH, Paula. *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 31.

La FCPA fue reformada por el Congreso en 1988 para eximir a los “pagos facilitadores” y nuevamente en 1998 para hacerla compatible con la Convención OCDE. La ley, en definitiva, convierte en delito que una empresa de los Estados Unidos pague sobornos para obtener negocios en el extranjero, y pune tanto a la empresa como a los funcionarios. Otras disposiciones aplicadas por la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) referidas al modo de llevar la contabilidad y los registros, se aplican solamente a las empresas que cotizan en la bolsa de los Estados Unidos; pero se extiende a todas ellas, ya sean nacionales o extranjeras.⁸

II. Los tratados internacionales contra la corrupción

La gran mayoría de los organismos internacionales como las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la OCDE, adoptaron en la década de 1990 medidas globales, que incluyeron acuerdos y estrategias tanto preventivas como punitivas para reducir la corrupción.

Este impulso, como dijimos fue promovido por Estados Unidos, que deseoso por reactivar su economía y extenderla hacia otros mercados, en especial emergentes, pregonó reglas de juego más justas, debido a la desventaja que significaba para ellos tener una legislación como la FCPA.

La política exterior de aquel país se concentró en abordar la demanda de actos de corrupción y no tanto su oferta, y por esa razón arropó el concepto de soborno transnacional en primera plana, ya que se entendía que el mayor problema que padecían las empresas estadounidenses era que en los mercados emergentes de países en desarrollo estaba generalizada la práctica de aceptar o demandar gratificaciones por parte de los funcionarios públicos de esos países.

La promoción de esta agenda anticorrupción impactó en casi todos los organismos regionales, especialmente desde el Banco Mundial. Desde allí se comenzó a fijar, como condición para aprobar préstamos, la puesta en práctica de políticas para eliminar la corrupción, y de ese modo ejercieron

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan/ PALIFKA, Bonnie. *Corrupción y Gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 482.

presión sobre los gobiernos nacionales para que incorporaran el tema en su agenda, es decir, que contenían cláusulas anticorrupción.⁹

Tales políticas decantaron en regímenes jurídicos expandidos homogéneamente en el mundo, basados en consensos que reflejaban estándares acordados en el seno del G7, pero siempre teniendo como actor principal a Estados Unidos.

La implementación de aquéllos fue impulsada desde la OCDE y luego diseminada por las Naciones Unidas ONU y las organizaciones internacionales regionales como la Unión Europea (UE) y la Organización de Estados Americanos (OEA); cada uno, por supuesto, en la medida de sus posibilidades e intereses.¹⁰

En este sentido, y si bien la iniciativa más importante fue la surgida en la OCDE, todos los instrumentos internacionales sobre corrupción que

⁹ Se marca el comienzo de esta política a partir de la asunción de James Wolfensohn en 1996, quien refirió al tema en su discurso como el “cáncer de la corrupción”. Pero varios autores señalan las contradicciones de su gestión. “En septiembre de 1997 el Directorio Ejecutivo aprobó la nueva estrategia contra la corrupción, que se desplegaría a tres niveles: en el propio Banco y sus actividades; en las políticas de desarrollo y la actuación del Banco a nivel de país; y en el plano internacional. La estrategia situaba el problema de la corrupción en el contexto más amplio de la gobernación y la gestión del sector público, abordada también en el Informe sobre el desarrollo Mundial de 1997, centrado en el papel del Estado en el desarrollo, y en el marco de la revisión de las políticas de ayuda y desarrollo abordada por el Banco Mundial en ese periodo a través del estudio sobre la eficacia de la ayuda *Assessing Aid*, o del «Marco Comprehensivo de Desarrollo» lanzado en 1998 por el Presidente Wolfensohn. La estrategia, por último, se llevó a la práctica mediante los «Planes de Acción Anticorrupción» adoptados en los ejercicios 1999 y 2000, que se han traducido en más de 600 acciones desarrolladas en un centenar de países. El despliegue de la estrategia contra la corrupción marca un hito en las políticas del Banco, y no se debe menospreciar su importancia. Pero también hay que señalar el marcado contraste que existe entre la elevada retórica moral adoptada, y la debilidad de las medidas prácticas previstas, que se basan casi exclusivamente en la asistencia técnica y el fortalecimiento institucional, y que no contempla la suspensión de los desembolsos o las sanciones salvo en casos muy graves de corrupción”. El autor señala que la política neoliberal seguida por Wolfensohn estuvo signada por la idea de un Estado reducido, políticas de desregulación y privatizaciones de empresas públicas, que en muchos países crearon condiciones favorables para la corrupción. “En la concepción prevaleciente en el Banco Mundial durante años, la «reforma del Estado» era casi sinónimo de la reducción de su tamaño, con poca o ninguna atención a la eficacia, la transparencia y la responsabilidad de los poderes públicos. Ello se ha traducido en un visible deterioro en las capacidades de gobernación y la vigencia del Estado de derecho. Las medidas de ajuste fiscal a menudo han significado una fuerte caída de los salarios de los empleados públicos, con el consiguiente deterioro de la moral y la ética de estos trabajadores y la generalización de la «mordida» y de prácticas análogas.” SANAHUJA PERALES, José Antonio. Altruismo, Mercado y Poder. Colección Libros del Encuentro. InteromOxfam, España, 2001, pp. 255-270. <https://eprints.ucm.es/37218/1/sanahuja%20Banco%20Mundial%202001%20lite.pdf>.

Un resumen sobre las principales críticas a la gestión de Wolfensohn puede verse en <https://focusweb.org/la-era-wolfensohn-en-el-banco-mundial-una-dcada-de-contradicciones/>

¹⁰ JORGE, Guillermo/GREENE, Catherine. *Acciones Colectivas para Reducir la Corrupción en Argentina. Límites y Oportunidades*. Sitio: http://www.udesa.edu.ar/accionescolectivas/wp-content/uploads/2012/05/INFORME_3_DIAGNOSTICO_sobre_los_programas_anticorrupcion.pdf visita del 9/08/2014, p. 12.

nacieron acunados por estos ideales exigieron a los Estados la introducción de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para todas las personas físicas y jurídicas que incurrieran en determinados actos de corrupción.

Los tratados multipolares, que a continuación estudiaremos, “se caracterizan por buscar la coordinación y armonización del derecho interno de los Estados parte, establecer el principio de responsabilidad compartida reforzado con medidas de tipo preventivas - como la presentación de informes y la práctica de inspecciones- para hacer frente a un problema común y, establecer estructuras de cooperación mediante la creación de instancias intergubernamentales”.¹¹

II.a. La OCDE y la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales

Después de la sanción de FCPA en década de 1970 en Estados Unidos, la preocupación de los empresarios norteamericanos se incrementó cuando la norma comenzó a ponerse en práctica.

Esta preocupación, se transformó en una fuerte presión a los sectores políticos y diplomáticos, ya que Estados Unidos era el único país que contemplaba sanciones a sus ciudadanos cuando éstos pagaban dádivas a funcionarios públicos extranjeros con el propósito de obtener la asignación de contratos públicos.¹²

La evidente desventaja con la que se enfrentaban las grandes empresas hizo que el gobierno de norteamericano persiguiera dos propósitos: criminalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros e impedir que los pagos pudieran ser deducibles de la carga impositiva.

Inicialmente las pretensiones expansivas norteamericanas de la normativa anticorrupción fueron impulsadas en la Organización de Naciones Unidas; pero no tuvieron éxito.

¹¹ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Los Tratados Multipolares. Una nueva generación de Tratados Internacionales*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional [en línea]. 2005, V, 425-444. Puede verse es <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740620013>

¹² COLOMBO Y HONISCH, *op. cit.* p. 28.

De allí se trasladaron a la OCDE. Esta Organización de cooperación internacional esta compuesta por 38 Estados, y su objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales.

Fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, París, Francia. Los idiomas oficiales de la organización son el francés y el inglés. Los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar en su desarrollo y el de los países no miembros.

Conocida como «club de los países ricos», la OCDE agrupa a países que proporcionan al mundo el 70 % del mercado mundial y representan el 80 % del PNB mundial.

Es la sucesora de la OECE (Organización Europea para la Cooperación Económica), resultado del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (de Cooperación Económica Europea), que existió entre 1948 y 1960, liderada por el francés Robert Marjolin. Su objetivo era el establecimiento de una organización permanente encargada, en primer lugar, de garantizar la puesta en marcha de un programa de recuperación conjunta (el mencionado Plan Marshall) y, en particular, de supervisar la distribución de la ayuda.

Actualmente, es en uno de los foros mundiales más influyentes, en el que se analizan y se establecen orientaciones sobre temas de relevancia internacional como economía, educación y medio ambiente.¹³

Fueron 20 los países que adhirieron originalmente a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, llevada a cabo en París el 14 de diciembre de 1960. Desde entonces, 18 países se han sumado y se han convertido en miembros plenos de la Organización.¹⁴

¹³ <http://es.wikipedia.org/wiki/OCDE> visita del 7/05/2013.

¹⁴ Países miembros de OCDE:

Alemania	Estonia	México
Australia	Finlandia	Noruega
Austria	Francia	Nueva Zelanda
Bélgica	Grecia	Países Bajos

Todos ellos se comprometieron a aplicar los principios de liberalización, no discriminación y de trato equivalente. El principal requisito para formar parte de la OCDE es liberalizar progresivamente los movimientos de capitales y de servicios.

Además de los 38 miembros plenos, 12 países con economías emergentes son adherentes a la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 1976 y participan en el trabajo del comité de inversiones de la OCDE, entre los cuales se encuentra Argentina desde el 22 de abril de 1997.

Este organismo acunó los primeros intentos de los Estados Unidos para imponer una regla mundial similar a la FCPA; pero las tratativas aquí tampoco comenzaron bien.

En 1981 algunos países hicieron declaraciones favorables en cuanto a la necesidad de luchar contra la corrupción transnacional, pese a lo cual sostenían que, las diferencias entre los sistemas legales de los países miembros, tornaba difícil la implementación de un acuerdo. Otro intento similar ocurrió en 1988, aunque con el mismo resultado.¹⁵

La Organización, según Benito Sánchez, recién en 1989 creó un grupo de trabajo sobre soborno con el objetivo de luchar contra la corrupción en el comercio internacional y diseñar condiciones de competencia iguales para todas las empresas participantes.

Desde el inicio de las discusiones, los miembros expusieron diferentes perspectivas, y quedó a la vista que había dos posturas antagónicas, los que apoyaban y los que no apoyaban la creación de instrumentos internacionales contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros.

Canadá	Hungría	Polonia
Chile	Irlanda	Portugal
Colombia	Islandia	Reino Unido
Corea	Israel	República Checa
Costa Rica	Italia	Suecia
Dinamarca	Japón	Suiza
España	Letonia	Turquía
Estados Unidos	Lituania	
Eslovenia	Luxemburgo	

¹⁵ COLOMBO Y HONISCH, *op. cit.* p. 28.

Alemania, Francia y el Reino Unido se opusieron en un comienzo a la iniciativa estadounidense. Para estos países, el soborno era responsabilidad primaria de los funcionarios públicos, especialmente de los países en vías de desarrollo, que piden sobornos y no de las compañías occidentales. Criticaron a Estados Unidos por querer imponer una legislación internacional uniforme, violando la soberanía de los otros Estados. El gobierno estadounidense contestó estas críticas y manifestó que no buscaba una legislación criminal uniforme para todos, sino un resultado parejo acorde a las distintas constituciones y culturas legales.¹⁶

Cuando los escándalos de corrupción que se suscitaron en Francia, Alemania y fuera de Europa llegaron a los medios de comunicación, las posturas tan estrictas de estos países cedieron, bajo la lupa del escrutinio de la opinión pública.

Así se llegó a la adopción de la Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales del 27 de mayo de 1994. Este texto constituyó un gran avance. El Grupo de Trabajo, propuso a la OCDE atender cuatro puntos: descartar la posibilidad de deducción impositiva del soborno, criminalización del soborno de funcionarios públicos del extranjero, ajustar la contabilidad y auditoría para prevenir la corrupción, y normas para las compras y contrataciones públicas.

La Recomendación de 1994, según Kochi, implicó que OCDE promoviera la cooperación internacional con otros organismos internacionales e instituciones financieras internacionales. De hecho, el Consejo de Europa, la Unión Europea, la OEA y el Banco Mundial fueron invitados a participar como observadores del Grupo de Trabajo de la OCDE. También se hizo un llamado para que los países no-miembros de esta institución tomaran parte del proceso.¹⁷

En ese mismo año se comenzó a analizar el problema de la deducción impositiva aplicada a los sobornos de los funcionarios públicos

¹⁶ KOCHI, Shigeru. *Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la teoría de las relaciones internacionales*, América Latina Hoy, 31, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 95-113.

¹⁷ KOCHI, *op. cit.* 98.

extranjeros. En mayo de 1996, el Consejo ministerial de la OCDE aprobó la «Recomendación para la Deducción Impositiva de los Sobornos a los Funcionarios Públicos del Extranjero» y solicitó al Grupo de Trabajo de la OCDE la presentación de recomendaciones y medidas alternativas en la siguiente reunión ministerial a realizarse el año siguiente.

La importancia de la Recomendación de 1994 puede verse a través de estos resultados, pues aunque era un texto sin carácter vinculante, sentó las bases para el nacimiento de la Recomendación revisada sobre el combate del cohecho en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo el 23 de mayo de 1997, que instó a los Estados miembros a tomar medidas eficaces para prevenir, desalentar y combatir la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en el marco de transacciones comerciales internacionales; a criminalizar estas conductas de manera eficaz y coordinada y eliminar la posibilidad de deducir fiscalmente los sobornos pagados a servidores públicos extranjeros.¹⁸

Pero, las tensiones entre los países miembros impedían llegar a un acuerdo. La opinión estaba dividida, por un lado, Estados Unidos junto con otros países estaban en contra de una convención por la «complejidad legal y la demora» que originaba; por otro lado, Francia y Alemania, con la ayuda de Japón y España, buscaban la codificación de las sanciones criminales en una convención formal.¹⁹

Prevalció esta última postura y así, el grupo de trabajo, que luego se convirtió en Conferencia negociadora, después de varios meses de tratativas, adoptó el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

En definitiva, y más allá de que una Convención no era lo que buscaba Estados Unidos, este Convenio expandió en el mundo los principios de la FCPA e impuso nuevos mecanismos de lucha contra la corrupción y el soborno internacional.

¹⁸ BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. «*Estudio sobre los delitos de cohecho de Funcionarios Públicos Comunitarios, Extranjeros y de Organizaciones Internacionales en el Derecho Penal Alemán*». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. p. 14 <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf> (visita del 3/5/2014).

¹⁹ KOCHI, *op. cit.* 100.

El Convenio fue firmado por los 30 países miembros del organismo internacional y por cinco países no-miembros (Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y la República Eslovaca). Entró en vigor el 15 de febrero de 1999.

Tuvo como finalidad crear reglas comunes para que las empresas multinacionales respetaran la libre competencia, obligó a los Estados a tipificar como delito el cohecho activo de agentes públicos extranjeros e internacionales en las transacciones comerciales, e impulsó el intercambio de información y la cooperación jurídica internacional para combatir el cohecho transnacional.

Se trató de un verdadero hito histórico que, en palabras de Caparrós, fue clave pues vinculó a la mayor parte de las potencias exportadoras del mundo en el respeto de unas reglas mínimas de conducta en el mercado internacional, a quienes obligó a introducir las modificaciones legales necesarias para castigar los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus empresas en el marco de las relaciones económicas.²⁰

Pero lograr el suficiente consenso para llegar a ese resultado, como ya vimos, no fue fácil. De ahí que ciertas definiciones o criterios de interpretación de algunos artículos fueran explicados a través de documentos denominados “comentarios”.²¹

Dada la divergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos, era dificultoso crear un texto que pudiera ser incorporado de forma idéntica por

²⁰ CAPARRÓS Eduardo A. Fabián, *La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE de 1997* (Aspectos Sustantivos), Chile, 2010, ISBN: 978-956-14-1137-1, pp. 69-70.

²¹ BENITO SÁNCHEZ señala que la naturaleza jurídica de estos “comentarios” es bastante controvertida “pues no forman parte del Convenio, no tienen carácter vinculante y no son objeto de firma o ratificación por los Estados que suscriben el convenio. En opinión de Sacerdoti ofrecen un elemento significativo del contexto en el cual se elaboró el convenio, contexto al que se refiere el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de todos los Tratados de 23 de mayo de 1969, en el cual señala que el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. En definitiva, constituyen una guía para la interpretación concluyente y auténtica”, *op. cit.* p. 75.

cada Estado parte. Por eso, para lograr la adhesión necesaria y que el Convenio logre firmarse, la Conferencia Negociadora elaboró un “criterio de equivalencia funcional” que fue incorporado en su preámbulo y también en el Comentario nº 1 que expresa: “este convenio pretende garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las partes para sancionar el cohecho de funcionarios públicos extranjeros, sin exigir la uniformidad o una modificación de los Principios Fundamentales del Ordenamiento jurídico de una parte”.

De ese modo, se permitió que cada país eligiera la fórmula que más armonice con su sistema y modo de tipificación de los delitos, mientras se mantenga la idea troncal emanada del Convenio.

Según el preámbulo, el cohecho a funcionarios públicos extranjeros es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales.

Los objetivos principales de la Convención fueron: penalizar a las empresas y a las personas que prometan, ofrezcan, encubran u otorguen pagos a funcionarios públicos extranjeros, con el fin de favorecer y beneficiar sus negocios; impulsar el intercambio de información y la cooperación jurídica internacional para combatir el cohecho transnacional; eliminar la competencia desleal generada por beneficios ilegales.²²

²² A la Convención, que se centra en los aspectos penales del problema, le siguieron una serie de documentos que reforzaron y ampliaron los conceptos centrales. Entre ellos, la Recomendación para fortalecer la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales²², apunta a mejorar las capacidades de los Estados Parte de la Convención con el fin de prevenir, detectar e investigar posibles casos de soborno transnacional. Dicha recomendación convoca a los Estados Parte a:

- a) Adoptar buenas prácticas para que se pueda atribuir a las empresas responsabilidad por cohecho internacional y no puedan evitar tal responsabilidad en caso utilicen agentes e intermediarios, incluyendo subsidiarias en el extranjero, para cometer ese delito.
- b) Revisar periódicamente sus políticas y prácticas en materia de dádivas menores.
- c) Rechazar, de manera explícita, la deducción impositiva de los cohechos a funcionarios públicos extranjeros.
- d) Mejorar la cooperación entre los países para compartir información y elementos de prueba en investigaciones y denuncias de soborno transnacional, así como en materia de embargo, confiscación y recuperación del producto del delito de soborno transnacional.
- e) Establecer canales o mecanismos efectivos para que los funcionarios públicos puedan denunciar actos susceptibles de constituir casos de soborno transnacional, sí como para proteger a los denunciantes de posibles actos de represalias.
- f) Suspender de los concursos por contratos públicos u otras ventajas, tales como licitaciones públicas, créditos oficiales para la exportación o contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a empresas que hayan sobornado a funcionarios públicos extranjeros.

Como regla general, en su artículo 1.1 establece que: “Cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales”.

Este artículo concentra los puntos más importantes de la figura de cohecho transnacional. Como se puede observar, el texto se centra en la faz activa del cohecho, es decir en la oferta, la promesa o la concesión de cualquier beneficio indebido. Esto significa que deja de lado la faz pasiva del delito, que se configura con la solicitud, aceptación o recepción de ese beneficio indebido. Esto se debió a que se intentó evitar una mala interpretación por lectores no expertos.

El comentario general aclara que hacer mención al cohecho activo y al cohecho pasivo “podría ser mal interpretado por el lector inexperto en temas técnicos; ya que implicaría que quien comete el cohecho toma la iniciativa y que quien lo recibe es una víctima pasiva. De hecho, en varias situaciones, quien recibe el cohecho habrá inducido o presionado a quien lo comete y, en ese sentido, habrá sido el más activo”.²³

Su objetivo principal es, entonces, penalizar a las empresas y personas que, en sus transacciones comerciales, ofrezcan, prometan, den dinero o gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus actividades económicas internacionales. Es decir, que el delito consiste en sobornar para obtener o quedarse con negocios o con otras ventajas indebidas, siendo indistinto si la empresa interesada es o no el

g) Trabajar con el sector privado para que adopte controles internos rigurosos, así como programas de ética y cumplimiento y demás medidas, tales como auditorías externas, que permitan prevenir y detectar el soborno.

²³ https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

licitante mejor calificado; o bien una compañía a la que se le hubiera adjudicado debidamente el negocio.

Por beneficio indebido se entiende a cualquier tipo entrega o promesa de entrega de dinero, bienes, como así también la entrega o promesa de cualquier otro tipo de gratificación o beneficio, ya sea a la persona directamente o a cualquier otra, tanto de existencia física como ideal.

Respecto a los pagos de facilitación, es decir aquellos que en algunos países se hacen para inducir a los servidores públicos a cumplir con sus funciones, como expedir licencias o permisos, el Convenio en el Comentario 9, consideró que no constituían delito.

Sin embargo, Benito Sánchez advierte que la OCDE cambió esta postura a partir de la Recomendación del día 26 de noviembre de 2009, en tanto los pequeños pagos de facilitación, generan efectos corrosivos en las relaciones comerciales, razón por la cual, instó a los Estados parte a revisar su política y a punir también esta modalidad.²⁴

También se detalla en la recomendación, que para que se configure el delito, el destinatario de ese soborno, en definitiva, a quién está dirigido aquél, debe ser un agente público extranjero, en ejercicio de funciones oficiales, a quien define en el artículo 1.4 como: "...cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional".

Los Comentarios 12 al 18 dan algunas precisiones sobre qué entiende la OCDE por función pública y por empresa pública. Se distinguen los conceptos de: dependencia pública, empresa pública, autoridad pública y organismo público internacional.

Función pública incluye cualquier actividad de interés público, pero tal actividad puede ser realizada en distintas instituciones.

²⁴ *Op. cit.* p. 77. El texto completo de la Recomendación del Consejo puede verse en el sitio: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

Dependencia pública es definida como un órgano constituido conforme al derecho público para llevar a cabo tareas específicas de interés público. Empresa pública se refiere a cualquier empresa, independientemente de su figura legal, sobre la cual el gobierno o gobiernos ejerza directa o indirectamente una influencia dominante.

Menciona puntualmente que será considerada empresa pública aquella en la que el gobierno sea el tenedor de la mayor parte del capital suscrito de la empresa, controle la mayoría de los votos suscritos a las acciones emitidas por ella, o pueda nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de supervisión, del órgano administrativo o directivo de la empresa.

Ahora, cuando la empresa opere en forma comercial normal en el mercado del sector; es decir, de una manera sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin subsidios preferenciales ni otros privilegios, esa compañía no es considerada una empresa pública en los términos del Convenio.

El término organismo público internacional incluye a cualquier organismo internacional constituido por Estados, gobiernos y por otros organismos públicos internacionales; cualquiera que sea el tipo de organización y el ámbito de competencia; incluido, por ejemplo, un organismo de integración económica regional como la Comunidad Europea.

El destino del soborno es lograr que el funcionario del otro país actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones. Se pune entonces el hecho de que el funcionario público utilice su cargo, su posición en la administración pública, para fines ilícitos; no resultando necesario que actúe dentro o fuera de su específica competencia.

Tal finalidad debe estar orientada a conseguir un contrato, a conservar el logrado, u otro beneficio irregular, siempre en el marco de una actividad económica internacional.

Autores de este delito pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas. El artículo 2 del Convenio insta a los Estados a regular la

responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho de un servidor público extranjero.

Cuando menciona las sanciones en el artículo 3, aclara en el apartado 2, que en el caso de que un Estado parte no prevea la responsabilidad penal a las personas jurídicas en su ordenamiento jurídico, se deberá asegurar que aquéllas serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, que incluyan sanciones monetarias.

Esto se debe a que, quien soborna o intenta sobornar no lo hace a título propio, sino generalmente esta destinado a beneficiar a una empresa.

A pesar de que en el Comentario al artículo 2 la OCDE señalaba que no debía exigírsele a los Estados que prevean la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta posición fue modificada con la Recomendación del Consejo del 26 de noviembre de 2009 ya citada.

Allí se enfatiza que la responsabilidad penal no debería recaer sólo en las personas físicas, sino también en las personas jurídicas y que, para ello, debía tenerse en cuenta un enfoque que visualice que las decisiones de sobornar a un funcionario público de otro país pueden producirse porque: a) un directivo del más alto nivel ofrece, promete o da un soborno; b) Un directivo del más alto nivel ordena o autoriza a una persona de nivel más bajo que ofrezca, prometa o dé un soborno, y c) un directivo del más alto nivel no logra evitar que una persona de nivel más bajo soborne, por ejemplo, fallando al supervisarlos o por no implementar controles internos adecuados, como ser medidas o programas de ética y cumplimiento.

Las empresas también serán responsables en caso de que utilicen personas como intermediarios, incluso otra persona jurídica relacionada, para ofrecer, prometer o dar sobornos en su nombre.

Otro punto que merece destacarse del Convenio es el referido a su ámbito de aplicación.

El artículo 4 establece distintos criterios para la asignación de la jurisdicción.²⁵

En primer lugar, hace alusión al principio de territorialidad, en tanto establece que el Estado tendrá jurisdicción para perseguir el delito cuando éste sea cometido en todo o en parte en su territorio.

Pero esa regla debe ser entendida en términos amplios, pues no se requiere una conexión física extensa con el acto de cohecho.

El segundo párrafo hace referencia al principio de personalidad activa, aunque su aplicación en un caso concreto queda sujeta a que tal principio esté previsto en la legislación interna del país que pretende juzgar a una persona con fundamento en su nacionalidad.

Cuando varias partes tienen, en forma simultánea, jurisdicción sobre un mismo caso, el Convenio no ofrece una solución muy clara, tampoco los Comentarios, ya que sólo menciona que los Estados implicados consultarán para determinar cuál será la jurisdicción más adecuada para investigar y el juzgar el caso.

Esto plantea interrogantes respecto a la posibilidad de doble juzgamiento, que no encuentran respuesta aún a pesar de la exhortación del Convenio a que cada parte revise su criterio de atribución de la competencia y determine si aquél es eficaz en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, y de no serlo se tomen medidas correctivas.

El Convenio, además de proponer la aplicación de leyes contra el lavado de dinero; contiene varias reglas sobre prevención del soborno transnacional, tanto referidas al sector privado como a los Estados. Por

²⁵ Art. 4 1. Cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio.

2. Cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.

3. Cuando varias Partes tengan jurisdicción sobre un presunto delito descrito en esta Convención, las Partes implicadas, a solicitud de una de ellas, deberán realizar consultas para determinar la jurisdicción más adecuada para el proceso judicial.

4. Cada Parte deberá revisar si su criterio jurisdiccional actual es eficaz en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, y de no serlo tomará medidas correctivas.

ejemplo, en el artículo 8 considera que, para combatir eficazmente el soborno, es necesario que se mantengan libros y registros contables, se divulguen estados financieros y se usen normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, o que permitan llevar una doble contabilidad o que identifiquen transacciones de manera inadecuada. Así menciona el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito.

Fomenta la cooperación internacional y la agilización de los procesos de extradición.

Pero lo más innovador de este instrumento fue la instauración de un programa de seguimiento sistemático para monitorear y promover su plena aplicación, financiado por sus miembros y los Estados adherentes, el cual quedó a cargo del denominado “Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales”.

El proceso de monitoreo se conduce mediante fases de evaluación. La tarea se realiza con la intervención de expertos designados por dos Estados parte y con funcionarios de la Secretaría de la OCDE; su resultado se plasma en documentos de acceso público. Hasta el momento se concluyeron 3 fases.

La Fase 1 se centró en una revisión profunda de las leyes nacionales y otras medidas legales de los países para implementar la Convención, para asegurar que cumplan sus altos estándares.

La Fase 2 supervisó la efectividad en la práctica de los marcos legislativos e institucionales anticorrupto de los Estados Miembros. Incluyó una visita in-situ de una semana en cada Estado, en la cual los examinadores de dos Países Parte de la Convención y miembros del Secretariado de la OCDE se reunieron con las partes interesadas en el país evaluado.

La Fase 3 se produjo a partir de 2010 y su propósito es mantener una evaluación actualizada de las estructuras establecidas por los miembros de la Convención, para hacer cumplir las leyes y reglas de implementación de la Convención y puntualmente aplicar la Recomendación de 2009.

Esta Fase se centró en tres puntos: a) el progreso alcanzado por los Miembros de la Convención sobre las debilidades identificadas en la Fase 2; b) los problemas emanados por los cambios en la legislación nacional o el marco institucional de los Miembros; y c) los esfuerzos y resultados en la implementación y otros asuntos claves para todo el grupo.

II.b. La Organización de Estados Americanos y la Convención Interamericana Contra la Corrupción

Una de las primeras señales que dio la asamblea general de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) con relación a la lucha contra la corrupción fue la aprobación de la Resolución dictada en mayo de 1992, en la que se encomendó al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES) analizar las prácticas corruptas en el comercio internacional con relación a los desafíos económicos y sociales del continente americano para la década de 1990.²⁶

Sin embargo, fue desde la Cumbre de las Américas desde donde se influyó de manera significativa para que la OEA diseñe políticas anticorrupción con alcance general.

De hecho, en la primera Cumbre de las Américas, llevada a cabo en Miami en 1994, el presidente estadounidense Bill Clinton llevó la propuesta de conformar un área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) junto a la necesidad de abordar el problema de la corrupción; también propuso incluir una recomendación para establecer lazos institucionales con el Grupo de Trabajo de la OCDE.

La iniciativa anticorrupción formó parte de la agenda de la Cumbre con el respaldo del entonces vicepresidente ecuatoriano, chairman del Consejo Asesor de Transparency International, Alberto William Dahik Garzozi, y el entonces presidente venezolano Rafael Caldera, quien echaba la culpa a

²⁶ Para fundamentar dicha resolución, sostuvo "Las prácticas corruptas, junto con otros injustificados condicionalmente al libre comercio tienen efectos perjudiciales sobre las transacciones comerciales internacionales que atraen inversiones, recursos financieros, tecnología, conocimientos especializados y otros importantes recursos del exterior y promueven el desarrollo económico y social en todo el mundo, particularmente en los países de la región que intentan revitalizar o desarrollar sus economías".
<http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03806S01.pdf>

la corrupción de sus predecesores por la crisis financiera que su país experimentaba en sus primeros días de gobierno.²⁷

Caldera propuso la celebración de un tratado internacional en el hemisferio y su iniciativa fue acogida e incorporada en el punto cinco del Plan de Acción.²⁸

En ese mismo año, la Asamblea General de la OEA encomendó a su Consejo Permanente formar un grupo de trabajo para que se ocupe de recopilar y estudiar las legislaciones nacionales vigentes en materia de ética pública. Este grupo también debía analizar las experiencias de control y fiscalización de las instituciones administrativas existentes; hacer un inventario de los delitos relacionados con la ética pública y elaborar recomendaciones sobre mecanismos jurídicos para controlar dicho problema con pleno respeto a la soberanía de los Estados miembros.²⁹

El Grupo de Trabajo sobre Probidad y Ética Cívica, designado por el Consejo Permanente de la OEA elaboró el proyecto de la “Convención sobre la Corrupción” y, en junio de 1995, la Asamblea General encomendó el estudio del proyecto a su Comité Jurídico Interamericano.³⁰

La Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante CICC), fue finalmente suscrita en marzo de 1996.³¹

²⁷ Caldera había sido presidente de Venezuela durante el período 1969-1974. Asume su segundo mandato en 1994. En su discurso de asunción Caldera señaló que le tocaba volver a ejercer la presidencia “en un momento grave y complejo que exige un gobierno que gobierne para sacar al país de la estanflación que lo afecta por culpa de la corrupción y de infinitos errores cometidos cuando creímos ser muy ricos”. Se comprometió también a construir una economía competitiva y moderna, a través de una lucha sin tregua contra la inflación, una austeridad en el gasto público, una reforma tributaria y un programa de estabilización que considere también las necesidades básicas de la familia venezolana. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-31543>

²⁸ El punto 5 del Plan de Acción elaborado por la Cumbre refiere “*El problema de la corrupción es hoy día un asunto de primordial interés no solamente en este hemisferio, sino también en todas las regiones del mundo. La corrupción en los sectores público y privado debilita la democracia y socava la legitimidad de los gobiernos e instituciones. La modernización del Estado, que incluya la desregulación, la privatización y la simplificación de los procedimientos gubernamentales, reduce las oportunidades de corrupción. En una democracia, todos los aspectos de la administración pública deben ser transparentes y estar abiertos al escrutinio público*”. http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_sp.pdf

²⁹ Organización de Estados Americanos. Probidad y ética pública, AG/RES. 1294 (XXIV-0/94). <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.htm>

³⁰ Organización de Estados Americanos. Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano, AG/RES. 1328 (XXV-O/95) <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1328.htm>

³¹ http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.

La CICC es un tratado internacional multilateral, de carácter abierto porque invita a adherirse a otros Estados, aunque no sean miembros de la OEA. Entró en vigor el 6 de marzo de 1997 cuando se logró en número de suscripciones necesario. Se convirtió en el primer acuerdo internacional en la materia.

Este instrumento no posee carácter coercitivo; pues no sanciona a los países que no adopten las medidas acordadas en su texto. Los países que lo suscribieron se comprometieron a aplicar las medidas del tratado en forma progresiva, siempre respetando sus legislaciones internas.

Tiene dos objetivos muy claros. Por un lado, sancionar y erradicar la corrupción; por el otro, promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio, o vinculado a las funciones públicas.

Desde el preámbulo, la CICC se diferencia de la Convención OCDE, pues no solamente ve a la corrupción como un elemento capaz de distorsionar la economía y viciar la gestión pública, sino que además sostiene que es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada para lograr sus propósitos ilícitos, existiendo un vínculo estrecho entre actos corruptos y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, lo cual atenta contra las actividades comerciales y financieras legítimas y contra la sociedad, en todos los niveles.

El artículo 1 define a la función pública como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Al utilizar la palabra "actividad" se descarta la posibilidad de incluir, por ejemplo, la locación de obra, que implica solo una obligación de resultado.

Funcionario público, por su parte, será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o

funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Luego de enunciar una serie de medidas de prevención en el artículo 3, se encarga de establecer el ámbito de aplicación y el modo en que los Estados deberían ejercer su jurisdicción. En ese sentido, admite no sólo el principio de territorialidad, sino también el de personalidad activa. A la vez, abre la puerta para que por medio de la legislación interna se amplíen los supuestos de ejercicio de la jurisdicción por los Estados parte.

No define la palabra corrupción, aunque sí describe en el artículo VI, cuáles son los actos de corrupción para los que la CICC es aplicable, mientras que en el artículo siguiente impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas legislativas para tipificar en cada país esos actos de corrupción. Dichos actos son: cohecho activo, cohecho pasivo, administración fraudulenta, negociaciones incompatibles o incumplimiento de deberes de funcionarios público, aprovechamiento doloso del producto de estos delitos y encubrimiento. Dispone la responsabilidad cualquiera fuera el grado de participación en dichos actos: instigación, participación, encubrimiento, tentativa y otras figuras como la asociación o la confabulación.

Distinta fue la solución que la CICC encontró para el delito de soborno transnacional. En el artículo VIII regula la figura de este modo: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”

Aunque la fórmula del texto es similar a la utilizada en el Convenio OCDE, presenta algunas diferencias. Por ejemplo, en cuanto al medio utilizado para sobornar, OCDE se refiere a cualquier beneficio indebido o de otra clase, mientras que el tipo penal de este convenio señala con mayor especificidad a cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas.

Otra diferencia radica en el objetivo del soborno. Mientras que en el de OCDE menciona un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales; la CICC hace mención a una transacción de naturaleza económica o comercial.

También se distinguen con relación al sujeto activo del delito. Para el de OCDE el delito lo puede cometer cualquier persona; mientras que para la CICC serán los nacionales del Estado, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él.

Tanto para este delito como para el de enriquecimiento ilícito, la CICC prevé sólo la facultad de los Estados de tipificarlos. Entendemos que eso pudo deberse a la necesidad de evitar conflictos a la hora de reunir las firmas necesarias pues, recordemos, que para esa época no existía esa figura en casi ninguna legislación de los países de América, salvo Estados Unidos y su FCPA.

En síntesis, se escogió la fórmula de salvaguarda, mediante la cual los Estados no están obligados a legislarlo cuando el delito entre en contradicción con su Constitución o sus principios fundamentales. El mismo camino siguió respecto al delito de enriquecimiento ilícito. Este tipo de cláusulas responden a un equilibrio de intereses entre las partes, pero no pueden afectar la obligación de asistencia y cooperación que los Estados contrajeron en el instrumento; si hay una negativa a prestar asistencia y cooperación, esta no puede basarse en una ley arbitraria ni dictada con posterioridad a la convención.³²

³² FLORES, María del Luján. *Algunos aspectos de la lucha contra la corrupción en el ámbito interamericano*. Agenda Internacional Año XI, Nº22, 2005, pp. 131-149.

Con relación al resto de los actos de corrupción mencionados en la CICC, se observa una fórmula distinta, de menor intensidad. Nótese que en el artículo XI, sólo se invita a los Estados a considerar la tipificación en sus legislaciones internas las conductas de los funcionarios públicos relativas al empleo de información reservada conocida en razón del desempeño de la función pública (artículo XI, inciso 1 a), el empleo de bienes del Estado en beneficio propio (artículo XI, inciso 1 b), el tráfico de influencias (artículo XI, inciso 1 e) y la malversación de recursos públicos (artículo XI, inciso 1 d).

Se suman en su texto reglas referidas a la extradición y a la cooperación internacional; pero también, y esto es lo que más se destaca de la CICC, un diseño de medidas administrativas y fiscales que convirtieron a este tratado en un instrumento superador; en particular por su énfasis en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos allí tipificados.

Al año siguiente de la suscripción del tratado, en junio de 1997, la OEA aprobó la creación del Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción, que incluyó una serie de acciones, como ser:

- Impulsar la adopción de la CICC y realizar estudios jurídicos para su adecuación en las legislaciones nacionales, incluyendo el desarrollo de leyes modelo.
- Realizar estudios comparativos de las normas legales de los Estados miembros a fin de identificar las similitudes, diferencias y vacíos legales que pudieran existir.
- Identificar instituciones que desempeñan actividades vinculadas con el combate a la corrupción, promover el intercambio de experiencias con éstas y proveerles asistencia.
- Realizar campañas de difusión, estimular el papel de la prensa y formular programas educativos.
- Identificar organizaciones de profesionales y de la sociedad civil cuyas actividades estén relacionadas con el combate de la corrupción, para incorporar sus aportes y desarrollar programas de apoyo a éstas.

El Programa le dio un sentido orgánico y funcional a la lucha contra la corrupción dentro de la OEA, instaurando funciones permanentes en ese organismo para dar seguimiento a la CICC.

En octubre de 2000, el Grupo de Trabajo propuso la creación de un mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana. en enero de 2001 el Consejo Permanente de la OEA, acogiendo las propuestas del Grupo de Trabajo, emitió una resolución donde daba recomendaciones para un mecanismo de seguimiento a la CICC.³³

En la tercera Cumbre de las Américas, que tuvo lugar en la ciudad de Quebec, Canadá, se suscribió un plan de acción, en cuyo capítulo contra la corrupción los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron al establecimiento de un mecanismo de seguimiento para la implementación de la Convención.³⁴

A partir de allí, en mayo de 2001, la OEA organizó en la Ciudad de Buenos Aires, con auspicio del BID, la primera conferencia sobre el mecanismo de seguimiento de la Convención.³⁵

Como resultado de los debates allí desarrollados se alcanzó el consenso para suscribir el “Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, dando así nacimiento al importante mecanismo internacional, más conocido por sus siglas MESICIC, el cual se caracteriza por buscar, mediante consensos, recomendaciones que ayuden a los Estados en la implementación de la Convención.³⁶

³³ OEA. Recomendación del Consejo Permanente a los Estados Parte sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, OEA/Ser.G CP/RES. 783 (1260/01). <http://www.jus.gov.ar/minjus/oac/cicc/cpres783es.html>

³⁴ La Tercera Cumbre de las Américas que se celebró en la Ciudad de Quebec, Canadá, del 20 al 22 de abril de 2001. La Cumbre puso énfasis en 18 temas que resultaron en 254 mandatos sobre los siguientes asuntos: democracia, derechos humanos, justicia, seguridad hemisférica, sociedad civil, comercio, gestión de desastres, desarrollo sostenible, desarrollo rural, crecimiento con equidad, educación, salud, igualdad de género, pueblos indígenas, diversidad cultural y la niñez y la juventud. http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_poa_sp.pdf

³⁵ http://www.oas.org/juridico/spanish/doc_buenos_aires_sp.pdf

³⁶ Un desarrollo completo sobre el contenido de ese documento puede verse es BARAGLI, Néstor. Convención Interamericana contra la Corrupción Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción 2ª edición actualizada. Oficina Anticorrupción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/libro_cicc_2ed.pdf

Transcurrieron, como se observa, varios años entre el nacimiento de la CICC y la creación de un procedimiento para su seguimiento. Esto fue criticado por la comunidad internacional.³⁷

Mientras que la CICC entró en vigor casi dos años antes que la Convención de la OCDE, en la OEA se tuvo que esperar tres años y medio para que su Grupo de Trabajo proponga oficialmente la creación de un mecanismo de seguimiento.

En la OCDE, en cambio, comenzó a funcionar un mecanismo para el seguimiento de su Convención a los dos meses de su entrada en vigencia.³⁸

El mecanismo consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte y el Comité de Expertos. La Conferencia está integrada por representantes de los Estados Parte en la Convención, y su principal responsabilidad es instrumentar el Mecanismo. El Comité de Expertos está integrado por especialistas designados por cada Estado Parte y, entre otras tareas, es responsable del análisis técnico de la implementación de la Convención por los Estados Parte.

El Mecanismo de Seguimiento tiene su sede en la OEA, y las funciones de secretaría son ejercidas por la Secretaría General de dicho organismo.

Los lineamientos básicos, pautados en el "Acta de Buenos Aires", fueron formulados con detalle en el "Reglamento y Normas de Procedimiento" del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC.³⁹

Este documento, adoptado en la Primera Reunión del Comité, regula de modo minucioso todos los aspectos del funcionamiento de este órgano, tales como su composición y funciones; las autoridades y sus atribuciones; el modo de adoptar decisiones, enviar comunicaciones y distribuir documentos; procedimientos para seleccionar disposiciones de la CICC a ser analizadas, elaborar los informes y efectuar su seguimiento; integración de los subgrupos

³⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Comunicado de Prensa: Se insta a los Estados miembros de la OEA a que aceleren la revisión de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Bridgetown, Barbados, junio, 1 de 2002. Citado en KOCHI, *op. cit.* p. 102.

³⁸ KOCHI, *op. cit.*, p.102.

³⁹ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_reglamento.pdf

de análisis; sistemas y reglas para las reuniones y la deliberación del Comité; la participación de la sociedad civil; promoción de la cooperación y asistencia entre los Estados Partes; y la vigencia y reforma del Reglamento.

El Procedimiento de análisis se divide en 'rondas'. Cada ronda se compone de 3 fases: preparación, revisión e informe y publicación.

En la fase de preparación, el Comité de Expertos con la ayuda de la Secretaría de la OEA, selecciona los puntos (artículos de la CICC) que serán evaluados y aprueba la metodología de análisis. También, determina el orden en que serán examinados los países y designa a los otros dos países (subgrupos) que examinarán cada país.

Una vez seleccionados los artículos y definida la versión final del cuestionario por el Comité, la Secretaría lo remite en versión electrónica al Estado Parte correspondiente, por intermedio de su Misión Permanente ante la OEA, con copia al experto titular del mismo ante el Comité.

El Estado Parte, mediante una autoevaluación, responde el cuestionario y lo envía en versión electrónica a la Secretaría, por intermedio de su Misión Permanente ante la OEA, acompañado de los documentos de soporte correspondientes, dentro del plazo que fije el Comité en cada ronda, dando así lugar a la segunda fase, denominada de revisión.

Esta es la más sustanciosa y compleja porque incluye múltiples actores y actividades. El cuestionario también es respondido por las organizaciones de la sociedad civil y luego el grupo de expertos estudia las respuestas. En este período se realizan reuniones dentro del subgrupo y con los países a evaluar antes de la Reunión del Comité de Expertos.

La reunión bianual del Comité de Expertos examina entre cuatro y seis países. Los subgrupos presentan sus observaciones ante el Comité y este estudia las respuestas de los estados al cuestionario. Al final de la reunión, se aprueba un "Informe de País" que incluye conclusiones y recomendaciones.

Finalmente, en la última fase, el Comité entrega un Informe Final, que contiene los Informes de País, a la Conferencia de Estados parte y se hace pública en el sitio web de la OEA.⁴⁰

Es importante remarcar que el trabajo del MESICIC fue creciendo y perfeccionándose año a año. Se realizaron hasta el 2020 cinco rondas⁴¹ y se diagramó el calendario y el temario de la sexta.⁴²

No existen estudios empíricos que demuestren la efectividad de la CICC, es decir la evidencia de que mediante su implementación se hayan reducido los niveles de corrupción en los Estados.

El Mecanismo de Seguimiento, como ya dijimos, no impone sanciones frente a los incumplimientos de los países evaluados. Sin embargo, la mera existencia de un órgano externo que evalúe los procedimientos, leyes y datos de un país, implica una exposición pública de sus aciertos y sus falencias, dejando en evidencia las políticas y prácticas que desoyen los estándares fijados en la CICC.

Ello podría constituir un factor de presión, a través de una mezcla de recomendaciones formales y diálogos informales, sumándose al escrutinio público, no sólo en el interior de cada Estado, sino además a través de comparaciones y clasificaciones con otras naciones evaluadas.

II.c. ONU y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

En la asamblea de la ONU realizada en diciembre de 2000, se reconoció la necesidad de que la organización promoviera la adopción de un instrumento específico para la lucha contra la corrupción.

Para ello se aprobó la conformación de una comisión a la que se le encomendó la misión de negociar el tratado contra la corrupción. Dicha comisión quedó bajo la órbita de la Oficina para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen de la ONU, con sede en Viena.

⁴⁰ Todos los informes realizados por MESICIC pueden verse en el sitio: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-home.html>

⁴¹ El informe hemisférico perteneciente a la quinta ronda aún no ha sido confeccionado, dado que, según calendario, la reunión plenaria concluyó el 12 de marzo de 2020. http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_sp_calendario.pdf

⁴² http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic6_calendario.pdf

La comisión negociadora, denominada Comité Especial para la Negociación de una Convención contra la Corrupción, se reunió en siete ocasiones, entre enero de 2002 y octubre de 2003. Estuvo abierta a todos los Estados con el objetivo de elaborar un instrumento para combatir la corrupción.

Proyectó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁴³ (en adelante CNUCC), aprobada mediante Resolución nº 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 31 de octubre de 2003.

Se trata del primer instrumento obligatorio de alcance mundial, basado en la participación y consenso de los estados firmantes, organizaciones internacionales, del sector privado y de la sociedad civil, en el que la corrupción es mirada desde una perspectiva global, no regional, lo cual la diferencia de los otros instrumentos internacionales.

Entre los objetivos de la Convención se encuentran la prevención de prácticas corruptas y de transferencia ilícita de fondos; la penalización de ellas, la facilitación y apoyo de la cooperación internacional, la restitución de los fondos ilícitos a los países de origen, la obligación de rendir cuentas y de la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

Si bien reconoce algunas limitaciones fundamentales, como el reconocimiento de la soberanía de los Estados, las diferencias culturales, legales, sociales y políticas, sumado a los diferentes grados de desarrollo económico, la Convención advierte, con éxito, las múltiples facetas que presenta la corrupción y establece guías para la homogeneización de la legislación internacional mediante un notable equilibrio entre la prevención y la represión.

Posee 71 artículos, divididos en 8 capítulos. Entre las medidas preventivas propone que los servicios públicos estén sujetos a salvaguardias, con funcionarios que se obliguen a respetar códigos de conducta. Promueve también la transparencia y responsabilidad en la contratación pública. Ordena

⁴³https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

tomar medidas para preservar la integridad del sistema judicial y del ministerio público.

Desarrolla también un sistema de penalización de conductas ordenando a los Estados incluir en su catálogo de delitos no sólo el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, sino también el soborno activo de funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales públicas. También menciona otros delitos como ser el peculado, la malversación, la apropiación indebida, el blanqueo de dinero y la obstrucción a la justicia.

Dispone que los Estados deberán establecer la responsabilidad civil, penal o administrativa de las personas jurídicas por su participación en estos delitos.

El delito de soborno transnacional, previsto en el artículo 16 expresa “1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”.

Como se señala en el capítulo I de la Convención contra la Corrupción, por “funcionario público extranjero” se entiende a “toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”⁴⁴. Con esta definición se asegura que no existan dudas sobre quién es calificado como tal, dejando de lado la consideración de que los funcionarios públicos extranjeros son aquellos así definidos en la legislación del país extranjero interesado.

⁴⁴ (apartado b) del artículo 2).

El país extranjero podrá ser cualquier otro país, es decir, no se requiere que sea un Estado parte. Tampoco se exige que el delito esté tipificado en la legislación interna del país extranjero de que se trate.

Los elementos necesarios de este delito son la promesa, el ofrecimiento o el acto efectivo de conceder algo a un funcionario público. La figura delictiva debe abarcar los casos en que no se ofrezcan ningún regalo ni otro artículo material. De este modo, los beneficios indebidos podrán ser tangibles o intangibles, y tanto pecuniarios como no pecuniarios.

Según la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción,⁴⁵ el beneficio indebido no tiene que concederse inmediata ni directamente a un funcionario público del Estado. Podrá prometerse, ofrecerse o concederse directa o indirectamente.

El regalo, la concesión u otro beneficio podrá otorgarse a otra persona, como un familiar, o a una organización política.

La Guía advierte que es posible que algunas leyes nacionales abarquen la promesa y el ofrecimiento en disposiciones referentes a la tentativa de soborno. Si éste no es el caso, consideran necesario incluir expresamente la promesa (que implica un acuerdo entre sobornador y sobornado) y el ofrecimiento (que no supone el acuerdo del potencial sobornado) en el mismo tipo penal.

El beneficio indebido o el soborno deben guardar relación con las funciones oficiales del sobornado. Ese beneficio o el soborno debe estar vinculado a la realización de actividades comerciales internacionales, que comprenden también la prestación de ayuda internacional.

El aspecto subjetivo de este delito debe ser la intención de cometerlo. Además, se debe establecer algún nexo entre el ofrecimiento o el beneficio y la inducción al funcionario a que actúe o se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones oficiales. Como la conducta abarca los casos

⁴⁵ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, División para Asuntos de Tratados. Segunda Edición revisada, Viena, 2012.
https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf

en que meramente se ofrece un soborno, es decir, también aquellos en que no se acepta, y que por ello no puede incidir en el comportamiento, el nexo debe ser que el acusado intente no solo ofrecer el soborno, sino también influir en la conducta del receptor, con independencia de si lo logra o no.

Al igual que el Convenio OCDE y la CICC, la CNUCC impone a los Estados que tengan sólo vigente el principio de jurisdicción territorial, que prevean una excepción a dicha jurisdicción a fin de tipificar este delito en particular, que por regla general sería cometido por sus nacionales en el extranjero (principio de nacionalidad activa).

Una de las mayores innovaciones de la CNUCC fue regular medidas para prevenir y perseguir actos de corrupción del sector privado.

Dentro de estas medidas se encuentran las mejoras que deben adoptar los países sobre normas de contabilidad y auditoría, que incluyan sanciones por mantener cuentas que no estén registradas en libros, realizar transacciones y no registrarlas en los libros o hacerlo de forma incorrecta, cargar a las empresas gastos inexistentes, utilización de documentos falsos o la destrucción deliberada de documentos antes del plazo fijado en las leyes nacionales. Las sanciones en estos casos pueden ser de tipo administrativo, civil o penal.

Promueve la adopción de códigos de conducta que deben observar los ejecutivos de empresas o las personas que ejercen sus profesiones en forma independiente. Al igual que en el sector público, los códigos de conducta empresariales o profesionales deben ayudar a identificar, prevenir y resolver conflictos de intereses. Estos códigos tienen el objetivo de preservar el interés de los accionistas y de los clientes en las decisiones que tomen los ejecutivos de las empresas.

La CNUCC hace foco en el control que debe existir de parte de los gobiernos en las concesiones, empresas privatizadas o licencias otorgadas para realizar actividades productivas o comerciales en un país. Establece la posibilidad de revertir tales beneficios cuando ocurran hechos graves de corrupción.

Mientras que la CICC faculta a los gobiernos para considerar “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las

organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”, la CNUCC va más allá y considera la participación de los ciudadanos como fundamento y requerimiento para la formulación y aplicación de políticas anticorrupción.

Esta convención presta especial atención a los métodos para recuperar los bienes producto de los actos de corrupción, en particular menciona al embargo preventivo, la incautación y el decomiso de fondos y bienes provenientes de delitos de corrupción. En la misma dirección se desarrollan varias medidas para favorecer y fortalecer la cooperación entre los países para la extradición de personas acusadas de corrupción y para la repatriación de activos.

Otro aspecto novedoso de la CNUCC es la posibilidad de establecer indemnizaciones por daños y perjuicios para reparar económicamente a los afectados por hechos de corrupción.

Al igual que los otros dos instrumentos, la CNUCC establece un procedimiento para promover y examinar su aplicación, en el artículo 63, mediante la instauración de un organismo denominado Conferencia de los Estados Parte.⁴⁶

La Conferencia de los Estados Parte, en sus resoluciones 1/1, 2/1 y 3/1 recordó el artículo 63 de la Convención, en particular el párrafo 7, según el cual es este organismo el que decide si es necesaria la creación de un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la Convención.

En su resolución 3/1, la Conferencia aprobó los términos de referencia del Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dirigido y ejecutado por un grupo de expertos.

El Grupo de examen de la aplicación, es un grupo intergubernamental de composición abierta, integrado por Estados parte y operará bajo la

⁴⁶<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/28June-2July2010/V1055388s.pdf>

autoridad de la Conferencia, a la que rendirá informe. Su objetivo general es ayudar a los Estados parte en la aplicación de la Convención.

Su función consiste en adquirir una visión general del proceso de examen para determinar los problemas y las buenas prácticas y examinar las necesidades de asistencia técnica para asegurar la aplicación eficaz de la Convención, respetando los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

Una de las principales obligaciones de los Estados parte, y sobre la que deben rendir cuentas al Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención, es garantizar que sus políticas de lucha contra la corrupción sean eficaces y se coordinen y evalúen periódicamente.

En este proceso, cada Estado es examinado por otros dos Estados, que finaliza con un informe detallado sobre la realidad del Estado examinado y en el cual además elaborarán observaciones para la aplicación correcta de la CNUCC.

Una de las mayores críticas que merece este sistema de evaluación es que, ese informe de cada país tiene carácter confidencial, a diferencia de los procedimientos dispuestos por los otros dos instrumentos estudiados (OCDE y CICC).⁴⁷

III. Los instrumentos internacionales contra la corrupción en la legislación argentina

Argentina se mostró receptiva desde un primer momento a incluir en su repertorio legal a las tres convenciones aquí estudiadas.

Ello ocurrió al final de la década de 1990. Esa década estuvo marcada por la implementación de políticas económicas neoliberales, con una sistemática reducción del Estado, desregulación y privatización de activos públicos. Dichas políticas eran defendidas recurriendo a un discurso centrado en que el Estado debía ser reformado para controlar las prácticas corruptas generadas a partir de una fuerte regulación de la actividad económica y un

⁴⁷<http://archivo.anticorruptcion.gob.ar/documentos/ONU%20%20Res%20Conf%20Estados%20Parte.pdf>ver página 10.

sobredimensionamiento del Estado⁴⁸. Paradójicamente, se trató también de un tiempo recordado por graves hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos argentinos.⁴⁹

Así, la corrupción se instaló como un tema relevante de los actores políticos del momento, mediante dos tipos de discursos: uno enfocado en la cuestión de la ineficacia de los políticos para gestionar los bienes públicos y otro, identificado con la denuncia contra la impunidad del poder y la violación de las instituciones democráticas.

De hecho, en uno de sus discursos, el Presidente Carlos Saúl Menem,⁵⁰ proponía “una guerra total contra un auténtico flagelo que corroe nuestra convivencia solidaria. Es decir, contra la corrupción... La reforma del Estado, la desregulación, la eliminación de trabas burocráticas y la mayor transparencia de nuestro sistema económico, son pilares para modificar situaciones fraudulentas que nos sumergieron en el atraso y la decadencia”.⁵¹

La reforma constitucional de 1994, trajo consigo un nuevo diseño de los sistemas de control interestatales, cuyo objetivo fue lograr una mayor eficiencia en el funcionamiento de los poderes del Estado. Los puntos más paradigmáticos fueron la creación del Ministerio Público, como órgano independiente; del Consejo de la Magistratura; la Auditoría General de la Nación y del Defensor del Pueblo, ambos órganos de control, con autonomía funcional y en el ámbito del Congreso.

⁴⁸ ASPIAZÚ, Daniel. *Las privatizaciones en la Argentina. Diagnóstico y propuestas para una mayor competitividad y equidad social*. Fundación OSDE. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas. Buenos Aires, 2002. Sitio: <http://www.fundacionosde.com.ar/pdf/biblioteca/las%20privatizaciones%20i.pdf> visita del 25/7/2014.

⁴⁹ Respecto a este punto se ha sostenido que ambas presidencias de Carlos Menem, estuvieron signadas por el “Desarrollo de un régimen político que fomentó la degradación de los procedimientos institucionales y democráticos a partir del rechazo al debate público y el abuso de los decretos de necesidad y urgencia, vetos y legislación delegada. Desarrollo de un régimen político basado en elevados grados de corrupción e impunidad a partir del control del Poder Judicial”. FAIR, Hernán. *Década menemista. Luces y sombras*. Revista Historia Anual On Line. Núm. 19, Buenos Aires, 2009, pp 53-63

⁵⁰ Aún juzgado por hechos de corrupción ocurridos durante su gobierno. Sin condena firme, luego de décadas de trámite. <https://www.infobae.com/politica/2019/01/07/la-absolucion-y-la-condena-de-carlos-menem-en-manos-de-la-corte-suprema/>

⁵¹ Carlos Menem, 24/01/1991. Citado por MAURO, Sebastián. *La tematización de la corrupción como clivaje de la política argentina en los noventa*. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018845572012000200003&script=sci_arttext#notas

Sin embargo, la aceleración de las transformaciones institucionales no fue acompañada por un proceso dinámico de asimilación, al interior del Estado, en tanto, esas modificaciones estructurales no se tradujeron en acciones concretas.⁵²

El lema de la lucha contra la corrupción, fue un slogan político también utilizado por los partidos opositores al gobierno de Carlos Menem, que luego lo sucedieron en el poder.⁵³

Tal era el escenario en el cual se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, a pocos meses de dictada, el 4 de diciembre de 1996.⁵⁴

III.a. La Convención Interamericana contra la Corrupción en la legislación argentina

Según Gordillo, la aprobación de la CICC fue el acontecimiento institucional más importante luego de la reforma constitucional de 1994, que revolucionó a las instituciones de derecho administrativo.⁵⁵

Pero su aplicación resultó muy dificultosa en nuestro país. La distancia entre el derecho positivo que regula, previene y persigue actos de corrupción, y los hechos, traducidos en efectivos mecanismos de transparencia, adecuados controles interinstitucionales, juzgamiento de hechos de corrupción, fue muy notoria en Argentina. Claro que nuestro ejemplo no es aislado, sino por el contrario, se trata de una realidad que se observa en casi todos los países del mundo.⁵⁶

⁵² GORROCHATEGUI, Nora. *La sociedad civil lucha contra la corrupción. Foro Social para la Transparencia. Caso argentino*. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, 2001. http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:YwXgN7aU9vMJ:scholar.google.com/+reforma+constitucional+de+1994+argentina+corrupción&hl=es&as_sdt=0,5

⁵³ CORRAL, Damián. *En torno a la política como "problema moral". El clivaje corrupción-anticorrupción como principio de diferenciación política en la centroizquierda de los noventa*. ISSN-e 1514-6871, N° 22, 2014. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5120065>

⁵⁴ Ley 24759, promulgada de hecho el 13 de enero de 1997. Asimismo, se suscribió la *Declaración sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción*, el día 4 de junio de 2001 Durante el Trigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, en San José, Costa Rica.

⁵⁵ GORDILLO, Agustín. *Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana contra la Corrupción*. La Ley, tomo 1997-E, pp 1091-1102.

⁵⁶ MALEN SEÑA, Jorge F. *Corrupción, racionalidad y educación moral*. En *La Corrupción*, ZAPATERO, Virgilio, Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp. 171-189. Allí el autor sostiene que esto sucede en la mayoría de los países, y se debe a las escasas capacidades institucionales, culturales y/o sociales para comprender los efectos negativos, tanto políticos, económicos, sociales y jurídicos que posee la corrupción.

El Derecho Internacional enfrentó enormes desafíos para que sus mandatos sean cumplidos en los países que aceptaron la inclusión de esta legislación, en parte debido al papel necesariamente limitado de las instituciones internacionales, y, además por la posición dominante y soberana de los Estados.⁵⁷

Pero existen buenas razones para relativizar esta afirmación en el caso de los tratados contra la corrupción; en parte, porque la decisión de cooperar de los Estados vino de la mano de su voluntad de someterse voluntariamente a los mecanismos de seguimiento, lo que implica que cada país signatario sea observado y controlado a su propio pedido.

El desembarco de los instrumentos internacionales, en particular de la CICC, trajo consigo no sólo el activismo de las organizaciones no gubernamentales vinculadas con el tema cívico⁵⁸; sino además un aluvión de nuevas leyes, decretos y reglamentaciones.⁵⁹

A principios de 1997 se creó la Oficina Nacional de Ética Pública,⁶⁰ como un órgano dependiente directamente del presidente de la Nación, mencionándose expresamente en la norma que su creación obedeció a que la CICC en su articulado previó la constitución de órganos gubernamentales dedicados a la lucha contra la corrupción.

Esta oficina tuvo muy poca incidencia y no se conocen casos de denuncia o detección de actos de corrupción. Fue criticada desde su misma creación, debido a la dependencia directa con el organismo al que debía

⁵⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie. *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo, 2019, p. 465.

⁵⁸ Como ejemplos se pueden mencionar a "Conciencia" que organiza su Programa de Educación Ética y "Poder Ciudadano" que se constituye a partir de 1996, en el Capítulo Argentino de Transparencia Internacional. Estas ONG's, desarrollan acciones conjuntas, fortaleciendo su trabajo en red. Así, organizan eventos y realizan acciones de influencia directa sobre el gobierno para la creación de organismos dentro del aparato gubernamental, abriendo una modalidad de gestión participativa, al promover la interacción entre los sectores gubernamental, empresarial y social. GORROCHATEGUI, op. cit.

⁵⁹ Decreto PEN 152/1997; Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188; régimen de empleo público Ley N° 25.164; Decreto del Poder Ejecutivo 164/99 reglamentario de la Ley de Ética en la Función Pública; El Decreto del Poder Ejecutivo 229/00 que creó el "Programa Carta Compromiso con el Ciudadano"; Decreto del Poder Ejecutivo 41/99 que aprueba el Código de Ética para la Función Pública.

⁶⁰ Decreto Nacional 152/1997 (B.O. 20/02/1997).

controlar (el Poder Ejecutivo) y por carecer de estrategias de prevención y de instrumentos sancionatorios.

Dos años después, y luego de un extenso debate en las distintas comisiones, se sancionó la ley nº 25.188 de Ética de la Función Pública.⁶¹

Esta ley vino a cumplir con lo establecido en el artículo 36 de la Constitución Nacional, que en su último párrafo dispone “El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”. Su sanción estuvo precedida de una gran cantidad de proyectos⁶², hasta que se logró uno consensuado por la mayoría de los legisladores. Eso no impidió que el debate en el recinto sea arduo y extenso.⁶³

La norma legisló por primera vez el delito de soborno transnacional, incluyéndolo como tipo penal autónomo mediante el artículo 258 bis, en el Código Penal Argentino.

Otra de las innovaciones de la norma fue la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública, en el ámbito del Congreso de la Nación, como órgano independiente y con autonomía funcional. Esta Comisión nunca se puso en funcionamiento.⁶⁴

Con la derrota del candidato del peronismo, Eduardo Duhalde, en 1999, asumió una nueva alianza al poder, que tuvo su propia agenda contra la corrupción, y a solo cuatro días de establecerse el nuevo Gobierno, fue sancionada la Ley 25.233⁶⁵, que creó la Oficina Anticorrupción (en adelante OA), como órgano dentro de la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La OA tuvo el propósito de elaborar y coordinar programas anticorrupción en el sector público nacional en base a los principios de la

⁶¹ (B. O. 1/11/1999)

⁶² EXPEDIENTES 2184-D-96, 2461-D-96, 3618-D-96, 4289-D-96, 4900-D-96, 4979-D-96, 6578-D-96, 7224-D-96, 0211-D-97, 0589-D-97, 1056-D-97, 1298-D-97, 1550-D-97, 1632-D-97, 2206-D-97, 2281-D-97, 2432-D-97, 2922-D-97, 3423-D-97, 3495-D-97 Y 3605-D-97, Cámara de Diputados de la Nación.

⁶³ Los debates completos tanto de la Cámara de Diputados como de Senadores pueden verse en:

https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html

⁶⁴<https://www.lanacion.com.ar/opinion/etica-en-la-funcion-publica-cambiamos-nid1887898><https://www.infobae.com/2013/02/02/694546-por-que-los-politicos-no-quieren-que-haya-una-comision-etica-publica/>

⁶⁵ (B.O. 10/12/99)

CICC, y desde su origen, en forma concurrente con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, ejercer las competencias y atribuciones establecidas en los artículos 26, 45 y 50 de la ley 24946.

Mediante Decreto 102/99 se reglamentaron las funciones y estructura de la OA, siendo a partir de allí, la encargada de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción. Es Autoridad de aplicación de la ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, de acuerdo con el Decreto 164/99.

Actúa en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo otro ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal.

La OA no tiene competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales.⁶⁶

Refleja una división de funciones similar a la de la CICC. Es conducida por un Fiscal de Control Administrativo y desarrolla su labor desde dos áreas bien diferenciadas: la Dirección de Investigaciones y la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia.⁶⁷

El/la Fiscal de Control Administrativo posee rango y jerarquía de secretario, mientras que los titulares de la Dirección de Investigaciones y de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia poseen rango y jerarquía de Subsecretarios.

⁶⁶ Mediante Resolución del Ministro de Justicia y Derechos Humanos N° 186/2018, publicada en el Boletín Oficial el 09/03/2018, se aprobó el Plan de Acción de la Oficina Anticorrupción para el período 2018-2022. El documento recientemente aprobado contiene una detallada descripción de los objetivos y actividades que lleva a cabo el organismo en cumplimiento de las normas que rigen su misión y funciones, como así también los criterios de intervención de la OA. Las áreas del Plan de Acción son: i) Posicionamiento de la agenda anticorrupción; ii) Control de Declaraciones Juradas, conflictos de intereses, obsequios y otros deberes éticos; iii) Diseño de políticas de integridad y transparencia en la APN; iv) Investigación para la prevención de la corrupción; vi) Posicionamiento de las políticas de integridad y anticorrupción del Estado Argentino a nivel Internacional y vii) Transparencia e Integridad en sectores de riesgo.

⁶⁷ <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion>

Los tres funcionarios son designados y removidos por el presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

La OA es la autoridad central que reúne información y representa al Estado Argentino ante el mecanismo de Seguimiento MESICIC.⁶⁸

Con relación al desarrollo de la actividad del Mecanismo de Seguimiento de la CICC, merece recordarse que, en la Primera reunión del Comité, en Buenos Aires, se creó el “Reglamento y Normas de Procedimiento” que regula su composición y funciones; las autoridades que lo componen y sus atribuciones, y todo lo que hace a la toma de decisiones, comunicaciones, vinculación con los Estados, distribución de documentos, etc.⁶⁹

A la fecha el Comité elaboró cinco informes respecto a la República Argentina:

Primera Ronda⁷⁰

En el Informe sobre la implementación en Argentina de las disposiciones de la Convención fueron seleccionadas, para ser analizadas, las disposiciones previstas en los artículos III, 1 y 2 –normas de conducta y mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento-; III, 4 –sistemas de la declaración de ingresos, activos y pasivos-, III, 9 –órganos de control superior, únicamente en aquello que tiene que ver con el ejercicio de funciones por parte de tales órganos en relación con el cumplimiento de las disposiciones previstas en los numerales 1, 2, 4 y 11 del artículo III de la

⁶⁸ De ese modo la OA es la que se encarga de recabar toda la información necesaria para elevar los informes requeridos por el Comité de expertos, de la Cámara de Diputados de la Nación; la Cámara de Senadores; la Auditoría General de la Nación; Sindicatura General de la Nación; Ministerio del Interior; Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; el Ministerio Público Fiscal; El Ministerio Público de la Defensa; la Defensoría del Pueblo; la Corte Suprema de Justicia de la Nación; el Consejo de la Magistratura de la Nación; Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación; la Dirección Nacional de Asuntos y Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Dirección para el Fortalecimiento de la Gestión de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros; la Oficina de Estadística del Poder Judicial de la Nación.

Adicionalmente, a través del Decreto No. 466/2007, se ampliaron las competencias de la OA, al establecerse en el Anexo II, punto 2 de dicho Decreto como uno de sus objetivos el de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional, entre las que se encuentran la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁶⁹ <http://www.anticorrupcion.gov.ar/acta%20de%20buenos%20aires%20ingles.pdf> (visita del 6/08/2014).

⁷⁰ Aprobado por el Comité en la sesión plenaria celebrada el 13 de febrero de 2003, en el marco de su tercera reunión, realizada los días 10 y 13 de febrero de 2003 en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América.

Convención-; III, 11 –mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción-; XIV asistencia y cooperación; y XVIII autoridades centrales de Convención.⁷¹

Segunda Ronda⁷²

En el segundo Informe fueron seleccionadas las disposiciones previstas en los artículos III, 5 –sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado; III, 8 –sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción- y VI –actos de corrupción de la Convención. También el Comité evaluó los avances en la implementación de las anteriores recomendaciones.⁷³

Tercera Ronda⁷⁴

En el tercer informe fueron analizadas las disposiciones previstas en los artículos III, 7 –negación o impedimento de beneficios tributarios por pagos que se efectúen en violación de la legislación contra la corrupción-; III, 10 –prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros-, VIII –soborno transnacional-; IX –enriquecimiento ilícito-; X –notificación de la tipificación del soborno transnacional y del enriquecimiento ilícito- y XIII –extradición-. Asimismo, el Comité realizó el seguimiento de la implementación de las recomendaciones que le fueron formuladas al país en las rondas anteriores.⁷⁵

Cuarta Ronda⁷⁶

⁷¹ http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_inf_arg.pdf

⁷² Aprobado por el Comité en la sesión plenaria celebrada el 15 de diciembre de 2006, en el marco de su décima reunión, realizada los días 11 y 15 de diciembre de 2006 en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América.

⁷³ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_arg.pdf

⁷⁴ Aprobado por el Comité en la sesión plenaria celebrada el 18 de septiembre de 2009, en el marco de su decimoquinta reunión, realizada los días 14 al 18 de septiembre de 2009 en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América.

⁷⁵ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_arg.pdf

⁷⁶ Aprobado por el Comité en la sesión plenaria celebrada el 21 de marzo de 2013, en el marco de su vigésima primera reunión, realizada los días 18 al 22 de marzo de 2013 en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América

En el cuarto informe, el Comité realizó un análisis integral de la implementación de la Argentina de la disposición prevista en el artículo III, párrafo 9 de la Convención –órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas-. Además, se efectuó un seguimiento de la implementación de las recomendaciones que le fueron formuladas al país en las rondas anteriores.

Quinta Ronda⁷⁷

El Comité de Expertos, en la quinta ronda evaluó el seguimiento de la implementación de las recomendaciones formuladas a Argentina en el informe de la Segunda Ronda y de la Tercera Ronda. Se refirió también a los desarrollos nuevos dados en relación con aspectos tales como marco normativo, desarrollos tecnológicos y resultados. En particular, en la quinta ronda se seleccionaron las disposiciones contenidas en los párrafos 3º y 12 del artículo III relativas, respectivamente, a las medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer “instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades”, así como “el estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.”

Aunque en cada una de las rondas se evaluaron distintas aristas que hacen al funcionamiento del Estado desde diversos ángulos y perspectivas, señalaremos a continuación sólo aquellos aspectos vinculados con nuestro objeto de estudio, el delito de soborno transnacional.

Si bien en las dos primeras se abordaron cuestiones que están íntimamente relacionadas con el soborno de funcionarios públicos extranjeros, recién en la Tercer Ronda –2009- el Comité analizó si existía en Argentina un marco jurídico y otras medidas para la prevención de este acto de corrupción en particular, y en cuanto a las medidas de prevención, estudió el soborno tanto de funcionarios públicos nacionales como extranjeros.

⁷⁷ Aprobado por el Comité, en la sesión plenaria celebrada el día 17 de marzo de 2017, en el marco de su vigésimo octava Reunión, la cual tuvo lugar en la sede de la OEA, del 13 al 17 de marzo de 2017.

Argentina, al responder al cuestionario, señaló las normas legales relativas a la prevención del soborno. Entre ellas citó el Código de Comercio, que en su artículo 33 obliga a quienes profesan el comercio a inscribirse en un registro público, a seguir un orden uniforme de contabilidad y llevar los libros a tal fin. En el art. 43 se impone la obligación al comerciante de llevar cuenta y razón de sus operaciones. Luego cita varios artículos que establecen el modo en que dichos libros deben llevarse.⁷⁸

También mencionó la ley 19.550 de sociedades comerciales, en la cual se prevé que los libros contables de las sociedades debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras (arts. 55, 61 y ss); le ley Orgánica de la Inspección General de Justicia 18.805, la ley 25.246 que creó la Unidad de Información Financiera (UIF) que es la encargada del análisis, el tratamiento y las transmisión de la información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de diversas conductas delictivas; la ley 20.488 de ejercicio de las profesiones relacionadas con las ciencias económicas y el artículo 300 del Código Penal, relativo al balance falso.

Sin embargo, el Comité afirmó que nuestro país en su respuesta no se refirió a resultados obtenidos en relación con las disposiciones relativas a la prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. En ese sentido recomendó:

- a) Adoptar las medidas pertinentes para que el secreto profesional no sea un obstáculo para que los profesionales de ciencias económicas puedan poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de corrupción que detecten en el desarrollo de su labor;
- b) Realizar campañas de concientización dirigidas a las personas responsables de asentar los registros contables y de dar cuenta de su exactitud;

⁷⁸ Hoy derogado y suplantado por el Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26994, promulgada el 7/10/2014. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.html>

- c) Considerar realizar campañas de concientización y de promoción de la integridad destinadas al sector privado
- d) Considerar adoptar medidas para facilitar a los órganos encargados de investigar el incumplimiento de las medidas orientadas a garantizar la exactitud de los registros contables y a detectar sumas pagadas por corrupción ocultas a través de los registros.
- e) Adoptar medidas para identificar las sociedades que se encuentran inactivas o no han cumplido con la presentación de balances.

En el punto 3 del informe se refirió puntualmente al soborno transnacional y afirmó que artículo 258 bis del Código Penal es adecuado a los propósitos de la Convención.

No obstante, el Comité estimó conveniente que el país considere adoptar medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, independientemente de las sanciones que le sean aplicables a las personas vinculadas a las mismas que resulten involucradas en la comisión de los actos constitutivos de dicha conducta.

El Comité formuló una segunda recomendación: seleccionar y desarrollar a través de los órganos o instancias encargadas de investigar y juzgar el delito de soborno transnacional, procedimientos e indicadores, cuando sea apropiado y no existan aun, para analizar los resultados objetivos obtenidos en esta materia.⁷⁹

III.b. La Convención OCDE en la legislación argentina

Cuatro años después de la inclusión de la CICC, el 7 de septiembre de 2000, se aprobó la Convención OCDE sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, mediante la sanción de la ley 25319.⁸⁰

⁷⁹ La Argentina propuso que se debata en el Plenario acerca de las particularidades y características técnicas que debería poseer un procedimiento “*para evaluar la efectividad de los sistemas y mecanismos*” de lucha contra la corrupción para ser efectivo y dotar de insumos útiles a todos aquellos actores dedicados a la materia. Hizo referencia a los desafíos que plantea la construcción de tales procedimientos y las dificultades técnicas que se presentan a la hora de elaborar indicadores capaces de medir objetivamente los resultados de políticas públicas dedicadas a prevenir la corrupción. Informe citado, párrafo 342, p.72.

⁸⁰ B.O. 18/10/2000

Nuestro país en el ámbito general de la OCDE es país observador, pero es miembro pleno del grupo de trabajo sobre Soborno en las transacciones Comerciales Internacionales y la Oficina Anticorrupción es el área responsable de representar al Estado Argentino ante ese organismo.

El Grupo de Trabajo sobre el Soborno de la OCDE, como ya mencionamos, es el encargado de realizar la evaluación y el seguimiento del cumplimiento de la Convención.

El mecanismo de monitoreo se desarrolló en distintas fases, que incluyeron la presentación de informes de seguimiento (oral y escrito) para informar sobre los avances en la implementación de las recomendaciones originadas en cada fase de evaluación:

- a) Fase 1: Se analiza la compatibilidad del sistema legal de cada país (en especial los aspectos de la tipificación del delito) con los lineamientos de la Convención.
- b) Fase 2: Se verifica la existencia de condiciones necesarias para cumplir con las leyes y reglamentos para llevar a cabo la Convención, así como su aplicación en la práctica.
- c) Fase 3: Se evalúan las recomendaciones pendientes de la fase 2 para la instrumentación de la Convención, las cuestiones que se originan a raíz de eventuales cambios en la legislación interna de los Estados Parte, y los esfuerzos y resultados alcanzados para hacer cumplir la Convención, incluyendo otros temas de naturaleza transversal.
- d) Fase 4: prevé la realización de una evaluación para cada país evaluado, teniendo en cuenta los desafíos y dificultades planteadas en las evaluaciones anteriores.⁸¹

La República Argentina fue examinada en el marco de la Fase 1 en abril de 2001, actuando como Estados evaluadores el Reino de España y la República Eslovaca.

⁸¹ <https://www.cancilleria.gob.ar/userfiles/ut/ocde.pdf>

Asimismo, participó en la evaluación en Fase 1 de las legislaciones de Nueva Zelanda y la República de Chile y, en Fase 2 del Reino de Bélgica y de Chile.

En la Fase 2,⁸² el Grupo revisó múltiples aspectos que involucran regulaciones tanto penales como no penales de nuestro país: la responsabilidad de las personas jurídicas, la asistencia judicial recíproca, sanciones por soborno internacional, controles contables de auditoría e internos relacionados a la lucha contra el soborno transnacional, prohibición de deducir impuestos de dádivas extranjeras, mejoramiento del régimen anti lavado.

En cuanto al delito de soborno transnacional en particular, recomendó que se introduzca una definición autónoma de funcionario público extranjero que abarque, de modo conteste con la Convención, funcionarios de empresas extranjeras públicas y funcionarios públicos de áreas extranjeras organizadas o entidades que no califican o no son reconocidas como Estados; y asegure que se elimine la vaguedad en relación con la exigencia de que la ventaja obtenida por el soborno sea indebida.

Por iniciativa de la Oficina Anticorrupción, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación en 2010, tres proyectos de ley, destinados: a) modificar el artículo 77 del Código Penal para incluir allí una definición de funcionario público extranjero que sirva para interpretar correctamente el artículo 258 bis; b) ampliar la jurisdicción del Estado Nacional para el juzgamiento de ciudadanos argentinos o de personas domiciliadas en territorio argentino a los casos de delito de soborno internacional a funcionario público extranjero; y c) la introducción de la figura de la responsabilidad en el actuar por otro y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁸³

Ninguno de los proyectos logró convertirse en ley. Sin embargo, cada uno de estos aspectos fueron tratados con posterioridad, a partir de otras reformas legislativas.

⁸² En la semana del 10 al 14 de diciembre de 2007, los expertos de los países evaluadores – Brasil y España – y de los integrantes de la Secretaría de la OCDE realizaron una visita a nuestro país.

⁸³ Los tres proyectos se encuentran disponibles en el sitio: http://www.anticorrupcion.gov.ar/internacional_03.asp

Dentro de las medidas más importantes tomadas por nuestro país en ese tiempo, puede mencionarse a la prohibición de la deducción impositiva del cohecho.⁸⁴

En cuanto a las pautas de detección de pagos ilícitos a funcionarios públicos extranjeros, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) elaboró procedimientos y normativas internas para los funcionarios del organismo que replican varias de las premisas contenidas en el Manual de la OCDE para Inspectores Fiscales.⁸⁵

A pesar de tales esfuerzos, se consideró que ambos informes (Fase 1 y Fase 2) fueron desfavorables, en razón a la falta de adecuación normativa de la figura de cohecho de funcionarios públicos extranjeros, las dificultades del gobierno argentino para cumplir con el calendario pactado y la imposibilidad de imputar a las personas jurídicas implicadas en este tipo de conducta y recomendó al país mejorar la legislación preventiva y represiva.⁸⁶

El informe de la Fase 3 bis sobre la Argentina realizado por el Grupo de Trabajo fue el resultado de la decisión excepcional que se tomó en la Fase 3, concluida en 2014, de realizar una evaluación complementaria, con la finalidad de determinar si nuestro país implementó las cuarenta recomendaciones que se le habían realizado.

En informe de la Fase 3 bis fue concluido en el año 2017, y sostiene que Argentina continúa incumpliendo varios artículos claves de la Convención.⁸⁷

⁸⁴ El art. 37 de la ley No 20.628, de impuesto a las ganancias, establece que cuando una erogación carezca de documentación y no se pruebe por otros medios que por su naturaleza ha debido ser efectuada para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas, no se admitirá su deducción en el balance impositivo, estableciendo incluso que, en tal circunstancia, dicho gasto se encontrará sujeto al pago definitivo en una tasa del 35%. Por otra parte, el Decreto 1246/2016 (Reglamentación de la ley de Impuesto a las Ganancias. Modificación) dispone: ... a los efectos del Artículo 80 de la Ley, no se considerarán gastos necesarios para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas, las erogaciones generadas o vinculadas con la comisión del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones económicas internacionales, resultando improcedente su deducción.

⁸⁵ <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/41814472.pdf>

⁸⁶ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, La reforma del cohecho transnacional a la luz del derecho comparado en el marco convencional de la cooperación y el desarrollo económico (el caso chileno). En ORSI, Gabriel Omar/ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Compiladores. Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011. p214-215.

⁸⁷ <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3-bis-Report-ENG.pdf>

A pesar de ello, remarcó que se observaron esfuerzos importantes a partir del cambio de gobierno ocurrido en diciembre de 2015. Entre ellos se destacó la presentación al Congreso un proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que incluye también la jurisdicción basada en el principio de personalidad activa para juzgar a argentinos que cometan el delito de soborno transnacional en el extranjero.

Ese proyecto finalmente se sancionó el 8 de noviembre de 2017, mediante ley N°27.401, la cual estableció un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, que hubieran cometido, directa o indirectamente, con su intervención, en su nombre, interés o beneficio, y/o a través de terceros sin atribuciones para obrar en su representación, los siguientes delitos.

- cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional,
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, - concusión,
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y/o
- balances e informes falsos agravados.⁸⁸

A su vez, el 4 de octubre de 2018, la Oficina Anticorrupción dictó la Resolución No 27/2018 mediante la que aprobó los “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”, dirigidos a empresas, organizaciones de la sociedad civil, personas jurídicas, agencias estatales y operadores del sistema de justicia, a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción.

⁸⁸ La norma de referencia establece penas que podrán ser multas de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la suspensión total o parcial de actividades, (por un máximo de 10 años); la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado; la disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; y la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

En junio de 2019, fue publicado el último informe sobre nuestro país, realizado por el Grupo de Trabajo en el marco de la Fase 3 bis. Allí concluyó que la Argentina aplicó plenamente 15 recomendaciones, parcialmente 23 y no aplicó 7.⁸⁹

Después de casi veinte años de la primera evaluación, la Argentina cumplió finalmente con las recomendaciones tendientes a introducir la responsabilidad de las empresas por el soborno en el extranjero, establecer la jurisdicción de la nacionalidad para enjuiciar este delito y rectificar varias deficiencias en el tipo penal. Esto último fue una de las principales razones que motivaron la decisión de realizar una segunda evaluación de Argentina, dentro de la Fase 3.⁹⁰

En ese informe el Grupo también advirtió que, si bien los principales casos de corrupción interna revisten mucha atención judicial y de los medios de comunicación, los procesos en los que se investigan hechos de soborno transnacional siguen enfrentándose a largas demoras. Ninguno de ocho casos de soborno extranjero que estaban en curso en el momento del informe llegó a juicio o acusación.⁹¹

Las críticas no sólo estuvieron dirigidas a los aspectos legislativos y de otra índole que aún restan corregirse, sino que también a la actuación de algunos organismos, entre los que se encuentran la Procuración General de la Nación, el Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial de la Nación.

III.c La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en la legislación argentina

Argentina participó activamente en la confección y puesta en vigor de esta Convención. Toda la negociación de los mecanismos relacionados con

⁸⁹ <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Argentina-3bis-follow-up-report-ENG.pdf>

⁹⁰ <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>

⁹¹ Mediante la Recomendación 4 c) - se pidió a la Argentina que mantuviera estadísticas detalladas de las sanciones (incluida la confiscación) impuestas en casos de soborno y otros delitos económicos. Esta consigna no fue cumplida por Argentina, de hecho, no proporcionó estadística integral y completa, sino que aportó informes con datos parciales de algunos órganos de represión, pero gran parte de la información se refería a la incautación -no al decomiso- y abarcaba todos los delitos, no el soborno y los delitos económicos.

la implementación de la Convención por los Estados Parte fue sumamente debatida. Desde un principio, hubo posiciones encontradas sobre este tema.

En uno de los extremos se encontraba la delegación de Noruega, que presentó una propuesta muy detallada de seguimiento de implementación inspirada en los mecanismos de revisión entre pares vigentes en la OCDE y en la OEA.

En contraposición, otras delegaciones que no aceptaban tratar ningún tema relacionado con un mecanismo de seguimiento. La posibilidad de injerencia en la soberanía de los Estados fue el argumento más comúnmente esgrimido para oponerse a la inclusión de disposiciones de este tipo.⁹²

Otro argumento utilizado por quienes se oponían a la inclusión de referencias específicas a un mecanismo de seguimiento fue que un tema tan sensible debía ser debatido en el seno de la Conferencia de los Estados Parte, es decir, entre aquellos países que ratificaran la Convención. Incluso algunas de las delegaciones, sostuvieron que la incorporación de referencias expresas a un determinado formato de seguimiento podría provocar la no ratificación de su texto. Muchas de estas delegaciones sostenían que no había que apartarse de los términos ya aceptados al momento de negociar la Convención contra la delincuencia organizada transnacional.

Por otro lado, quienes bregaban por la incorporación de un mecanismo de seguimiento, hicieron énfasis en los avances significativos que se observaron en las experiencias de OCDE y CICC.

Adicionalmente se sostuvo que los mecanismos estaban claramente orientados a la cooperación y en ningún modo implicaban interferencia en asuntos internos de los Estados. Con el correr de la negociación, la mayoría de las delegaciones se fue inclinando por dejar en manos de la Conferencia de los Estados Parte las definiciones sobre el seguimiento de la aplicación.

⁹² RAIGORODSKY, Nicolás. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: nuevos paradigmas para la prevención y combate de la corrupción en el escenario global*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Oficina Anticorrupción, 2007. <http://www.anticorrupcion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf>

Algunos países, entre los que se encontraba la República Argentina, mantuvieron su posición de que era recomendable fijar desde el texto de la Convención las prescripciones sobre el seguimiento, pero viendo hacia donde se orientaba el consenso, acordaron trabajar para incorporar dentro del artículo referido a la Conferencia de Estados Parte, referencias a un mecanismo de aplicación.⁹³

Se llegó así a la Resolución 3/1 durante el tercer período de sesiones, celebrado en Doha del 9 al 13 de noviembre de 2009, en el cual la Conferencia de los Estados Parte en la CNUCC aprobó el Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención.⁹⁴

Tal mecanismo comenzó a implementarse y, recientemente, se aprobó el Primer Informe Ejecutivo realizado a la República Argentina (2011-2015)⁹⁵, en el que se evaluaron en el marco de la primera Ronda los capítulos 3 (criminalización) y 4 (cooperación internacional).

En el informe se concluyó que el ordenamiento jurídico interno de la República Argentina está conforme con este párrafo del artículo 16 a) de la CNUCC. Estimaron que el delito de soborno transnacional está redactado de acuerdo con las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre soborno transnacional de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales de OCDE.⁹⁶

Sin embargo, realizaron varias observaciones que merecen destacarse, como por ejemplo la falta de tipificación de la conducta descripta en el artículo 16.2 de la Convención, relativa al cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas.⁹⁷

⁹³ RAIGORODSKY, *op. cit.* p. 5.

⁹⁴<http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/ONU%20Res%20Conf%20Estados%20Parte.pdf>

⁹⁵ Examen por Panamá y Singapur sobre la aplicación por parte de Argentina de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015

⁹⁶http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/Grupo_Mec_Exa_Info_Argentina%20DEF.pdf

⁹⁷ Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas - Párrafo 2 : Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando

Aunque se trata sólo de una recomendación y no de una disposición de carácter obligatorio; el mismo informe se encarga de aclarar que la figura podría ser internamente cubierta por el cohecho pasivo previsto en los artículos 256 y concordantes del Código Penal, es decir, el cohecho de sus propios funcionarios.

También señaló que el Código Penal argentino no prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte general⁹⁸, es decir que no existen sanciones penales para ellas por su participación en la mayoría de los delitos tipificados en la CNUCC, pues esta sólo se encuentra prevista en delitos especiales como el de lavado de activos de origen delictivo (artículos 303 y 304 del Código Penal, según la Ley 26.683); y también en los delitos de uso indebido de información privilegiada o manipulación de valores negociables en la negociación, cotización, compra, venta y liquidación de esos instrumentos financieros (artículos 307 a 313 del Código Penal, según la Ley 26.733).

Este informe que aquí comentamos es el único realizado por el Mecanismo hasta el momento. En esta primera intervención se dedicó, como se ve, a los aspectos formales de la legislación interna, cuestión que ya había sido abordada largamente por los otros dos Mecanismos de Seguimiento (OCDE y CICC).

Para alcanzar los objetivos centrales de la CNUCC -prevención y combate eficaz contra la corrupción- se debería avanzar con los controles simultáneos a los Estados parte en nuevas etapas de que abarquen el examen de cuestiones nodales como por ejemplo, la organización del Estado en materia de licitación de obra pública, regulación del sistema financiero, etc.; pues ese podría ser el camino para generar condiciones para la conformación de gobiernos honestos, transparentes y abiertos a sus comunidades.

se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales

⁹⁸ A excepción del artículo 23, conforme la ley 26.683

IV. El delito de soborno transnacional en el derecho penal argentino

IV.a. Antecedentes

En nuestro país, se incluyó la figura del soborno transnacional en el Código Penal, a raíz de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina al suscribir, primero la CICC y luego la Convención OCDE.⁹⁹

En efecto, una de las primeras respuestas legislativas para receptar la letra de la Convención, fue la sanción de la ley 25.188¹⁰⁰ de Ética Pública, a través de la cual incorporó al Código Penal el delito de soborno transnacional en el artículo 258 bis, con la siguiente fórmula:

“será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionados con una transacción de naturaleza económica o comercial”.

Luego, al aprobarse el Convenio OCDE, se promovió la reforma del tipo penal con el objetivo de adecuarlo a sus consignas. Conforme el mensaje que acompañó el Proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo Nacional¹⁰¹, la propuesta de modificación del artículo 258 bis del Código Penal obedeció a la necesidad de adaptar la norma a las exigencias del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales

⁹⁹ ABRALDES, Sandro. *La adecuación del soborno transnacional a la normativa internacional*. En Reformas Penales, Coordinador Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni, 2004.

¹⁰⁰ Sancionada el 29 de septiembre de 1999. B.O. 11/11/1999

¹⁰¹ Mensaje enviado el 25 de marzo de 2002, que puede leerse en el sitio: <http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/PEN%20reforma%20258%20bis%20CP.pdf>

Mediante la sanción de una nueva ley, la 25.825¹⁰², el delito quedó redactado así:

“Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”.

IV.b. Tipificación actual

En 2017 el artículo 258 bis sufrió una nueva modificación, a través de la ley 27.401¹⁰³. El tipo penal quedó finalmente así redactado:

“Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omite realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de

¹⁰² Sancionada el 19 de noviembre de 2003. B.O. 11/12/2003

¹⁰³ Sancionada el 1/12/2017 con vigencia a partir de los noventa días de su publicación en el Boletín Oficial (B.O. 1/12/17).

organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.”

El delito de soborno transnacional tiene como específica característica la existencia de un funcionario público de otro Estado, al que le ofrecen dinero, dádivas, etc., para que realice u omita un acto relacionado con sus funciones, o dentro del ámbito de su influencia, con el objetivo de lograr un beneficio económico.

El primer texto sólo preveía el soborno de un funcionario público extranjero, mientras que hoy, abarca también al funcionario de una organización pública internacional.

Con la nueva redacción, es indistinto quien es el destinatario del beneficio ya que puede ser el propio sobornado o un tercero.

También se agregó la exigencia de que la transacción a realizarse puede ser de naturaleza financiera, no sólo económica o comercial.

Al respecto se afirma que haber diseñado la figura del soborno transnacional en forma aislada, apartándose de la modalidad descriptiva del Código Penal en la redacción el cohecho activo, pasivo, tráfico de influencias, etc., implicó una injustificada limitación del soborno transnacional.¹⁰⁴

Otra diferencia entre los textos es que, en el anterior, el beneficio económico era a cambio de que el funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas. En cambio, en la nueva redacción

¹⁰⁴ RIMONDI, Jorge Luis. *El soborno transnacional*. LL, 2002 F.1200, Online: AR/DOC/8732/2001. “así, en el cohecho activo ninguna especificación se realiza en cuanto al contenido de la obligación de hacer o no hacer relativa a su cargo a la que se compromete el funcionario público en el negocio ilícito. De tal modo, cometería el delito de cohecho activo calificado, el particular que entregase una dádiva a un Agente Fiscal, con la finalidad de que éste inste al sobreseimiento en una causa criminal por homicidio. En cambio, el art. 258 bis exige para la tipificación del soborno transnacional que el acuerdo venal se refiera a una transacción de naturaleza económica o comercial y, por lo tanto, siguiendo con el ejemplo dado, el particular no resultaría punible por nuestra legislación, de tramitar el expediente penal en un Estado extranjero. Nuestro país, al ratificar la Convención ha reconocido expresamente que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia”, sin realizar distinción alguna respecto del contenido de los espurios acuerdos. De tal modo, debe afirmarse que cualquier acto de corrupción -vinculado o no a una transacción de naturaleza económica o comercial- atenta contra el ideal de Justicia, contrariando por ende uno de los fines constitutivos del estado argentino. Así las cosas, una limitación al respecto -como la contenida en el actual art. 258 bis- no sólo es injustificada, sino que es contraria a nuestra Carta Magna.”

el autor obtiene un beneficio económico a cambio de que el funcionario realice u omita realizar un acto *relacionado* con el ejercicio de funciones públicas.

Entonces la ventaja obtenida, no necesita serlo mediante la acción u omisión del funcionario en ejercicio específico de sus funciones, sino que esa ventaja puede ser obtenida mediante el ejercicio de funciones públicas en general, lo cual implica que no necesariamente debe tratarse de una acción u omisión que concierne particularmente al funcionario, sino que podrá imputársele también cuando aquel acto esté relacionado de manera general con el ejercicio de funciones públicas.

El tipo penal castiga a quien ofrece, promete u otorga, indebidamente, dádivas, favores, promesas o ventajas a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional.

Se trata, como sostiene Eiroa, de un delito mutilado en varios actos, y aunque se requiere de otros comportamientos para alcanzar el propósito deseado por el autor, la norma se contenta con prohibir sólo algunos de los actos encaminados a la producción del resultado, razón por la cual se entiende que al sancionar estas conductas previas se anticipa el momento de la consumación.¹⁰⁵

¹⁰⁵ EIROA, Pablo D., *Soborno Transnacional*, Thomson Reuters, Online: AR/DOC/836/2020

Capítulo 2: La Criminalidad transnacional en el contexto de actividades estatales y comerciales

I. La corrupción como componente central del soborno transnacional

Para una mejor comprensión de esta modalidad delictiva, se debe mencionar, aunque de forma somera, el significado y la evolución del término corrupción.

Los actos de corrupción estuvieron presentes siempre que existió un grupo humano organizado, y los primeros testimonios datan de siglos.¹⁰⁶

Existe cuantiosa bibliografía dedicada a definir al tema. Se la estudia desde distintas disciplinas: ciencias sociales, políticas, jurídicas, económicas, históricas.

También la corrupción invade de forma permanente a la opinión pública, por los hechos que muchas veces involucran a importantes funcionarios de los países, y por ello constituye un tema prioritario para los medios de comunicación.

Como vimos en el capítulo anterior, existen numerosos organismos internacionales que activamente trabajan sobre la corrupción, sus implicancias y su impacto mundial.¹⁰⁷

La palabra “corrupción” proviene del latín “corruptio” definida por la Real Academia Española como la acción o efecto de corromper.¹⁰⁸

¹⁰⁶ En un acta de un tribunal neosumerio, del año 2000 a.C., consta el pago de un soborno a un funcionario. Vogt, Andreas Oliver. *KorruptionimWirtschaftsleben. Eine betriebswirtschaftlicheSachen-Nutzen-Analyse*, DeutscherUniversitäts Verlag, Wiesbaden, 1997, p.1. Esta cita ha sido extraída de BENITO SANCHEZ, Delmesa, op. cit. p. 31.

¹⁰⁷ HUBER, Bárbara, *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. Manuscrito de la Conferencia dictada durante las Jornadas del Congreso de Alumnos de Derecho Penal celebrado en el mes de marzo del 2002 en la Universidad de Salamanca. Traducción de ONTIVEROS ALONSO, Miguel, Becario de Investigación, Universidad de Salamanca. La autora, al analizar los instrumentos internacionales dictados en esta materia se pregunta ¿por qué son necesarios tanta cantidad de convenios para regular de forma unificada un fenómeno tan evidente?

¹⁰⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=corrupción.

La definición con que, por lo común, acuerdan los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales, es aquella descrita como el abuso de la función pública para beneficio privado.¹⁰⁹

Malem Seña entiende por actos de corrupción:

- Un acto de corrupción implica la violación de un deber posicional. Quienes se corrompen transgreden, por activa o por pasiva, o provocan la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen.¹¹⁰
- Para que exista un acto de corrupción debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia. La corrupción puede tener naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar de estos distintos niveles a la vez.
- Los actos de corrupción están siempre vinculados con la expectativa de obtener un beneficio extraposicional y no es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etc.¹¹¹

Hasta aquí, la corrupción se definiría como una relación entre dos partes necesariamente, donde una de ellas recibe u ofrece una prestación, contraria a sus obligaciones funcionales, a cambio de una contraprestación.

De ello podría deducirse que la corrupción es un fenómeno marginal o excepcional, en el que existen actos de deslealtad de un individuo que privilegia intereses personales a expensas de los intereses de la entidad a la que representa o para la cual presta sus servicios. Se trataría de una excepción a la conducta social común, que es ajena a este tipo de acciones.

¹⁰⁹ PARKER, Norma. *La Corrupción en América Latina: Estudio Analítico Basado en una Revisión Bibliográfica y Entrevistas*. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2004. p.25, sitio: <http://www.bibliotecavirtual.info/2011/05/la-corrupcion-en-america-latina-estudio-analitico-basado-en-una-revision-bibliografica-y-entrevistas/>

¹¹⁰ Similar PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Corruption as Disloyalty?*, en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Springer, Nueva York, 2017, pp. 315 y ss., con más referencias bibliográficas.

¹¹¹ MALEM SEÑA, Jorge F. *La Corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa. S.A. Barcelona, 2002, pp. 32-35.

Sin embargo, esta definición es insuficiente para dar cuenta de la magnitud de un fenómeno que atraviesa a toda la sociedad, en todos sus estratos sociales.

La corrupción confunde las esferas de lo público y lo privado,¹¹² pero no sólo a través de la inserción de motivaciones e intereses particulares como motivo o causa de los actos públicos; sino también puede encontrarse en cualquier negocio comercial aún cuando involucre sólo al sector privado.

La variedad y el colorido de los actos de corrupción es frondosa y han acompañado desde siempre e invariablemente a fenómenos que la criminología agrupó bajo los nombres de delito de cuello blanco y de crimen organizado, con todas sus variantes y subespecies, pues este tipo de ilícitos no pueden desarrollarse si no cuentan con la complacencia de los poderes públicos, además de otros requisitos.¹¹³

Se ha dicho también que, a través de la corrupción, el acceso a la ley se restringe a unos pocos y da lugar a que ese instrumento resulte un medio óptimo para lograr la atribución de privilegios, menores cargas relativas, subsidios y otros beneficios innumerables que en definitiva se vierten en favor de unos pocos en función de relaciones no (inter)mediadas por la ley sino por lazos personales de colusión.¹¹⁴

Con ello, la ley se convierte en un recurso público generador de beneficios desiguales.

Kindhäuser define a la corrupción como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido, y señala que la doctrina dominante en Alemania conceptúa como un “acuerdo delictivo” pues existe una relación entre la prestación y la contraprestación.

¹¹² VIRGOLINI, Julio, E.S. *Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del derecho*, en: BAIGÚN, David/ GARCÍA RIVAS, Nicolás (directores), *Delincuencia económica y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 83-112.

¹¹³ VIRGOLINI, Julio, E.S. *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 258.

¹¹⁴ Ídem, p. 259.

Destaca otros elementos esenciales para definirla, por ejemplo, que aquélla existirá cuando la recompensa esté referida a una especial posición de deber en favor de otro y también que la ventaja debe ir en contra del interés en el correcto ejercicio de la actuación funcional.

Ejemplifica este punto así: “El asesino K mata a la víctima O por la recompensa que le ha prometido su mandante A. Segundo caso: El funcionario policial P deja huir al detenido en prisión preventiva U por la recompensa que le ha prometido su mandante A. En ambos casos, el autor se deja pagar por la comisión de un delito. Sin embargo, solamente en el segundo caso se ha dado una corrupción. La diferencia entre ambos casos radica claramente en que el funcionario policial tiene no sólo el deber general de omitir la liberación del detenido –como el asesino tiene el deber general de no matar a otro–, sino también el deber específico frente a su jefe del servicio de vigilar al detenido”.¹¹⁵

Pero este enfoque, resumido en una desviación de los deberes funcionales, pareciera que circunscribe los actos de corrupción a los que realizan sólo los funcionarios públicos, cuando las dinámicas de las redes de corrupción exceden por mucho su actuación, tratándose de actos de suma complejidad que permiten a las grandes corporaciones operar sin reglas con la única finalidad de obtener un beneficio económico.

Los actos de corrupción, vistos desde la mirada de la criminalidad económica, consisten más bien en el desarrollo de estrategias ilegales de acumulación de capital, razón por la cual poderío del mercado reside en el comportamiento de unidades económicas concentradas, bajo formas de negociación que oscilan entre la formalidad, la informalidad y la ilegalidad.

Esta mezcla particular de tramos legales e ilegales formula la pregunta sobre el funcionamiento del orden económico, en el cual pareciera que no hay orden en sí mismo, sino relaciones de fuerza entre empresas y el Estado, condicionadas por la estructura (oligopólico, monopólico) y el tipo de mercado específico (mercado de capitales, de trabajo, de consumo, etc.).

¹¹⁵ KINDHÄUSER, Urs, *Presupuestos de la Corrupción Punible en el Estado, la Economía y la Sociedad. Los delitos de Corrupción en el Código Penal Alemán*, en *Política Criminal*, volumen 2 núm. 3, A1, p. 118, Sitio <http://www.politicacriminal.cl>

Por eso, se sostiene que, en el contexto de mercados caracterizados por la fuerte presencia de procesos de concentración en manos de grandes grupos económicos, la corrupción - más allá de sus definiciones normativas- expresa un componente necesario en el desarrollo de prácticas negociables, abriendo oportunidades agregadas, o acelerando procesos de toma de decisión. De allí se afirma que la corrupción cumple una función indispensable para el logro de los objetivos de grandes grupos económicos.¹¹⁶

Por todo ello, resultan más adecuados aquellos puntos de vista que permiten observar corrupción tanto en conductas públicas como privadas, sin perjuicio de que, con razón, asignan más gravedad a la corrupción pública. Para lo primero, debe abstraerse un poco más el concepto de corrupción, de forma tal que sea de aplicación más general. Para lo segundo, es necesario precisar qué es lo que diferencia a la corrupción pública de la corrupción privada. Ambas cuestiones son abordadas por Pérez Barberá en sus reflexiones sobre el concepto de corrupción, que expondré a continuación.

En cuanto al concepto general de corrupción, Pérez Barberá, siguiendo en parte a algunos de los autores aquí citados, entiende que hay corrupción si, conjuntamente, se dan los siguientes tres elementos: a) deslealtad (en el sentido ya mencionado de “violación a un deber posicional”; b) abuso de poder (jurídico o fáctico); y c) obtención de una ventaja económica.

Pérez Barberá sostiene que la definición de corrupción recién señalada captura toda forma de corrupción, tanto la pública como la privada; y considera corrupto tanto a quien es corrompido como a quien corrompe. Lo esencial para considerar que existió un acto corrupto es el haber logrado una ventaja ilícita a partir de la violación de un deber posicional, lograda mediante el abuso de una posición de poder.

Por su parte, en cuanto a lo que diferencia a la corrupción pública de la privada, afirma Pérez Barberá que sólo el poderoso tiene capacidad de corromper y de ser corrompido, y solo el corrupto o el favorecido por

¹¹⁶ BAIGÚN, David/BISCAY, Pedro. *Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica*. En *Delincuencia económica y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 16.

corrupción, en tanto genera un estado de cosas sumamente grave o se beneficia por este. Al hacer la distinción entre ambas modalidades, sostiene que habrá corrupción pública si quienes obran de ese modo, corrompiendo o corrompiéndose, son funcionarios estatales (jueces, fiscales o integrantes de otros poderes del Estado), o será corrupción privada si se trata de personas que, por su posición de poder en el ámbito privado, son capaces de lograr esa clase de beneficios, o bien sobornando o simplemente influyendo indebidamente a funcionarios (en cuyo caso habrá corrupción por doble vía).

Resalta además que la corrupción pública es más grave que la privada, en tanto expresa, tanto del lado del corrupto como del corruptor, un completo desapego, incluso emocional, respecto de aquello de “sagrado” -en sentido cívico- que lo público debería representar para dichas personas. Implica, en definitiva, la ausencia de ese posicionamiento moral de respeto reverencial hacia aquello que lo público representa en una sociedad.

Esas razones lo llevan a afirmar que es mucho más grave la corrupción pública, por su muy seria inmoralidad intrínseca, más allá del daño económico que produce y de las consecuencias nefastas que sin dudas genera, también, en el terreno de la justicia y de la igualdad.¹¹⁷

Para Garzón Valdés, en la línea argumental de Kindhäuser pero incorporando otros conceptos, la corrupción es la violación limitada de una obligación por parte de uno o mas decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costes del soborno o del pago o servicio del extorsionado.¹¹⁸

Luego de analizar a quienes llama “decisores” y de definir lo que para él es un “sistema normativo relevante político”¹¹⁹, el autor concluye que la democracia representativa institucionalizada en un “Estado Social de Derecho” es el sistema normativo relevante político del que puede predicarse

¹¹⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *Revisión de la cosa juzgada corrupta “contra reo”*. Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, IUSDC3287989A, 2021, p. 4.

¹¹⁸ GARZÓN VALDES, Ernesto. *Acerca de la Calificación Moral de la Corrupción. Tan solo una propuesta*. Edición digital de Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 21, 2004, pp. 9-21.

¹¹⁹ Así llama ese autor al conjunto de principios y reglas que establece el status deóntico de las personas que actúan dentro del sistema en cuestión, op cit. p. 14.

legitimidad. Por esa razón, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de sus decisores no sólo es intrasistémicamente disfuncional sino también inmoral.

Paradójicamente la democracia, según Garzón Valdez, es el sistema político más vulnerable a la corrupción, siendo una de las dolencias más graves que debe enfrentar un sistema democrático, en el cual los actos corruptos son sólo la punta del iceberg de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático.

Dice que la alarmante difusión de la corrupción se debe no sólo al atractivo cada vez mayor de los beneficios extraposicionales, sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad.

Por eso Francisco Nieto se pregunta si la corrupción es la causante de la precariedad democrática o la precariedad democrática es la causante de la corrupción, o es que simplemente la democracia y la corrupción no pueden vivir divorciadas.¹²⁰

Sobre la relación entre democracia y corrupción existes variadas opiniones; basta señalar aquí que, a nuestro criterio, la corrupción no se encuentra concentrada en una región determinada del planeta, ni es monopolio de un determinado sistema político.

De hecho, no existen estudios concluyentes acerca de qué forma de gobierno es la que favorece más el crecimiento económico y aunque la mayoría de los países más ricos son democráticos, no hay evidencia estadística tampoco entre crecimiento y gobierno democrático.

¹²⁰ NIETO, Francisco. *¿La democracia Latinoamericana puede vivir sin corrupción?*, publicado en el sitio www.nuevasociedad.org.ve, citado por RIQUERT, Fabián Luis, *Instrumentos de Derecho Internacional Público Iberoamericano para la prevención contra la corrupción*, en *Delincuencia económica y corrupción*, op cit., p. 119.

Rose Ackerman y Palifka atribuyen ello a que la palabra democracia es un término demasiado general que captura muchas formas de gobierno distintas. Las autoras aseguran que una estructura gubernamental que funciona bien en un país puede ser disfuncional en otro contexto; y la corrupción generalizada es un tipo de disfunción.¹²¹

Luego de brindar varios ejemplos significativos de gobiernos democráticos dentro de los cuales existen sistemas corruptos consolidados, concluyen que existen algunos rasgos de esos sistemas políticos que favorecen o contribuyen a la corrupción.

Afirman con agudeza que la naturaleza de la corrupción depende no sólo de cómo se organiza el gobierno, sino también de cómo se organiza el poder de los actores privados. Lo más importante es cuánto poder de negociación tienen el gobierno y los actores privados cuando hacen negocios entre ellos.

De allí concluyen que, si un gobierno democrático dispersa poder entre funcionarios públicos, puede darle a cada uno de ellos un pequeño poder de negociación frente a poderosos intereses privados. En definitiva, establecer un sistema político competitivo, una democracia exitosa puede tener necesidad de alentar la creación de mercados privados competitivos, pues de otro modo los intereses privados poderosos pueden terminar tomando el control del Estado para sus propios fines.¹²²

La llamada gran corrupción, a diferencia de la pequeña corrupción, involucra pocas personas y mucho dinero. Aunque la pequeña corrupción es percibida por los ciudadanos con mayor facilidad, la gran corrupción, ligada a empresarios que negocian con el Estado (privatizaciones; concesiones, etc.) se presenta a veces como más lejana, sin percibirse a simple vista el daño que provoca.

Más allá de que ambas formas delictuales están entrelazadas, es la gran corrupción la que socava con mayor intensidad el desarrollo y la distribución; es la que pone en jaque también valores democráticos, como por ejemplo la igualdad.

¹²¹ ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie. *Corrupción y gobierno*, op. cit., p. 302.

¹²² Ídem, p. 302.

De todas las modalidades que puede abarcar un acto de corrupción,¹²³ aquí como ya se sabe, sólo nos abocaremos a los sobornos ofrecidos a funcionarios públicos extranjeros.

El soborno, a diferencia de lo que ocurre con otros actos de corrupción, es el que mas fácilmente sobrepasa las fronteras nacionales y, en los últimos decenios, se han expandido de un modo exorbitante en el mundo.

Algunos encuentran las causas de ello en el efecto de la globalización, cuya característica principal en la intensificación de la dependencia mutua de los Estados más allá de sus fronteras nacionales y la reducción de aquéllas para facilitar la libre circulación de personas y capitales.¹²⁴

Esta expansión e interrelación entre los Estados, producida por el fenómeno de la globalización, significó un rotundo cambio que atravesó todos los estratos sociales, los sistemas jurídicos y las relaciones internacionales de las naciones.¹²⁵

La irrupción de empresas multinacionales junto a la relajación de las limitaciones comerciales establecidas para proteger la soberanía de los Estados dio lugar a una ampliación de los mercados, en tanto se facilitó la circulación libre de capitales, mercadería y personas.

La ausencia de controles por parte de los Estados respecto de los negocios y las contrataciones que llevan adelante grandes empresas dio lugar a hechos de corrupción, que, al atravesar varios Estados en su *itercriminis*, se la llamó corrupción transnacional.

¹²³ Dejamos de lado el favoritismo, el abuso de poder, la corrupción política en momentos de elecciones, los gastos de campaña, el financiamiento de partidos políticos, los conflictos de interés, etc.

¹²⁴ BECK, Ulrich. Was ist Globalisierung?, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 88. Esta cita ha sido extraída de Benito Sanchez, Delmesa, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁵ No nos referimos exclusivamente a los actos de corrupción. Este nuevo esquema mundial trajo consigo nuevas formas delictivas, algunas a gran escala, como ser el tráfico migratorio de seres humanos, la trata de personas con fines de explotación laboral y/o sexual, el narcotráfico, el contrabando, el blanqueo de activos, etc.

El considerable interés mostrado en el ámbito internacional para dotarse de instrumentos normativos adecuados, como vimos en los capítulos anteriores, se debió a que la acción llevada a cabo unilateralmente por cada país fue vista como insuficiente para atender a la complejidad y amplitud de efectos de tal fenómeno.

La intervención frente a la corrupción transnacional constituyó una prioridad para las principales instituciones internacionales: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial o la Cámara Internacional del Comercio.

Sin embargo, la pluralidad de iniciativas normativas no fue sinónimo de unidad de criterio de las medidas a adoptar frente al fenómeno del soborno transnacional, sino más bien al contrario.

Tal como quedó de manifiesto al estudiar en los capítulos anteriores, las marchas y contramarchas que atravesaron cada uno de los acuerdos y tratados internacionales, evidencian las significativas divergencias tanto entre los Estados como entre los organismos multilaterales, ya sea desde la propia definición del concepto, hasta el alcance de los deberes de tipificación.

Por eso, la delincuencia económica de la globalización marca la política criminal de los últimos tiempos, aunque posee hoy una elaboración dogmática pendiente de completarse, cuya concreción constituye uno de los desafíos más sugestivos que van a definir la evolución misma del derecho penal.

II. Por qué castigar el soborno transnacional

En primer lugar, es importante resaltar que existe un cierto paralelismo entre la justificación moral del castigo y la justificación moral de la criminalización, al menos en cuanto a que, en ambos ámbitos, compiten entre sí concepciones consecuencialistas (que en justificación del castigo serían los argumentos preventivistas) y deontológicas (que en justificación del castigo serían los argumentos retribucionistas). Pero lo cierto es que se trata de dos asuntos bien diferentes, que conviene no confundir. Una cosa es justificar el castigo como práctica de aplicar algún tipo de dolor a quien comete infracciones cuya legitimidad legislativa no se discute, y otra es justificar la legitimidad de la inclusión de tales infracciones como tipos penales en una legislación. Aquí me ocuparé únicamente de esto último.

Como vimos en los capítulos anteriores, las razones que se brindaron desde los organismos internacionales para justificar la criminalización del soborno transnacional estuvieron basadas en argumentos consecuencialistas, relativos a la conveniencia de castigar esos hechos, hacerlo en la mayor cantidad de países posibles, unificar la legislación mundial, acabar con el flagelo de la corrupción transnacional, etc.

Sin embargo, si partimos de una concepción que esté interesada en brindar argumentos deontológicos para justificar la criminalización, entonces esas razones puramente consecuencialistas nos resultarán insuficientes. Argumentos deontológicos, en este contexto, son aquellos cuyo poder justificatorio reside no en las buenas consecuencias de criminalizar una determinada clase de conducta, sino en la corrección en sí, o intrínseca, que sería dable predicar de esa decisión legislativa. Tales argumentos son, entre otros, los que están basados en el análisis de la incorrección moral de la clase de conducta de que se trate, y los que están basados en si esa clase de conducta causa o produce un daño.

Ahora bien, se acuda a razones vinculadas a la incorrección moral o al daño, se tratará *siempre* de una discusión acerca de la justificación *moral* de la criminalización. Es decir, lo que está en juego es determinar si está bien o si está mal criminalizar el soborno transnacional; o, más precisamente, si es moralmente correcto o incorrecto hacerlo.

Así, si se sostiene que es correcto criminalizar porque el soborno transnacional es moralmente incorrecto, se está dando, ciertamente, una razón moral (y deontológica) para criminalizar. Pero si se afirma que es correcto criminalizar el soborno transnacional porque la clase de conducta en cuestión causa un daño, también se está dando una razón moral para justificar esa criminalización.

En el primer caso (argumento de la incorrección moral), ello es obvio. La teoría según la cual la incorrección moral de una conducta es una

condición necesaria y suficiente para su criminalización se conoce como “moralismo jurídico”. Su principal exponente es Michael Moore.¹²⁶

Esta teoría presupone una metaética no relativista: hay respuestas correctas a las preguntas morales (acerca de las cosas que debemos o no debemos hacer). Criminalizar conductas está justificado porque y en la medida en que esas conductas consistan en comportamientos moralmente incorrectos. Lo que anima al moralista jurídico es hacer del mundo un lugar moralmente mejor, no el bienestar de los ciudadanos (a diferencia de los utilitaristas).

Pero también se argumenta en términos morales –y deontológicamente– si se acude al daño como razón para aquella justificación. Porque en tal caso no se dirá que está justificado criminalizar el soborno transnacional para prevenir los daños que puede causar (eso sería un argumento moral, ciertamente, pero consecuencialista); en tal caso lo que se afirma es que está justificado criminalizar esa clase de conducta porque es dañina, con total independencia de la cuestión de si, por criminalizarla, tales daños pueden ser prevenidos.

A quienes sostienen que la generación de un daño es una condición necesaria y suficiente para criminalizar una conducta, se los conoce como adeptos de la teoría liberal clásica. Según esta posición, el principio del daño constituye por un lado una razón en favor de la criminalización y, por otro, una limitación pues, si penalizar determinado comportamiento no es estrictamente necesario para prevenir daños, no es legítimo definir dicha acción como delito.¹²⁷

Desde luego -como sostuvimos anteriormente-, no hace falta ser moralista jurídico para que la incorrección moral de la conducta importe para la justificación de la criminalización, en la medida en que muchos consideran, siquiera implícitamente, que esa incorrección funciona como condición necesaria (pero no suficiente) para justificar su castigo.¹²⁸ Para muchos otros,

¹²⁶ MOORE, Michael, *A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

¹²⁷ RUSCA, Bruno, *En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño / The Abandonment of a Criminal Attempt as Imputable Avoidance or Prevention of the Offense's Consummation*, *Polít. crim.* Volumen 15, Número 30, Diciembre 2020, pp-811-839 <http://politicrim.com/2020-volumen-15-numero-30/>

¹²⁸ Así podría ser descrita la concepción de Feinberg, por ejemplo, que exige daño *ilícito* (es decir, daño moralmente incorrecto) para justificar la criminalización de ciertas clases de conducta. Cf. Feinberg, *.

en tanto (no adeptos a la teoría moralista jurídica), el daño es una condición necesaria y suficiente para criminalizar una conducta, al menos de acuerdo con sus formulaciones explícitas.¹²⁹

De una manera similar, nótese que el daño es sumamente relevante también para el moralista jurídico. A éste, en efecto, también le interesa saber si la conducta cuya criminalización analizará causa o no daño, en la medida en que –dirá– habrá razones para criminalizar las acciones dañosas porque y en la medida en que tenemos obligaciones morales de no producir (y a veces también de prevenir) esos daños. Esas obligaciones morales, por tanto, nos dan razones para criminalizar.

Por lo demás, hay teorías que combinan ambos elementos (la incorrección moral y el daño) a la hora de justificar la criminalización. O incluso que consideran que ambos elementos pueden operar como razones suficientes para criminalizar de modo legítimo. Es decir, que tanto la incorrección moral como el daño pueden ser, simplemente, buenas razones para criminalizar, y que en ocasiones bastará con constatar la concurrencia de uno o de otro para alcanzar dicha legitimidad.

Enseguida veremos, someramente, algunos de los argumentos que permiten mostrar la utilidad del análisis de ambos elementos mencionados (o la inconveniencia de concentrarse sólo en uno de ellos). Pero antes de ello hay que tener en cuenta que, como afirma Green que, la ilicitud moral y el daño son conceptos analíticamente distintos. Lo ejemplifica del siguiente modo: un desastre natural como ser un tsunami, o una enfermedad grave como el cáncer, evidentemente causan daño; pero ninguno de ellos constituye una infracción a una norma moral. Matar a otra persona en legítima defensa, también causa un daño; pero esa conducta se considera lícita, es decir moralmente correcta.¹³⁰

El autor sostiene que, en delitos de cuello blanco, categoría en la que claramente ingresa el soborno transnacional, esta distinción cobra especial

¹²⁹ En el ámbito continental europeo, por ejemplo, esta sería la posición de los partidarios de la teoría del bien jurídico, que –insisto: por lo menos en sus formulaciones explícitas– se contentan con la mera afectación de un bien jurídico (esto es, con la causación de un daño) para justificar la inclusión legislativa de ciertos tipos penales. Cf., por todos, Jescheck, *

¹³⁰ GREEN, Suart P. *Mentir; hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Traducción de José Ramón Agustina SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 75.

relevancia en tanto en estas clases de conductas los daños causados muchas veces no son distinguibles de los provocados por las conductas legales.

En efecto, la eventual distorsión en el mercado, o la afectación a las reglas de la competencia que podría causar la concreción de una operación comercial ganada gracias a un soborno, podría ser igual a la afectación de esos intereses producida por otra operación del mismo tenor en la que ese soborno no hubiera existido.

Por lo tanto, y como dice Green, si asumimos que los actores relevantes “jugarán conforme a las reglas” y no violarán derechos de nadie, no consideraremos ilícitos los daños que sean fruto de la justa competencia.¹³¹

Esto nos podría inducir a pensar que no podemos justificar la criminalización sólo a partir del daño que la conducta causa, sino que es necesario que previamente ella sea incorrecta para las normas morales porque, como dice Verde, la noción de daño es puramente fáctica y, en todo caso, si resulta que se trata de un daño ilícito es porque, por alguna razón normativa independiente a la existencia del daño, se habrá llegado a esa conclusión.¹³²

Ella lo ejemplifica con el concepto de acción, y podría usarse con cualquier otro. Dice que sólo si una acción es típica va a tener relevancia para el derecho penal; pero que, si eso no ocurre, no por eso dejará de ser una acción. Con el daño ocurre algo similar: para que el daño sea considerado ilícito, debe estar ello así determinado por el sistema normativo, pero si el daño no es ilícito, no por ello dejará de ser un daño.¹³³

La relación entre el daño y la incorrección moral, sostiene Alejandra Verde, es empírica, no conceptual. Aunque lo habitual es que consideremos inmoral a lo que daña, no todo daño es inmoral. Hay daños que no son inmorales, y también hay inmoralidades que no causan daño.¹³⁴

Pues bien, y para retomar: analizar, desde un punto de vista deontológico, la legitimidad de la criminalización de una clase de conducta –

¹³¹ Cfr. GREEN, *op. cit.* p. 75

¹³² VERDE, Alejandra. *La Receptación como delito en el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 143-144.

¹³³ VERDE, *op. cit.*, pp. 143-144.

¹³⁴ VERDE, *op. cit.*, p. 141-146.

en este caso el soborno transnacional– nos obliga a preguntarnos, como mínimo, si esa clase de conducta: a) es moralmente incorrecta y/o b) produce un daño.

Ambos aspectos son importantes para determinar si es legítima la criminalización de una clase de conducta, es decir, si está justificado que el legislador de un Estado de Derecho liberal decida prohibirla a través de una norma penal.¹³⁵

Sin ánimo de ingresar a un estudio profundo de las teorías morales y filosóficas aquí involucradas, ya que ello excedería por demás los límites de este trabajo, abordaré algunas de ellas para responder al interrogante inicial y dilucidar algunos problemas teóricos que se presentan a la hora de pensar si ofrecer un soborno a un funcionario extranjero debería constituir o no un delito.

No tomaré partido acerca de si la incorrección moral funciona como condición necesaria o suficiente para la justificación moral de la criminalización; tampoco acerca de si el daño puede ser, o no, condición necesaria o suficiente para ello. Simplemente tomaré a ambas razones como en principio relevantes para justificar la criminalización en general, y el soborno transnacional en particular.

II. a La incorrección moral del soborno

Para que el soborno sea inmoral, debe vulnerar algún principio moral vigente, que rige en la sociedad (moral positiva). Para identificar tal principio, me basaré en la teoría de Stuart Green, quien, al analizar el contenido moral del cohecho (pasivo), encuentra tres elementos 1) el contenido psíquico del delito o *mens rea*; 2) el daño que causa y 3) su ilicitud moral (este último elemento es aquel en el que nos concentraremos en este apartado).¹³⁶

¹³⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El ilícito material del delito tributario*, en *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Dir. Robiglio, Carolina, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 69.

¹³⁶ GREEN, Stuart P., *op. cit.*, p. 63. Su teoría será tomada aquí como presupuesto –esto es: no intentaré demostrar que ella es correcta-, sino que simplemente la describiré para mostrar que es posible encontrar un principio moral detrás de la criminalización del delito bajo estudio.

Para este aspecto, la ilicitud moral, propone considerar al acto de recibir o solicitar un soborno como una forma de *deslealtad*.

La deslealtad es una de las formas más ostensibles de ilicitud moral. El autor considera que tanto el cohecho como la traición son los delitos más significativos de deslealtad. Ambos son vistos como ataques a las bases del ordenamiento jurídico.¹³⁷

Lo ejemplifica del siguiente modo: *L* es un legislador elegido para representar a un grupo en particular. *X* ofrece a *L* una suma sustancial de dinero a cambio de que *L* vote a favor de un proyecto de ley presentado por *X* que es directamente contrario a los intereses del grupo al que representa.

A partir de este ejemplo, afirma que aceptar un soborno es entregarse a una tentación, y eso es desleal. La deslealtad, entonces, requiere que el agente “se pase al otro lado”, en el sentido de favorecer los intereses de alguien que no es el partido o causa a los cuales éste deba lealtad.¹³⁸

El pilar sobre el que Green construye su teoría de la ilicitud moral del cohecho es, en definitiva, la deslealtad del funcionario. Pero esta deslealtad no radica en que aquel hizo lo que era incorrecto, a cambio de un beneficio personal, sino más bien en decidir *por* las *razones incorrectas*, en definitiva, los *motivos* que lo llevaron a actuar son desleales, más allá de que la decisión en sí haya sido justa.

Esto es importante a la hora de pensar si sólo son ilícitas aquellas acciones tendientes a que el sobornado realice un acto contrario a su deber funcional, que cuando lo realiza dentro de ese deber.

Este aspecto de la teoría de Green fue cuestionado parcialmente por Rusca, en tanto penar por los *motivos*, dice este autor, podría ir en contra de

¹³⁷ GREEN, cita a Daniel Lownestein que dice “el cohecho es peor que otros delitos. Es un delito relacionado con la traición y un “acto despreciable”. Los que voluntariamente asumen cargos públicos y dejan a un lado la confianza pública para adquirir ventajas personales (así como aquellos que tientan a los funcionarios para que lo hagan), realizan conductas moralmente reprobables que atacan las raíces de la imparcialidad y la democracia. Ante tal conducta, precisamos un delito especial con un estigma especial”, *op cit.* p. 150.

¹³⁸ GREEN, *op. cit.*, p. 257.

principios básicos del derecho penal liberal, en tanto la actitud interna del agente no debería ser objeto de análisis por parte del Estado.¹³⁹

Sin embargo, en su tesis doctoral, aunque recalca que inclinarse por la tesis que sostiene que la deslealtad en el cohecho consiste en decidir por el motivo incorrecto presenta dificultades; para resolverlas propone circunscribir el análisis de la subjetividad del agente al motivo inmediato de la decisión, es decir, si él celebra el acuerdo con el fin de obtener un beneficio personal o, en cambio, si lo hace por otros motivos.¹⁴⁰

En definitiva, los motivos mediatos, incluso cuando constituyan “razones correctas” son insignificantes para medir la ilicitud moral del cohecho. Sólo cuenta que el autor se haya motivado *por* el soborno.

Cabe preguntarse ahora si la teoría de la deslealtad del funcionario en el caso del cohecho pasivo aplica también para el cohecho activo.

Aquel que ofrece o entrega un soborno (cohecho activo), no está incumpliendo ningún deber de lealtad, justamente porque ellos competen sólo a quien reviste la calidad de funcionario. Para Green, la ilicitud moral de esa conducta radica en que el oferente *induce* a otro a que realice un acto ilícito.¹⁴¹

Aunque generalmente quien induce a otro lo hace por medio de la coerción o la explotación (nótese que también se induce a otro por medio de dinero o propuestas favorables pero inmorales), ninguna de esas dos acciones son necesarias para que exista el cohecho. Se pregunta el autor entonces ¿por qué es ilícito inducir a que otro realice un ilícito o intentarlo, incluso cuando para ello no se utiliza la coerción o la explotación?, y luego ¿hay algo particularmente malo en inducir a otro a que cometa un acto indebido ofreciendo a tal persona algo de valor?

¹³⁹ RUSCA, Bruno. *Delito de Cohecho, una discusión acerca de su ilicitud*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Thompson Reuters, La Ley, Buenos Aires, Año V, Nº 5, 2015, pp. 129-138. Allí consideró que, si para determinar la existencia del cohecho se debe analizar el motivo real por el cual el funcionario decidió, el Estado estaría realizando una evaluación de la personalidad del agente, independientemente del hecho cometido. Y en tanto que un Estado liberal no debe comprometerse en dicha valoración ni tampoco en imponer a los individuos ideales de excelencia humana, la teoría de la deslealtad no podría justificar, al menos desde la óptica del derecho penal, por qué es incorrecto aceptar un soborno.

¹⁴⁰ RUSCA, Bruno, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴¹ GREEN, *op. cit.*, p. 270.

Al primer interrogante responde que la ilicitud de inducir a otro a cometer un delito deriva de la ilicitud del acto para el que se está siendo inducido. Pero igualmente, en términos morales, no es equivalente inducir a otro que cometer el delito, por eso es necesario analizar el vínculo entre el inductor y el inducido, el balance entre las partes, el grado en que uno puede ser el motor del otro.¹⁴²

Green distingue los casos en que el sobornado fue forzado de los que fue el sobornado quien forzó. En este último, entiende demasiado severo desde la perspectiva moral, hacer al sobornador responsable penalmente como autor de un delito autónomo.

Entonces, desde su punto de vista, el cohecho activo es un caso de participación del cohecho pasivo del funcionario, más que un delito autónomo; y por eso, la deslealtad fundamentadora de la ilicitud moral del cohecho no estaría solamente en que las *motivaciones* del autor para tomar la decisión funcional fueron otras, distintas o alejadas de su deber de objetividad, imparcialidad, probidad; sino que, en realidad, lo ilícito es el contenido del acuerdo, y para que existe ese acuerdo, es necesaria la participación de dos partes.

Mañalich (quien también cree que el principio moral que afecta el cohecho es el que dice que “es inmoral ser desleal”), mediante la utilización de la herramienta de la “metáfora contractual”, intenta clarificar la estructura típica del cohecho a través de la noción de un “contrato” –el cual obviamente adolecería de “objeto ilícito”– a cuya “celebración” se orienta el comportamiento de las dos “partes” que vienen en consideración, a saber: la persona del funcionario público eventualmente sobornado, como posible “vendedor”, y la persona del eventual sobornador, como posible “comprador”.

Agrega que, la venta en cuestión, en caso de llegar a perfeccionarse, habría de encontrarse referida a una prestación consistente en la ejecución o la omisión de un acto institucionalmente conectado con el ejercicio de la función pública desempeñada por el primero, frente a lo cual el beneficio a

¹⁴² Idem, p. 276.

ser recibido (por el funcionario) de parte del eventual sobornador representa el correspondiente “precio”.¹⁴³

Así, quien ofrece un soborno a un funcionario, aún cuando ese ofrecimiento no llegue a concretarse, pone seriamente en peligro la activación de la deslealtad en la toma de decisiones del funcionario, y por ello, es tan incorrecto ofrecer un soborno, como aceptarlo.

El hecho de que alguien intente sobornar a un funcionario para que este interceda, destrabe, habilite, autorice, gestione o realice algún acto que facilite una transacción económica, financiera o comercial; genera el peligro de activar la posibilidad de que esa transacción se lleve a cabo por razones que no obedecen al bien común.

Existe aquí, por un lado, una persona que tiene interés específico en lograr un negocio y por el otro lado alguien, funcionario estatal, que facilita ese negocio a cambio de una retribución personal, esto es, motivado indebidamente por interés particular cuando, por su función, sólo debiera actuar en pos del bien común.

Dado que al menos esto involucra a dos Estados, pues quien intenta sobornar lo hace desde un país y dirige su acción a un funcionario de otro país, esta claro que esa transacción comercial, financiera o económica se produce en el marco del mercado económico financiero internacional, es decir, en un mercado “formal”.

La norma que prohíbe sobornar al funcionario reposa en la idea básica de que no puede formar parte de reglas válidas el hecho de que, en determinada transacción comercial, la mercancía o el bien a intercambiar sea la voluntad del funcionario antes el negocio comercial que se intenta concretar.

Ahora bien, fuera de lo señalado hasta aquí respecto de la deslealtad como elemento central de la incorrección moral del soborno, cabe traer a colación aquí también la descripción ya citada de Pérez Barberá de lo que

¹⁴³ MAÑALICH, Juan Pablo. *La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación*, Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios para la Justicia, N° 23, Chile, 2015, pp. 93-105.

cabe entender por comportamiento corrupto, porque, en definitiva, el ofrecimiento y la aceptación de un soborno no es otra cosa que un caso paradigmático de eso, es decir: de conducta corrupta. Y en ese sentido ya vimos que este autor exige no sólo deslealtad para caracterizar la corrupción, sino también abuso de poder e intención de obtener una ventaja.¹⁴⁴

La deslealtad, en suma, no sería suficiente para caracterizar ni el componente moral de la corrupción ni, tampoco, el componente moral del soborno como forma arquetípica de corrupción. Es precisamente la inclusión de elementos caracterizadores como el abuso de poder en aras de meras finalidades egoístas lo que permite explicar por qué percibimos a la aceptación y al ofrecimiento de sobornos como conductas de tan elevada inmoralidad intrínseca.

II.b El soborno transnacional genera un daño

Si se define el daño como el menoscabo o la frustración de un interés¹⁴⁵, cuando los recursos básicos de un individuo (libertad individual, recursos económicos, salud, reconocimiento social) son quebrantados, afirmamos que aquél se ha producido.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos tradicionales, en los que resulta evidente la producción de un daño a la víctima, en infracciones como la que aquí estudiamos resulta dificultoso determinar a una persona concreta afectada por el delito, en tanto el daño ocasionado por esta conducta es muy impreciso. Por tal razón es que generalmente se recurre al concepto de “interés público” para hacer referencia a cierta clase de conductas que afectan a un grupo o a una comunidad en general.¹⁴⁶

Si a este escollo le sumamos el hecho de que ofrecer un soborno a un funcionario público extranjero constituye un caso de instigación a la deslealtad del funcionario de otro país, la legitimidad de la criminalización de esta conducta, desde el principio del daño, parece difícil de justificar.

¹⁴⁴ Cf. Nuevamente Pérez Barberá, *Cosa juzgada corrupta...* *

¹⁴⁵ Ver, por ejemplo, definición de FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, Oxford University Press, Nueva York, 1984, citado por Pérez Barberá, op. cit. nota 2.

¹⁴⁶ RUSCA, Bruno. *Fundamentación de la criminalización del cohecho*. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 112-115. El autor desarrolla allí el concepto de “interés público” y lo define como una colección de intereses específicos del mismo tipo poseídos por un número grande e indefinido de personas. El interés en el conjunto no pertenece necesariamente a todos, sino que podría pertenecer a cualquiera, sin más especificaciones.

Sin embargo, existen fuertes razones para legitimar la punición del cohecho activo como delito autónomo, argumentos que pueden extenderse al soborno de un funcionario extranjero.

Rusca sostiene que el hecho de prometer algo de valor a cambio de la comisión del delito, en la medida que ello involucra la obtención de un beneficio personal, resulta un medio especialmente idóneo para determinar al agente a actuar. Y en cuanto al soborno específicamente, agrega que la voluntad del funcionario público en la organización institucional del Estado es de especial relevancia, pues, en muchos casos, esa voluntad es todo lo que hace falta para tener éxito, es decir, la decisión final de cometer el ilícito.¹⁴⁷

Así, el funcionario decide en razón del soborno, por razones desleales, cuando por ejemplo firma el acto administrativo que concede la obra pública a determinado oferente (el sobornador).

Entonces, cuando la posibilidad de obtener un contrato/concesión/negocio depende de acudir o no a prácticas corruptas para conseguirlo, esa práctica corrupta pasa a formar parte del negocio comercial.

En ese sentido, si dos empresas compiten para conseguir una contratación, pero una de ellas consigue quedarse con el negocio mediante el soborno a un funcionario estatal, la pelea entre ambas por ganar el negocio fue desigual. ¿Podríamos decir que la posición de privilegio, gracias al soborno, fue la causa de la reducción de la posibilidad de la otra empresa, y lo que hizo perder a ésta finalmente, el negocio? ¿El sobornador violó las reglas?

Si respondemos afirmativamente, parece que el problema no estaría en la violación a las reglas del juego, sino en el hecho de que, sin una regla prohibitiva, el soborno *formaría parte* de esas reglas del juego, que podrían sintetizarse del siguiente modo: *cuan mayor sea la capacidad financiera de la empresa para afrontar el pago de un soborno, mayores serán sus posibilidades de obtener un negocio rentable.*

¹⁴⁷ RUSCA, Bruno. *Fundamentación...* op. cit., pp. 204-209.

Según algunas opiniones, si las economías funcionan con una lógica corrupta, esto es, incumpliendo con las reglas básicas del mercado y con una cultura de los negocios en la que se procura obtener indebidamente ventajas, ello conlleva indefectiblemente un descenso en el nivel de inversión y de crecimiento.

Se afirma que los inversores prefieren participar en aquellos países que les brinden seguridad y en los que no haya "costos" asociados a la corrupción. Señalan que el fenómeno de la globalización ha procurado imponer una forma de hacer negocios, tanto en la esfera pública como privada, de manera que aquellos actos de corrupción que en el pasado podían ser de algún modo tolerados, hoy ya no se los aprecia de un modo similar.¹⁴⁸

Sin embargo, otros autores han sostenido que, bajo determinadas circunstancias económicas, y para impulsar el crecimiento, deberían aceptarse algunas manifestaciones de corrupción, pues de algún modo permitirían "lubricar" la maquinaria burocrática y, con ello, agilizar la economía. Es lo que habría sucedido en el sudeste asiático, en países como Indonesia o Tailandia, que a fines de la década de 1990 crecieron rápidamente, aún cuando tenían altas tasas de corrupción.¹⁴⁹

Bernd Schunemann se pregunta por qué un Estado debería amenazar con pena a sus propios ciudadanos que sobornan funcionarios extranjeros en el marco de su actividad comercial, y responde que su criminalización se basó en razones morales y fines políticos como ser la tutela

¹⁴⁸ CARNEVALI, Raúl/ARTAZA, Osvaldo. *La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal*. Ius et Praxis vol.22 no.2 Talca, 2016. Versión On-line ISSN 0718-0012. Sitio: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122016000200003&script=sci_arttext#n28

¹⁴⁹ BRAGUINSKY, Serguey. *Corruption and Schumpeterian Growth in Different Economic Environments*, en: Contemporary Economic Policy, vol. XIV, 1996, p. 14. Esta cita ha sido extraída de CARNEVALI, Raúl/ARTAZA, Osvaldo, *op. cit.* También, en similar sentido: MURIEL PATINO, María Victoria, *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*, en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 32. FISHMAN, Raymond y MIGUEL, Eduard, *Economía contra la corrupción*, en *Foreign Policy*, Edición Española, nº 29, 2008. p. 72. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015*. Revista de Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2016, p. 607.

del prestigio de la democracia norteamericana y protección del sistema de libre mercado.¹⁵⁰

Resalta el efecto limitado que posee esta norma internacional y señala que, generalmente, las empresas de países industrializados sobornan a un agente público de otro Estado para recibir un encargo lucrativo (construcción línea de subterráneos, etc).

Al igual que otros autores¹⁵¹, Schunemann coincide en que, a pesar de que los actos de corrupción poseen amenaza penal, en los países en desarrollo, el riesgo real de recibir efectivamente un castigo resulta proporcionalmente reducido. Habla de la distancia existente entre el derecho de los libros (*law in books*) y el derecho en acción (*law in action*) y afirma que la persecución eficiente del soborno trasnacional depende de que también se persiga en los países industrializados.

En ese sentido se afirma que los empresarios exportadores y algunos representantes de los Estados con una economía fuertemente exportadora, podrían renegar de leyes anticorrupción puesto que sus empresas se encuentran ante una situación que se asemeja al dilema de los prisioneros en el cual los participantes en un juego o en una actividad, en este caso comercial, toman decisiones en un marco de incertidumbre acerca de cuáles serán los comportamientos del resto de los participantes.

En esta actividad, los participantes, que se supone son racionales, persiguen sus propios intereses. Tienen la posibilidad así de cooperar mutuamente o de no hacerlo. Indefectiblemente, bajo esas condiciones, los participantes tienden a no cooperar.¹⁵²

¹⁵⁰ SCHUNEMANN, Bernd, *¿Lucha global contra la corrupción por medio del derecho penal?* V Jornadas de Derecho Penal. Universidad del Rosario, Colombia. Texto traducido por Eugenio SARRABAYROUSE. Mimeo

¹⁵¹ como GARZÓN VALDES, *op. cit.*

¹⁵² Para aclararlo lo ejemplifica del siguiente modo: supóngase dos empresas A y B que compiten en un mismo mercado. Ambas pueden sobornar, o abstenerse de hacerlo, con el fin de lograr un acuerdo mercantil. Las empresas A y B preferirían un mundo caracterizado por la ausencia de corrupción, pero ambas saben que si una de ellas corrompe concretará el negocio con la consabida pérdida para la otra parte, y puesto que ignoran cómo se comportará su competidor, cada una de ellas tenderá a corromper. MALEM SEÑA, *op cit.*, p. 196.

Es decir que las empresas realizarán actos de corrupción porque racionalmente esa es la manera de comportarse y además porque es la manera de salvaguardar sus activos, ya que la mera sospecha de que su contrincante ofrecerá un soborno, la pone en situación de desventaja y para igualarse, también debe ofrecerle, por más que le resulte odioso hacer uso de ese recurso.

Por lo tanto, ante este horizonte no parece fácil evadirse, en las actuales circunstancias que rodean al comercio internacional, del dilema en el que se encuentran las empresas.¹⁵³

Para otros, en cambio, se trata de un problema de doble agencia, en tanto cuando el interés de las partes principales no coincida -el empresario o el ciudadano- dependiendo del caso, podrían preferir un comportamiento corrupto del funcionario si ello les beneficia, aunque tal comportamiento generaría un efecto externo que perjudicaría al grupo, de tal forma que el resultado colectivo preferido podría ser el de la intervención pública contra la corrupción.¹⁵⁴

Frente a este panorama, se ensayan propuestas, desde el punto de vista económico, para evitar la corrupción de las empresas transnacionales, las cuales se asientan en corrientes ideológicamente opuestas.

Por un lado, el paradigma neoliberal considera la corrupción como una de las manifestaciones de los mercados negros originados por el exceso de intervencionismo estatal. Para este sector, a mayor intervención del Estado, más reglamentación con la consecuente ampliación de la burocracia estatal, proclive a la formación de mercados paralelos y a mayor corrupción sistémica.¹⁵⁵

Por otro lado, están los que desconfían de que el libre mercado y la competencia por sí solos puedan remediar con eficacia la corrupción e insisten en que sus causas se encuentran en un conjunto de razones: el debilitamiento de la ética pública, la deslegitimación del Estado como

¹⁵³ Ídem. p. 197. En el mismo sentido JORGE, Guillermo/GREENE, Catherine, op. cit., p. 44.

¹⁵⁴ MURIEL PATINO, *Economía, corrupción y desarrollo*, en, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Coordinado por CAPARRÓS, Fabián, Ratio Legis, Salamanca, 2000, pp. 30-31.

¹⁵⁵ Con el impulso neoliberal de organismos tales como el Banco Mundial y el FMI, en la década de 1990 en nuestro país se implementaron fuertes políticas de desregulación y de privatización que desmantelaron literalmente al Estado y dieron lugar a innumerables casos de corrupción.

perseguidor del bien común, la disolución de los valores colectivos por la búsqueda del beneficio y la defensa de intereses egoístas y privados.

Más allá de cuál sistema económico, cultural o político favorece las prácticas corruptas internacionales y, aunque este fenómeno podría traer ciertos beneficios en el corto plazo, se sostiene que los efectos en la economía serían "devastadores" en el largo plazo y por ello es un delito capaz de causar daño.

Es que, la utilización de sobornos como método de facilitación de los trámites, gestiones y decisiones de la administración: a) puede y suele repercutir en un incremento injustificado de los precios de los materiales y servicios que adquiere el sector público; b) quienes pagan sobornos suelen volcar su costo en los precios que posteriormente cobrarán por sus servicios a las administraciones; c) genera un efecto de desaliento sobre los emprendedores cumplidores de la legalidad, quienes, al ver como los que no lo son obtienen evidentes e injustas ventajas competitivas precisamente como consecuencia de actuar al margen de la legalidad y no por ofrecer mejores servicios que ellos, previsiblemente optarán por cambiar de aires en busca de otros mercados menos corruptos y jurídicamente más seguros en los que desarrollar su actividad o decidirán incorporar la utilización de sistemas corruptores a su política comercial e industrial para poder subsistir.¹⁵⁶

Por eso, mediante la criminalización del cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros se previene el daño que el cohecho pasivo ocasiona en los negocios internacionales. Abarcar penalmente ambos lados de la conducta evita en mayor medida la afectación de los intereses que el delito espera evitar.

II.c. Síntesis

Sobre la base de lo dicho, podemos concluir que el soborno transnacional es moralmente incorrecto y genera un daño, lo que permite justificar su criminalización desde una óptica deontológica, sin perjuicio de las

¹⁵⁶ CAPARRÓS, Fabián, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 33 y 34. BENITO SÁNCHEZ, Delmesa, op. cit., p. 173.

razones consecuencialistas a las que, por lo general, se refieren los fundamentos de las convenciones internacionales contra la corrupción, descritos más arriba.

Conclusiones generales

La FCPA fue la norma que dio origen al delito de soborno transnacional en los Estados Unidos.

Recién después de dos décadas, y producto del impulso mundial encarado por aquél país -que tuvo como principal objetivo equilibrar las reglas de juego en las transacciones económicas internacionales- tres importantes organismos internacionales comenzaron un largo proceso, aún en curso, para unificar en todo el mundo la legislación contra la corrupción y generar mecanismos, tanto al interior de los Estados como en las relaciones entre ellos, de prevención, juzgamiento y sanción, lo cual dio nacimiento a un verdadero orden jurídico internacional contra la corrupción.

La estandarización de los regímenes penales y tributarios de otros países mediante la incorporación de la figura del soborno de funcionarios públicos extranjeros y la prohibición de deducción de cargas impositivas derivadas de sobornos pagados en el exterior, permitió a los Estados Unidos nivelar el campo de juego de la expansión del capital.

El proceso mundial se inauguró con la sanción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en 1996 (OEA). Luego siguió en 1997 la celebración del Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en 1997 (OCDE), y siguió con la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, en 2004 (ONU).

La promoción de esta agenda internacional anticorrupción impactó en casi todos los organismos regionales, especialmente el Banco Mundial. Desde allí se comenzó a fijar, como condición para aprobar préstamos, la puesta en práctica de políticas para eliminar la corrupción, y de ese modo se ejerció presión sobre los gobiernos nacionales para que incorporaran el tema en su agenda.

Tales políticas decantaron en regímenes jurídicos expandidos homogéneamente en el mundo, basados en consensos que reflejaban estándares internacionales acordados en el seno del G7, pero siempre teniendo como actor principal a Estados Unidos.

Si bien la iniciativa más importante fue la surgida en la OCDE, todos los instrumentos internacionales sobre corrupción que nacieron acunados por estos ideales exigieron a los Estados la introducción de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para todas las personas físicas y jurídicas que incurrieran en determinados actos de corrupción.

Los tratados multipolares se caracterizan por buscar la coordinación y armonización del derecho interno de los Estados parte, establecer el principio de responsabilidad compartida reforzado con medidas de tipo preventivas - como la presentación de informes y la práctica de inspecciones- para hacer frente a un problema común y, establecer estructuras de cooperación mediante la creación de instancias intergubernamentales.

Uno de los más importantes a nuestro objeto de estudio fue el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, que tuvo como finalidad crear reglas comunes para que las empresas multinacionales respetaran la libre competencia, obligó a los Estados a tipificar como delito el cohecho activo de agentes públicos extranjeros e internacionales en las transacciones comerciales, e impulsó el intercambio de información y la cooperación jurídica internacional para combatir el cohecho transnacional.

Su objetivo fue penalizar a las empresas y personas que, en sus transacciones comerciales, ofrezcan, prometan, den dinero o gratificaciones a funcionarios públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus actividades económicas internacionales. Es decir, que el delito, para OCDE, consiste en sobornar para obtener o quedarse con negocios o con otras ventajas indebidas, siendo indistinto si la empresa interesada es o no el licitante mejor calificado; o bien una compañía a la que se le hubiera adjudicado debidamente el negocio.

Cada uno de estos tratados cuenta con un dispositivo de seguimiento, interpaíses, que sigue específicas reglas. Ellos están pensados para perdurar en el tiempo y constituirse en verdaderas guías para la gestión de políticas públicas que prioricen el control de la corrupción, en todos los niveles de un Estado.

Sus informes se han constituido como un factor de presión, a través de una mezcla de recomendaciones formales y diálogos informales, sumándose al escrutinio público, no sólo en el interior de cada Estado, sino además a través de comparaciones y clasificaciones con otras naciones evaluadas.

Nuestro país se mostró receptivo, desde un primer momento, a incluir en su repertorio legal a las tres convenciones.

Esto ocurrió al final de la década de 1990, marcada por la implementación de políticas económicas neoliberales, de reducción del Estado, desregulación y privatización de activos públicos, que, enfundadas en discursos anticorrupción, paradójicamente dieron lugar a la comisión, desde el Estado, de magníficas prácticas corruptas.

A pesar de que la corrupción se instaló como un tema relevante, la aceleración de las transformaciones institucionales no fue acompañada por un proceso dinámico de modificaciones estructurales, ni en acciones concretas para lograr esos fines.

Este panorama fue observado en los informes respecto de nuestro país, emitidos por los programas de seguimiento de los tratados internacionales, en los cuales se evidenció su magro avance.

Después de casi veinte años de la primera evaluación del Grupo de Trabajo OCDE, la Argentina cumplió finalmente con las recomendaciones tendientes a introducir, por ejemplo, la responsabilidad de las empresas por el soborno en el extranjero, establecer la jurisdicción de la nacionalidad para enjuiciar este delito y rectificar varias deficiencias en el tipo penal.

En nuestra legislación penal, el tipo penal del soborno transaccional sufrió varias reformas, la última a través de la ley 27401.

El delito tiene como específica característica la existencia de un funcionario público de otro Estado, al que le ofrecen dinero, dádivas, etc.,

para que realice u omita un acto relacionado con sus funciones, o dentro de su ámbito de influencia, con el objetivo de lograr un beneficio económico.

El primer texto sólo preveía el soborno de un funcionario público extranjero, mientras que hoy abarca también al funcionario de una organización pública internacional.

Con la nueva redacción, es indistinto quien es el destinatario del beneficio ya que puede ser el propio sobornado o un tercero. También se agregó la exigencia de que la transacción a realizarse puede ser de naturaleza financiera, no sólo económica o comercial.

El autor obtiene un beneficio económico a cambio de que el funcionario realice u omita realizar un acto *relacionado* con el ejercicio de funciones públicas. De este modo, la ventaja obtenida no necesita serlo mediante la acción u omisión del funcionario en ejercicio específico de sus funciones, sino que esa ventaja puede ser obtenida mediante el ejercicio de funciones públicas en general.

El tipo penal castiga a quien ofrece, promete u otorga, indebidamente, dádivas, favores, promesas o ventajas a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional.

Este delito es uno más del amplio abanico que engloban todas las acciones corruptas, prohibidas por la ley penal.

En otro capítulo de este trabajo abordé el concepto genérico de corrupción y puntualmente intenté responder a la pregunta de si existe algún sistema político que sea más vulnerable que otro a la corrupción.

Para algunos autores la democracia, es el sistema político más vulnerable a la corrupción, debido no sólo al atractivo cada vez mayor de los beneficios extraposicionales, sino también al hecho de que las prácticas corruptas socavan de forma tan seria a sus bases, que convierten en una utopía sus ideales.

Esto llevó a preguntarse si es la corrupción la causante de la precariedad democrática o la precariedad democrática es la causante de la

corrupción, o es que simplemente la democracia y la corrupción no pueden vivir divorciadas.

Y aunque sobre la relación entre democracia y corrupción existes variadas opiniones; a nuestro criterio, la corrupción no se encuentra concentrada en una región determinada del planeta, ni es monopolio de un determinado sistema político.

De hecho, no existen estudios concluyentes acerca de qué forma de gobierno es la que favorece más el crecimiento económico y aunque la mayoría de los países más ricos son democráticos, no hay evidencia estadística tampoco entre crecimiento y gobierno democrático.

Por último, indagué sobre las razones sobre por qué castigar el soborno transnacional.

En primer lugar, advertí que, desde los organismos internacionales, estas razones estuvieron basadas fundamentalmente en argumentos consecuencialistas, relativos a la conveniencia de castigar esos hechos, hacerlo en la mayor cantidad de países posibles, unificar la legislación mundial y acabar con el flagelo de la corrupción transnacional.

Sin embargo, partiendo de una concepción compatible con un Estado liberal, me propuse analizar si la conducta: a) es moralmente incorrecta y/o b) produce un daño.

Al hacerlo, concluí que, en cualquiera de los dos casos, esto es la incorrección moral y el daño generado por el delito, está justificada la criminalización del delito de soborno trasnacional.

Dado que el cohecho activo es un caso de participación del cohecho pasivo del funcionario, más que un delito autónomo; la deslealtad fundamentadora de la ilicitud moral del cohecho no estaría solamente en que las *motivaciones* del autor para tomar la decisión funcional fueron otras, distintas o alejadas de su deber de objetividad, imparcialidad, probidad; sino que, en realidad, lo ilícito es el contenido del acuerdo y para que exista ese acuerdo es necesaria la participación de dos partes.

Así, quien ofrece un soborno a un funcionario, aún cuando ese ofrecimiento no llegue a concretarse, pone seriamente en peligro la activación de la deslealtad en la toma de decisiones del funcionario, y por ello, es tan incorrecto ofrecer un soborno, como aceptarlo.

El hecho de que alguien intente sobornar a un funcionario para que este interceda, destrabe, habilite, autorice, gestione o realice algún acto que facilite una transacción económica, financiera o comercial; genera el peligro de activar la posibilidad de que esa transacción se lleve a cabo por razones que no obedecen al bien común.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos tradicionales, en los que resulta evidente la producción de un daño a la víctima; en infracciones como la que aquí estudiamos resulta dificultoso determinar a una persona concreta afectada por el delito, en tanto el daño ocasionado por esta conducta es muy impreciso. Por tal razón es que generalmente se recurre al concepto de “interés público” para hacer referencia a cierta clase de conductas que afectan a un grupo o a una comunidad en general.

La norma que prohíbe sobornar al funcionario reposa en la idea básica de que no puede formar parte de reglas válidas el hecho de que, en determinada transacción comercial, la mercancía o el bien a intercambiar sea la voluntad del funcionario antes el negocio comercial que se intenta concretar.

En casos catalogados como de “gran corrupción” -contratación pública, las concesiones y la privatización de activos públicos- que, sin lugar a duda, son a los que apunta la criminalización del soborno transnacional, se sostiene que las comisiones ilegales que reciben altos funcionarios de un gobierno provocan, en muchas ocasiones, aumento de los presupuestos estatales, inciden en los pronósticos de crecimiento de un país y sobre la distribución de los programas y de las inversiones públicas.

Y aunque ese argumento podría interpretarse como fundamentador del daño, no necesariamente esos efectos tienen una relación causal directa e inmediata con el acto del soborno, sino que tal efecto recién podría ser evaluado a muy largo plazo.

Por cierto, la inmoralidad de la conducta se deriva de que, en casos de grandes contrataciones que involucran intereses estatales y privados, la presencia del soborno podría incluso modificar las razones por las cuales un Estado se decide por avanzar, por ejemplo, con una determinada contratación

de obra pública, sin que exista por ejemplo la necesidad social de llevarla a cabo.

La existencia de actos de corrupción dentro de instituciones públicas hace que dichas instituciones dejen de lado la finalidad del bien común para convertirse en una usina de enriquecimiento personal y provisión de beneficios para los corruptos.

Por otra parte, cuando la posibilidad de obtener un contrato/concesión/negocio depende de acudir o no a prácticas corruptas para conseguirlo, esa práctica corrupta pasa a formar parte del negocio comercial.

En ese sentido, si dos empresas compiten para conseguir una contratación, pero una de ellas consigue quedarse con el negocio mediante el soborno a un funcionario estatal, la pelea entre ambas por ganar el negocio fue desigual.

Sin una regla prohibitiva, el soborno *formaría parte* de las reglas del juego comercial y por eso, cuan mayor sea la capacidad financiera de la empresa para afrontar el pago de un soborno, mayores serán sus posibilidades de obtener un negocio rentable.

Pese a que desde algunos discursos se tiende a legitimar o tolerar ciertas prácticas corruptas, entre otras razones, porque esto permite a las empresas no quedar en situación desventajosa y porque este fenómeno podría traer ciertos beneficios en el corto plazo, lo cierto es que los efectos en la economía de los países serán "devastadores" en el largo plazo y por ello, el soborno transnacional es una acción capaz de causar daño.

Por eso, mediante la criminalización del cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros se previene el daño que el cohecho pasivo ocasiona en los negocios internacionales. Abarcar penalmente ambos lados de la conducta evita en mayor medida la afectación de los intereses que el delito espera evitar.

Bibliografía

ABRALDES, Sandro. La adecuación del soborno transnacional a la normativa internacional, en *Reformas Penales*, Coordinador Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004.

ASPIAZÚ, Daniel. *Las privatizaciones en la Argentina. Diagnóstico y propuestas para una mayor competitividad y equidad social*. Fundación OSDE. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas. Buenos Aires, 2002. Sitio: <http://www.fundacionosde.com.ar/pdf/biblioteca/las%20privatizaciones%20i.pdf>

BAIGÚN, David/BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica, en *Delincuencia económica y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

BARAGLI, Néstor. *Convención Interamericana contra la Corrupción Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción* 2ª edición actualizada. Oficina Anticorrupción. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2004. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/libro_cicc_2ed.pdf

BECK, Ulrich. *Was ist Globalisierung?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.

BENITO SÁNCHEZ, Delmesa,

El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, Iustel, Madrid, 2012.

Estudio sobre los delitos de cohecho de Funcionarios Públicos Comunitarios, Extranjeros y de Organizaciones Internacionales en el Derecho Penal Alemán, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>

BRAGUINSKY, Serguey, Corruption and Schumpeterian Growth in Different Economic Environments, en: *Contemporary Economic Policy*, vol. XIV, 1996.

CAPARRÓS Eduardo A. Fabián

La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE de 1997 (Aspectos Sustantivos), Chile, 2010.

La corrupción de agente público extranjero e internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

La reforma del cohecho transnacional a la luz del derecho comparado en el marco convencional de la cooperación y el desarrollo económico (el caso chileno). En ORSI, Gabriel Omar/ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Compiladores. *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

CARNEVALI, Raúl/ARTAZA, Osvaldo. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal. *Ius et Praxis* vol.22 no.2 Talca, 2016. versión On-line ISSN 0718-0012. sitio: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122016000200003&script=sci_arttext#n28

COLOMBO, Marcelo/ HONISCH, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012,

CORRAL, Damián. *En torno a la política como "problema moral". El clivaje corrupción-anticorrupción como principio de diferenciación política en la centroizquierda de los noventa*. ISSN-e 1514-6871, N°. 22, 2014. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5120065>

EIROA, Pablo D., *Soborno Transnacional*, Thomson Reuters, On line: AR/DOC/836/2020.

FAIR, Hernán, Década menemista. Luces y sombras. *Revista Historia Anual* On Line. Núm. 19, Buenos Aires, 2009.

FISHMAN, Raymond y MIGUEL, Eduard, Economía contra la corrupción, en *Foreign Policy*, Edición Española, nº 29, 2008.

FLORES, María del Luján, Algunos aspectos de la lucha contra la corrupción en el ámbito interamericano. *Agenda Internacional* Año XI, Nº22, 2005.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Globalización, Corrupción internacional y Derecho penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XXXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2016

GARZÓN VALDES, Ernesto, Acerca de la Calificación Moral de la Corrupción. Tan solo una propuesta. Edición digital de Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 21, 2004.

GREEN, Stuart P., *Mentir; hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco*, Traducción de José Ramón Agustina SANLLEHÍ, Miriam AMORÓS BAS e Íñigo ORTIZ DE URBINA, Marcial Pons, Madrid, 2013.

GORDILLO, Agustín. *Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana contra la Corrupción*. La Ley, tomo 1997-E.

GORROCHATEGUI, Nora, *La sociedad civil lucha contra la corrupción. Foro Social para la Transparencia. Caso argentino*. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Buenos Aires, 2001.
http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:YwXgN7aU9vMJ:scholar.google.com/+reforma+constitucional+de+1994+argentina+corrupción&hl=es&as_sdt=0,5

HUBER, Bárbara, *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*. Congreso de Alumnos de Derecho Penal, marzo del 2002, Universidad de Salamanca. Traducción de ONTIVEROS ALONSO, Miguel, Becario de Investigación, Universidad de Salamanca.

JORGE, Guillermo/GREENE, Catherine, *Acciones Colectivas para Reducir la Corrupción en Argentina. Límites y Oportunidades*. Sitio: http://www.udesa.edu.ar/accionescolectivas/wp-content/uploads/2012/05/INFORME_3_DIAGNOSTICO_sobre_los_programas_antikorupcion.pdf

KOCHI, Shigeru. Diseñando Convenciones para Combatir la Corrupción: la OCDE y la OEA a través de la Teoría de las Relaciones Internacionales. Ediciones Universidad de Salamanca. *Revista América Latina Hoy*, nº 31, 2002. sitio web: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/1130-2887/article/viewFile/2372/2420

KINDHÄUSER, Urs, Presupuestos de la Corrupción Punible en el Estado, la Economía y la Sociedad. Los delitos de Corrupción en el Código Penal Alemán, en *Política Criminal*, volumen 2 núm. 3, A1. Sitio <http://www.politicacriminal.cl>

MAURO, Sebastián, *La tematización de la corrupción como clivaje de la política argentina en los noventa*. Sitio: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-45572012000200003&script=sci_arttext#notas

MALEM SEÑA, Jorge F.,

La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Gedisa. S.A. Barcelona, 2002.

Corrupción, racionalidad y educación moral, en *La Corrupción*, ZAPATERO, Virgilio, Ediciones Coyoacán, México, 2007.

MAÑALICH, Juan Pablo. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. *Revista de Estudios de*

la Justicia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Estudios para la Justicia, N° 23, Chile, 2015.

MOORE, Michael, *A Non-Exclusionary Theory of Legislative Aim: Taking Aim at Moral Wrongdoing*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

MURIEL PATINO, María Victoria,

Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción, en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004.

Economía, corrupción y desarrollo, en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Coordinado por CAPARROS, Fabián, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

NIETO, Francisco, *¿La democracia Latinoamericana puede vivir sin corrupción?* Sitio www.nuevasociedad.org.ve

NJAIM, Humberto, *Corrupción Política*, Biblioteca Católica Digital, 1997. Sitio: http://www.mercaba.org/FICHAS/Capel/corrupcion_politica.htm

PARKER, Norma, *La Corrupción en América Latina: Estudio Analítico Basado en una Revisión Bibliográfica y Entrevistas*. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2004. Sitio: <http://www.bibliotecavirtual.info/2011/05/la-corrupcion-en-america-latina-estudio-analitico-basado-en-una-revision-bibliografica-y-entrevistas/>

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El ilícito material del delito tributario*, en *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Dir. Robiglio, Carolina, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017.

Revisión de la cosa juzgada corrupta “contra reo”. *Revista Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, IUSDC3287989A, 2021.

RAIGORODSKY, Nicolás. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción: nuevos paradigmas para la prevención y combate de la*

corrupción en el escenario global. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Oficina Anticorrupción, 2007. <http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Libro%20CNUCC%202ed.pdf>

RIMONDI, Jorge Luis. *El soborno transnacional*. LL, 2002 F.1200, Online: AR/DOC/8732/2001

RIQUERT, Fabián Luis, Instrumentos de Derecho Internacional Público Iberoamericano para la prevención contra la corrupción, en *Delincuencia económica y corrupción*.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Los Tratados Multipolares. Una nueva generación de Tratados Internacionales*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2005, V, 425-444. Sitio <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740620013>

ROSE-ACKERMAN, Susan/ PALIFKA, Bonnie, *Corrupción y Gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

RUSCA, Bruno,

En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño/ The Abandonment of a Criminal Attempt as Imputable Avoidance or Prevention of the Offense's Consummation, Polít. crim. Volumen 15, Número 30, Diciembre 2020. Sitio <http://politcrim.com/2020-volumen-15-numero-30/>

Fundamentación de la criminalización del cohecho. Marcial Pons, Madrid, 2020.

Delito de Cohecho, "Una discusión acerca de su ilicitud", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thompson Reuters, La Ley, Buenos Aires, Año V, Nº 5, 2015.

SANAHUJA PERALES, José Antonio. *Altruismo, Mercado y Poder. Colección Libros del Encuentro*, Interom Oxfam, España, 2001.

SARTHOU, Nerina, *Instrumentos Internacionales contra la Corrupción. Análisis del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción como instancia de rendición de cuentas*, Tesis de

Licenciatura en Relaciones Internacionales, Facultad de Humanidades.
Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil,
2007, Ejemplar Mimeo.

SCHUNEMANN, Bernd, *¿Lucha global contra la corrupción por medio del derecho penal? V Jornadas de Derecho Penal*, Universidad del Rosario, Colombia, Texto traducido por Eugenio SARRABAYROUSE, Mimeo.

VERDE, Alejandra, *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Marcial Pons, Madrid, 2019. VIRGOLINI, Julio, E.S.

Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusion social y sus consecuencias sobre la legitimidad del derecho, en: BAIGÚN, David/ GARCÍA RIVAS, Nicolás (directores), *Delincuencia económica y corrupción*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

Sitios oficiales y documentos de organismos internacionales

https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

<http://scm.oas.org/pdfs/agres/aq03806S01.pdf>

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-31543>

http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_sp.pdf

<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1294.html>

<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res97/Res1328.html>

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos B-58 contra Corrupcion.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp).

<http://www.jus.gov.ar/minjus/oac/cicc/cpres783es.html>

http://www.oas.org/juridico/spanish/doc_buenos_aires_sp.pdf

http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_reglamento.pdf

<http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-home.html>

[https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion de las NU contra la Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC Legislative Guide S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf)

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/28June-2July2010/V1055388s.pdf>

<http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/documentos/ONU%20%20Res%20Conf%20Estados%20Parte.pdf>