

Revista

APORTES

*para el Estado y la
Administración Gubernamental*

EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

Carlos Manfroni(*)

1. El nuevo orden mundial

Entre 1990 y 1996, sólo en los países de media y baja renta, las inversiones extranjeras directas aumentaron de 24.000 millones a 120.000 millones de dólares.

Desde 1968 hasta 1997, las exportaciones mundiales pasaron de 225.000 millones a 5.546.000 millones de dólares; es decir, más de cinco billones, conforme a nuestra denominación de esa magnitud. Durante el mismo período, las exportaciones de los países en desarrollo crecieron desde 59.210 millones hasta 1.917.900 millones de dólares.

Por su lado, los flujos de capital treparon en promedio desde 15.200 millones de dólares en 1984 hasta 173.700 millones en 1997.

Los números precedentes, y muchos otros que podrían exponerse como ejemplo, indican que el comercio y las inversiones transnacionales no han sufrido un mero crecimiento sino una explosión que, a su vez, ha provocado un salto cualitativo, una nueva etapa histórica a la que se denomina globalización.

Una etapa histórica no surge únicamente como resultado de una transformación económica, salvo cuando esa transformación es capaz de provocar un cambio general en las estructuras de poder y en las reglas de juego hasta entonces vigentes; esto es, precisamente, lo que ha sucedido.

El crecimiento explosivo del intercambio económico global tuvo lugar merced a una fabulosa y aún no interrumpida revolución en las comunicaciones. La nueva tecnología permite trasladar millones de dólares de un país a otro en cuestión de segundos pero, al mismo tiempo, posibilita, con igual velocidad, obtener y analizar la información que esos capitales toman en cuenta para desplazarse.

La revolución en las comunicaciones ha coincidido con la reducción –cuando no la quiebra- del Estado tradicional generado a partir de la Revolución Francesa, el cual había exacerbado su papel hasta límites insoportables que hicieron del siglo XX el más sangriento de la Historia.

En ese contexto, los Estados deben permanecer más atentos a las demandas del capital, el cual, precisamente por no estar más atado a las fronteras de un país, puede elegir su destino según las condiciones económicas, políticas y jurídicas de cada nación. Tales circunstancias provocan un mayor respeto al derecho internacional de parte de los gobiernos, así como la aceptación de compromisos multilaterales que pocos años atrás hubieran sido considerados una injerencia en la política interna.

2. La ética del capitalismo

El aporte del capitalismo a la Historia es el fraccionamiento del poder económico y, cuando este fenómeno se extiende globalmente, también el fraccionamiento del poder político. La mayor injerencia del derecho internacional sobre el derecho interno no sólo multiplicó los controles de la comunidad internacional sobre los gobiernos, sino que permitió el resurgimiento de una extensa gama de instituciones intermedias de la sociedad civil, hasta ahora aplastadas por el peso de un Estado omnipotente.

El capitalismo descubrió la mayor efectividad que posee el mercado como control de la economía por los propios interesados, respecto de cualquier control llevado a cabo por un funcionario gubernamental, siempre más expuesto a la corrupción.

Sin embargo, este resultado está sujeto a dos condiciones:

- Que el capitalismo sea fiel a su propia esencia, que es el fraccionamiento del poder económico, sin lo cual no hay competencia.

- Que haya lealtad en las reglas de juego entre los actores de la economía, a fin de evitar el mismo riesgo.

Por ese motivo, el nuevo papel del Estado y de la comunidad internacional, en forma conjunta, consiste en una especial y renovada atención a las amenazas que acosan a estos principios. Tales amenazas son, fundamentalmente: los monopolios, el lavado de dinero y la corrupción; todos ellos, estrechamente vinculados entre sí.

En este artículo nos ocuparemos sólo de la corrupción y, más precisamente, de uno de sus aspectos, que es el soborno transnacional, enemigo esencial de la sana competencia global. En tal sentido, la ética del capitalismo no está sólo apoyada sobre un imperativo moral vigente desde siempre, sino también sobre una necesidad vital de subsistencia del propio sistema.

3. ¿Qué es el soborno transnacional?

El soborno transnacional es el ofrecimiento o entrega de dinero, bienes de valor pecuniario u otros beneficios, como favores, promesas o ventajas a un funcionario público de un Estado extranjero, a fin de conseguir que ese funcionario realice u omita cualquier acto relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada con el ejercicio de su cargo.

A diferencia del soborno doméstico, en el soborno transnacional los beneficios indebidos no están destinados a un funcionario de la propia administración gubernamental sino a un funcionario de un Estado extranjero.

Por cierto, el mismo acto puede ser visto desde dos caras opuestas: es un soborno doméstico para la legislación del país al que pertenece el funcionario; y es un soborno transnacional para la legislación del país al que pertenece el particular que ofreció u otorgó los beneficios indebidos.

La diferencia parece una mera cuestión de jurisdicción. Sin embargo, entre el soborno doméstico y el soborno transnacional hay una diferencia en la naturaleza misma de la figura penal.

En los sistemas que conciben al delito como el agravio a un bien jurídicamente protegido, el soborno está siempre situado entre los crímenes contra la administración pública. Por tanto, la legislación penal contra el soborno busca salvaguardar la integridad de la propia administración. ¿Podría decirse, en forma correlativa, que la legislación penal contra el soborno transnacional busca proteger la administración pública de un país extranjero? Parece difícil sostener tal hipótesis, pues un Estado no puede constituirse en tutor de la administración de otro. Más bien hay que pensar en el nacimiento de un nuevo bien jurídicamente protegido, que es la integridad del comercio mundial.

A partir de ese enfoque, la penalización al soborno transnacional puede verse como la protección a la lealtad en las reglas de juego del comercio internacional, lealtad que constituye un nuevo bien que pertenece a la comunidad global pero cuya tutela está a cargo del Estado que reconoce alguna responsabilidad objetiva respecto de los negocios de sus empresas o particulares en el exterior.

Por tanto, desde el punto de vista del Estado que legisla el soborno transnacional, ese acto corrupto no sería típicamente un soborno, en el estricto sentido que la doctrina penal concibe tal figura, sino un delito de naturaleza distinta, de una esencia diferente.

El soborno transnacional es un delito propio del capitalismo global, que está comenzando a encontrar su penalización en las mismas reglas del capitalismo global.

4. ¿Por qué es necesaria una nueva figura?

Podríamos preguntarnos cuáles son las razones que llevaron a la comunidad internacional a pensar en penalizar a la empresa o al ciudadano que soborna a un funcionario público extranjero. ¿No resultaba suficiente con la penalización que todos los países tienen legislada para quien soborna a sus propios funcionarios? ¿Por qué un Estado debe intervenir respecto de un delito cometido fuera de su territorio, cuando el país al que pertenece el funcionario sobornado es, supuestamente, el más perjudicado y, por tanto, el más interesado en aplicar una pena?

La respuesta puede hallarse, precisamente, en las reflexiones anteriores. En teoría, el Estado al que pertenece el funcionario que recibió el soborno debería ser el más interesado en investigar y sancionar; pero en los hechos, las administraciones más corruptas son, precisamente, las menos interesadas en hacerlo.

Como antes se dijo, el interés de la comunidad global apunta a proteger la lealtad entre los actores del comercio mundial. De tal modo, los Estados se comprometen a sancionar a sus empresas cuando ellas obtienen o procuran obtener en forma corrupta un contrato transnacional. Es una manera de establecer nuevas reglas de juego entre los sujetos activos del comercio y potenciales sujetos activos del soborno.

Penalizando al soborno transnacional, los Estados buscan asegurar una persecución más efectiva a la corrupción que aquella con la que podrían contar si las sanciones dependieran únicamente de los gobiernos a los que pertenecen los funcionarios corruptos. Esto no asegura el éxito, pero aumenta significativamente sus posibilidades.

5. El precedente de los Estados Unidos

El primer antecedente de penalización del soborno transnacional –y el único, durante más de 20 años- fue la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior de los Estados Unidos, sancionada en 1978 por la Administración Carter.

Esa norma, en su lengua denominada Foreign Corrupt Practices Act o, en su jerga jurídica original FCPA, establece severas penas privativas de la libertad y pecuniarias para las empresas de EE.UU. o radicadas en ese país, así como para los empleados de esas empresas en el exterior y también para los emisores de títulos valores en ese país cuando ellos ofrecieren, otorgaren u autorizaren pagos u otros beneficios pecuniarios a funcionarios públicos de un Estado extranjero, a un partido político extranjero o a un candidato de un partido político extranjero a fin de conseguir o asegurar un negocio.

Las penalidades son: una multa de hasta dos millones de dólares para las empresas más una sanción civil de hasta diez mil dólares. Para los directores y otros ejecutivos, así como los empleados que hubieren tenido participación, las penalidades pueden llegar hasta cien mil dólares y cinco años de prisión. Adicionalmente, y de acuerdo con disposiciones generales del sistema penal de EE.UU., cualquiera de esas sanciones puede ampliarse al doble de la ganancia que obtuvo el imputado mediante el acto corrupto o al doble de la pérdida bruta que, a causa del delito, hubiere sufrido otra persona. A esa trama de sanciones deben agregarse las que impone la Comisión Nacional de Valores (Security and Exchange Commission) y la posible exclusión de los programas de proveedores del gobierno.

Además, la ley contempla un triple sistema de prevención centrado en la acción del Procurador General (Departamento de Justicia): a) Una guía impresa, con típicos ejemplos de conductas incriminadas según las experiencias más comunes en materia de exportaciones; b) Una acción civil que puede tramitar el Departamento de Justicia o la Comisión de Valores en las cortes de distrito a fin de conseguir una medida de no innovar o interdicción para interrumpir la acción de una empresa a punto de comprometerse en alguna de las prácticas prohibidas; c) Un mecanismo consultivo mediante el cual las empresas pueden solicitar un dictamen del Departamento de Justicia frente a dudas vinculadas con determinadas acciones que se propongan llevar a cabo. Un dictamen que exprese que la acción de la empresa no está comprendida en las prohibiciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior constituye una presunción iuris tantum que la empresa puede invocar en su favor si luego es demandada en las cortes.

Durante muchos años, las compañías de EE.UU. quedaron en desigualdad de situación respecto de las empresas de otros países que no estaban sujetas a penalidades por cohechos en el exterior y, en algunos casos, hasta tenían la posibilidad de desgravar el monto de esos sobornos.

Estados Unidos impulsó exitosamente el compromiso de penalizar el soborno transnacional, en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, firmada en 1996 y, un año más tarde, en la Convención para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en la Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en París por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

6. La Convención Interamericana contra la Corrupción

En marzo de 1996, 22 países americanos firmaron en Caracas la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que es el primer compromiso internacional sobre la materia. La negociación se llevó a cabo en el marco de la OEA durante 1995 y el primer tercio del siguiente año. Esa discusión fue muy ardua en todos los aspectos del documento, que contiene compromisos de tipo penal, administrativo y de cooperación internacional; pero resultó particularmente difícil respecto del soborno transnacional, a causa del atavismo de los países al principio de territorialidad.

Algunos expertos alegaban que su constitución o los principios fundamentales de su derecho no les permitían apartarse de la territorialidad como base para establecer sanciones penales.

La delegación de EE.UU. había introducido la propuesta en las rondas de Washington D.C., pero la mayor parte de los países latinoamericanos e incluso Canadá eran algo renuentes a incorporar una figura que resultaba demasiado novedosa para sus respectivos sistemas penales.

Finalmente, se llegó a una fórmula aceptable para todos, con una cláusula de salvaguardia idéntica a la que se adoptó, al mismo tiempo, para establecer el compromiso de legislar el enriquecimiento ilícito. Esa cláusula permite sujetar su cumplimiento a la inexistencia de contradicción con la Constitución y los principios fundamentales del país que se proponga legislar el soborno transnacional.

El artículo 8º de la convención quedó redactado de la siguiente manera: 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 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 todos los propósitos de la presente 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.

La convención utiliza, en principio, la misma fórmula de su artículo 6º para el soborno doméstico, es decir, el ofrecimiento o entrega no sólo de valores pecuniarios sino de cualquier otro beneficio o promesa.

A diferencia del soborno doméstico, la descripción que el artículo 8º hace de la nueva figura apunta, como es lógico, a la corrupción de un funcionario de otro país. Sin embargo, este compromiso no está orientado a penalizar cualquier acto de cohecho, sino únicamente los que se vinculen con una transacción económica o comercial. Tal limitación está en línea con su precedente, la Foreign Corrupt Practices Act, que sanciona el soborno otorgado para conseguir o conservar un negocio. Esta especificidad confirma, una vez más, nuestra hipótesis sobre la existencia de un nuevo bien jurídico protegido, que es la transparencia y la lealtad en el comercio internacional. Si el bien jurídico protegido fuese la integridad de la administración pública extranjera, el soborno transnacional debería castigar hasta el soborno otorgado a un agente de tránsito en otro país.

Los países de la OEA que no legislen el soborno transnacional quedan obligados, de todos modos, a asistir y cooperar en relación con ese delito a los miembros que lo requieran. Esa obligación incluye la información, provisión de pruebas y medidas cautelares y podría llegar a la extradición cuando el país requerido no exija doble incriminación.

7. La Convención de la OCDE

Si alguna prueba más hiciese falta para demostrar que el soborno transnacional constituye una medida encaminada a proteger la lealtad y pulcritud en el comercio mundial y no la integridad de un gobierno extranjero, esa prueba es la convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) firmada en París, en diciembre de 1997.

La convención de la OCDE establece en su artículo 15 que entrará en vigor después del sexagésimo día siguiente a la fecha en la cual cinco de los diez países que tengan las diez mayores cuotas de exportaciones, y que representen por sí mismos al menos el sesenta por ciento de exportaciones combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación.

La cláusula no podía ser más reveladora de su intención de establecer reglas de juego parejas entre los grandes actores del comercio internacional así como de la reticencia de los Estados a poner límites a las propias empresas si los demás no hacen lo mismo.

El contenido de los compromisos de la convención de la OCDE es, por cierto, más completo y detallado que el de la convención de la OEA, como es lógico, ya que el documento de París representa una convención dedicada íntegramente a la figura del soborno transnacional.

También la convención de París –en forma similar a la de Caracas- promueve la responsabilidad de las personas jurídicas en el soborno a un funcionario público extranjero, responsabilidad que puede ser meramente civil, si el país no admitiere la imputación penal a las sociedades.

La convención de la OCDE adopta expresamente el compromiso de penalizar la autorización para el acto de soborno, como lo hace la FCPA. De hecho, este compromiso está contenido, de todos modos, en la convención de la OEA, por vía de la participación, ya que una vez probada la autorización de un superior o de la casa matriz, es difícil negar que este acto constituye una participación en el delito.

En cuanto a la descripción de los posibles destinatarios del soborno, la convención de la OCDE incorporó un compromiso novedoso, ya que incluye a los funcionarios de una organización pública internacional. Lamentablemente, el documento no pudo hacer lo mismo con los partidos políticos o candidatos de esos partidos, que no son considerados como posibles sujetos pasivos del soborno transnacional.

También respecto de la finalidad del delito, la convención de la OCDE amplía sus precedentes, pues no sólo obliga a considerar la obtención o conservación de un negocio sino también las ventajas impropias en un negocio, un aspecto que no estaba contenido en la FCPA. De cualquier modo, no puede decirse que esta obligación esté ausente en el compromiso de la OEA, debido al principio que manda no hacer distinciones donde la norma no las hace.

El acuerdo de París avanza también en el campo de las penalidades, las cuales deben ser de cumplimiento efectivo, proporcionadas a la gravedad del delito, tener entidad disuasiva y ser equivalentes a las que aplique el Estado para el soborno a sus propios funcionarios. El tiempo de privación de libertad debe ser tal que permita la extradición.

Entre las varias cláusulas destinadas a asegurar la efectividad de la convención, ese documento contiene una muy buena disposición sobre la imparcialidad que debe inspirar a las autoridades nacionales en el ejercicio de su potestad punitiva. Según esa cláusula, las autoridades no serán influidas por consideraciones de sus intereses económicos nacionales, por los potenciales efectos sobre las relaciones con otros Estados o la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas.

Esta prescripción avanza decididamente sobre un compromiso político de los Estados, los cuales se comprometen a desestimar cualquier influencia económica o política que pudieran sentirse tentados a considerar como un interés nacional.

Hay otras normas sobre efectividad que apuntan a los sistemas de contabilidad y a los principios generales de las legislaciones domésticas.

Argentina firmó la convención en su carácter de observador y miembro del grupo de trabajo, de manera que está unida a la obligación de legislar el soborno transnacional mediante un doble compromiso: el de la OEA y el de la OCDE.

8. Nuestra legislación

En realidad, Argentina ya incorporó a su sistema penal el delito de soborno transnacional en la ley 25.188 sobre Ética en la Función Pública. Esa ley recoge casi textualmente el artículo 8º de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Sin embargo, creemos que la legislación deberá ser más específica, pues los compromisos internacionales suelen ser genéricos y dejan a las leyes domésticas la regulación pormenorizada de las circunstancias.

Estimamos que nuestra legislación debe ampliarse y detallarse en varios aspectos; entre ellos, los siguientes:

a) ¿Cuándo una empresa radicada en el exterior puede considerarse argentina, a los efectos de la aplicación de la legislación sobre soborno transnacional? ¿Sólo cuando sea la filial de otra radicada en el país? ¿Cuándo la empresa sea extranjera pero su capital pertenezca a ciudadanos argentinos? ¿En ese caso, en qué proporción? ¿Cuándo la empresa o sus propietarios tributen por sus ganancias en la Argentina? En cualquier supuesto, deberá tomarse en cuenta que está surgiendo un nuevo principio penal internacional, al que podríamos aquí denominar de responsabilidad de los Estados, según el cual los gobiernos asumen la obligación de penalizar cuando de algún modo se consideran responsables por la conducta de determinadas personas, bien sea porque tienen ciertas potestades de control sobre ellas o porque se benefician con sus tributos.

b) ¿Debe o no acreditarse un nexo con el territorio argentino para habilitar la vía de imputación del soborno transnacional?

c) ¿Qué posición se adoptará con el soborno a candidatos de partidos políticos, quienes no están incluidos en los compromisos de ninguna convención? Asimismo, deberá incorporarse el soborno a funcionarios de organismos internacionales.

d) ¿Se extenderán las penalidades a las personas jurídicas?

e) ¿Qué posición se adoptará con los empleados extranjeros de una empresa argentina en el exterior?

f) ¿Se legislarán, paralelamente, medidas preventivas?

g) ¿Se incluirán los sobornos otorgados a funcionarios extranjeros para obtener o conservar un negocio entre particulares, tales como un permiso o una habilitación?

Éstas son sólo algunas de las preguntas que deberíamos hacernos antes de profundizar nuestra legislación sobre soborno transnacional. Éste es el momento de hacerlo, cuando todavía Argentina no tiene un gran desarrollo de empresas multinacionales propias, pero en previsión de un deseable crecimiento en ese campo.

Con la ley de Ética Pública se ha dado un gran paso, que es el reconocimiento expreso y efectivo del compromiso. Ahora, es necesario diseñar la totalidad de los aspectos de una figura que resulta novedosa para casi todo el mundo.

(*) Abogado y Presidente de la Fundación Ética Pública