

LOS DELITOS DE COHECHO Y DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES CONFORME AL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO

LUIZ REGIS PRADO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Estadual de Maringá (Brasil)
Consultor Jurídico de la O.E.A.

Resumen: El presente artículo está dedicado al análisis de los llamados delitos contra la Administración pública extranjera, recientemente introducidos en el Código penal brasileño por la Ley 10.467/2002, con el fin de dar efectividad al Decreto 3.678/2000, por el que se promulgó en Brasil la Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, firmada en París en 1997. En este sentido, el legislador penal brasileño introdujo en el texto del Código penal los delitos de cohecho activo en transacción comercial internacional y de tráfico de influencias internacional. Pese a que se hayan integrado en el Título dedicado a los delitos contra la Administración pública extranjera, no es ésta el bien jurídico protegido a través de estos delitos, sino la regularidad y la transparencia en las relaciones comerciales internacionales, ya que es precisamente en la oscuridad y en la falta de confianza entre las partes firmantes de los acuerdos comerciales que el cohecho se desarrolla con más facilidad. De ahí que la tipificación de estos nuevos delitos tiene por objeto impedir que el favoritismo político y económico se convierta en moneda de cambio de importantes transacciones económicas que dependan de los órganos e instituciones públicas. Por eso, las instituciones financieras internacionales suelen condicionar toda ayuda a los países en desarrollo a la implementación de políticas que contribuyan a la lucha contra el cohecho interno e internacional.

Abstract: This article deals with the analysis of the so-called crime committed against the Foreign Public Administration, recently in-

serted in the Brazilian Penal Code by means of Law 10.467/2002 with the purpose of making effective the Decree 3.678/2000, through which the Convention on Fighting Foreign Officials Corruption in Transactions, which was established in Paris in 1997, was enacted in Brazil. In this sense, the Brazilian penal legislator introduced in the text of the Penal Code the crimes of active corruption in international transactions and international influence peddling. In spite of having been integrated under the Title concerning crimes against Foreign Public Administration, this is not the juridical asset protected by these crimes, but a regularity and a transparency in the international transactions, once it is precisely in obscurity as well as in the lack of trust between parties that establish commercial agreements, that corruption is developed more easily. Thus, the vagueness doctrine of these new crimes has the purpose of preventing the political and economical favoritism from being converted into an exchange element of important economical transactions that depend on public institutions and organizations. So, international financing institutions usually condition all the aid to developing countries to the settlement of policies that contribute to fighting internal and international corruption.

Palabras clave: 1. Cohecho; 2. Cohecho internacional; 3. Código penal brasileño; 4. Ley 10.467/2002; 5. Convención para la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros; 6. Transacciones Comerciales internacionales; 7. Administración pública extranjera; 8. Transparencia en las relaciones comerciales internacionales.

Key words: 1. Corruption; 2. International corruption; 3. Brazilian Penal Code; 4. Law 10.467/2002; 5. Convention on Fighting Foreign Officials Corruption; 6. International Transactions; 7. Foreign Public Administration; 8. Transparency in international transactions.

1. Introducción

El vocablo «corrupción» (del latín *corruptio*) denota la acción de corromper, de producir adulteración, perversión, prevaricación. Corrupción y soborno no se confunden, por más que sean términos estrechamente vinculados. «Sobornar» (del latín *subornare*) significa inducir a un mal procedimiento, estimular con procesos venales a la práctica de una acción contraria al derecho o al deber, cohechar, seducir o engañar empleando medios contrarios a la legalidad. Así, el soborno, el cohecho (acto o efecto de sobornar, de cohechar) indica la corrupción de personas, por medios ilícitos, para realizar un acto determinado.

En el marco de la Administración Pública, corrupción es el fenómeno por el cual un funcionario es movido a actuar de manera diferente a los patrones normativos del sistema, favoreciendo intereses particulares a cambio de un beneficio o recompensa. Corrupto, así definido, es el comportamiento ilegal de aquél que desempeña una función en la estructura del Estado, haciendo uso de ella para atender fines diferentes de los que le son propios (del interés público). En este sentido, es obligatorio destacar que la corrupción no puede ser considerada en términos de moralidad o inmoralidad, pero sí de legalidad o ilegalidad¹. Significa, por tanto, un intercambio entre quien corrompe y quien se deja corromper. Normalmente se encuentra relacionada con la promesa de recompensa o beneficio a cambio de un comportamiento que favorezca los intereses del corruptor.

La corrupción es una forma particular de ejercer influencias. El comportamiento corrupto se amolda al funcionamiento de un sistema, particularmente al modo en que se toman las decisiones.

El primer factor que debe considerarse es el grado de institucionalización de esas prácticas: cuanto mayor sea la institucionalización, mayores serán las posibilidades de corrupción. Por eso, mientras más grande sea el círculo de actuación del sector público respecto al sector privado, mayores serán las probabilidades de verificación del comportamiento corrupto. Pero no sólo se debe tener en cuenta la magnitud del sector público: hay que considerar también el ritmo con que éste se expande y la cultura de las élites y de las masas².

Siendo la corrupción un modo de influir en las decisiones públicas, quien se sirve de ella procurará intervenir en tres niveles. Usará la corrupción desde la etapa de elaboración de las decisiones, en un intento de obtener un acceso privilegiado a las mismas. Posteriormente se valdrá del comportamiento corrupto en la etapa de aplicación de las normas por parte de la Administración Pública y sus instituciones, procurando alguna exención o su aplicación en todo caso favorable. Finalmente, la corrupción puede también ser usada como medio de eludir las sanciones previstas en ley. En cada una de estas etapas la corrupción afecta, respectivamente, al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial.

En general, se puede decir que la corrupción es un factor de disgregación del sistema institucional y su influencia, a largo plazo, es

¹ Cfr. PASQUINO, Gianfranco. *Corrupção*. En: BOBBIO, Norberto *et alii*. *Diccionario de Política*, v. I. Trad. Carmen Varriale, Gaetano lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Cacaís y Renzo Dini. 5.ª ed. Brasilia: Editora de la UnB, 1993, p. 291.

² *Ibidem*, p. 292.

siempre negativa y acaba favoreciendo unos sectores en perjuicio de otros. Actuando como una forma privilegiada de influencia, reservada sólo a aquéllos que cuentan con medios, muchas veces exclusivamente económicos, para su ejercicio, la corrupción lleva al desgaste del recurso más importante del sistema: su legitimidad³.

La venalidad es un mal que circunda a la Administración Pública desde la Antigüedad, fruto de la avidez, del apego al poder, del proteccionismo a favoritos, de las sinecuras y del debilitamiento de los deberes cívicos por parte de aquéllos que detentan una parte del poder estatal, estimulados por los corruptores, que ven el Estado como mero instrumento al servicio de sus intereses personales⁴.

Puede observarse que la corrupción como acto aislado ya no es objeto de los estudios más recientes y sí, sin embargo, la «gran» corrupción, la corrupción política y administrativa, pensada como sistematización de la corrupción. Ésta puede definirse como un intercambio clandestino entre dos mercados: el mercado político-administrativo y el mercado económico-social, funcionando como interfaz entre lo público y lo privado, principalmente en los sectores donde existe un alto poder decisorio por parte de funcionarios públicos o políticos⁵.

De este modo, aunque el comportamiento corrupto pueda aparecer en los más diversos contextos, su característica esencial consiste en la transferencia no autorizada de valores. La persona corrompida debe, necesariamente, trabajar para otro individuo o institución, puesto que el propósito de la corrupción es inducirla a anteponer sus intereses personales, en detrimento de los intereses y objetivos de la institución en que trabaja. Además, para que el funcionario pueda ser corrompido debe ocupar, forzosamente, una posición de poder den-

³ *Ibidem*, p. 293.

⁴ Como muy bien se señala, la corrupción «no es una nota característica de ningún régimen, de ninguna forma de gobierno, pero sí consecuencia natural de la deshinibición moral, del desorden y de la degradación de las costumbres, del sentimiento de impunidad y de la desenfrenada codicia por bienes materiales, de la preterición de la ética y del ejercicio reiterado y persistente de la virtud, sustituidas por prácticas consumistas e inmediatistas tan gratas al hedonismo. Esta constatación es posible por el cotejo de la historia, por el estudio de la trayectoria del hombre a través de los tiempos, del que se infiere que la corrupción estuvo presente en todos los tiempos, contenida y limitada en algunos períodos, creciente y fortalecida en otros, inconmensurable y avasalladora en otros tantos. Ninguna otra época de Brasil-República, ciertamente, habría superado el alto grado que la corrupción alcanzó a partir de los años sesenta llegando hasta nuestros días, y la enorme indignación popular, frente a la actitud crítica de aquéllos involucrados en la misma» (HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 26).

⁵ Cfr. SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável?*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 56.

tro de la institución, de manera que le esté asegurado el ejercicio ilimitado de su autoridad⁶.

Debe señalarse que la corrupción ya no se ve como una consecuencia del subdesarrollo o como una característica de países donde todavía predomina el «clientelismo», sino que se manifiesta tanto en países con gobiernos estables y fuertes como en países con gobiernos débiles e inestables, en países caracterizados por la existencia de partidos políticos fuertes y en países con un sistema de partidos débil, en los cuales tiene lugar, en conjunto, un momento de redefinición o una confusión histórica tanto entre lo que tiene que ser considerado como cosa pública y lo que debe ser considerado privado, como del papel del Estado en la gestión de la economía⁷.

Es conveniente investigar aquí por qué la corrupción, que ha sido un elemento invariable en el escenario político desde el surgimiento del liberalismo, suscita actualmente mayor preocupación en lo que se refiere a su represión. Dos razones parecen justificar dicha preocupación: por una parte, las transformaciones producidas en los modernos sistemas democráticos, con la aparición de los grandes partidos políticos (y, consecuentemente, sus necesidades financieras), la interiorización de los valores relacionados con el gobierno popular, el crecimiento de los medios de comunicación, etc.; y, por otra parte, la transformación de la posición de los Poderes Públicos en las formas de producción, que amplió las posibilidades de que los gobernantes utilicen su autoridad para obtener ventajas personales. Así, las formas tradicionales de lucha contra la corrupción, ante el nuevo orden de factores, quedaron obsoletas.

Son cuatro las principales formas de represión y control de la corrupción: el procedimiento legislativo; el control de la administración en la aplicación de las leyes; el control judicial; y la transparencia y la responsabilidad de los propios gobernantes. Actualmente, esta última forma de lucha contra la corrupción es la que ha presentado las más graves disfunciones. La responsabilidad de los gobernantes lleva consigo, esencialmente, la obligación de *respuesta*, es decir, el deber inherente a todo ente público de rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de su función. Esta obligación se extiende no sólo a los círculos políticos, sino también a la esfera jurídico-penal. La sumisión de los gobernantes a la ley penal es una exigencia del

⁶ Cfr. MAGADÁN DÍAZ, Marta; RIVAS GARCÍA, Jesús. *Corrupción y fraude: economía de la transgresión*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 20.

⁷ Cfr. SCHILLING, Flávia, op. cit., p. 56.

constitucionalismo democrático, que establece la obediencia del poder público al Derecho y la igualdad de todos ante la ley⁸.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la corrupción representa una agresión al propio funcionamiento del Estado democrático de Derecho. Alcanza tanto al prestigio de la Administración Pública ante los administrados como al deber de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, según las exigencias de la Constitución brasileña, que destaca la probidad y la imparcialidad como deber de todos aquéllos que ejercen funciones públicas, además de la eficiencia inherente a la prestación del servicio público (art.37, *caput*, Constitución de la República del Brasil). En un Estado democrático de Derecho la confianza de los ciudadanos en el correcto ejercicio de la función pública se ve dañada cada vez que las decisiones de las autoridades muestran ser el producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y, especialmente, cuando existe el peligro de que puedan ser «compradas» por los particulares⁹.

El fenómeno de la corrupción *lato sensu* representa, así, una amenaza para el Estado de Derecho y la sociedad democrática, ora porque incluye la representación popular, que presupone la separación de Poderes, ora porque incluye los derechos fundamentales.

En este último aspecto, la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, menciona en su Preámbulo una relación de causa-efecto entre la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos del hombre y la corrupción de los gobiernos. La corrupción afecta a derechos económicos y sociales, da lugar a un trato discriminatorio y desigual y es fuente de apropiación indebida de bienes y del surgimiento de monopolios que suprimen o debilitan la libertad empresarial o comercial¹⁰.

Al dejarse corromper, el funcionario atenta, particularmente, contra el desempeño imparcial de la actividad pública, ya que en los casos en que ejecuta un acto propio de su cargo a cambio de una retribución ímproba se sitúa en una posición parcial con relación al

⁸ Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal. En: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 33 y ss.

⁹ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Sobre la reforma de los delitos de funcionarios. En: *Documentación jurídica*, v. 2, n. 37-40, 1983, p. 388.

¹⁰ Cfr. DELMAS-MARTY, Mireille; MANACORDA, Stefano. La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 3, 1997, pp. 696-697.

particular que le dio o prometió esa ventaja¹¹. La corrupción recibe la impronta del subjetivismo del funcionario, dando lugar así a una falta de objetividad, cuando de resoluciones administrativas se trata, favoreciendo la obtención de ventajas personales en detrimento del interés general¹².

En este sentido, el acto de corrupción puede ser visto como una confusión de intereses o, mejor dicho, como la anteposición de intereses privados de naturaleza económica (del funcionario público y de un tercero) sobre el interés público, que genera el enriquecimiento personal del agente público corrupto y de una o varias personas por la apropiación o desvío ilícito del dinero público hacia patrimonios privados. Este primado de intereses privados sobre el interés público fue originando una «economía de transgresión», que se vale de instrumentos o de instituciones jurídico-privadas en la práctica de delitos contra la Administración Pública (v.g., a través de la creación de personas jurídicas ficticias o integradas por socios y administradores «testaferros») o para desviar o encubrir las ventajas ilícitas obtenidas por el agente con estos crímenes (lavado de dinero)¹³. Es decir, el Derecho privado adquiere aquí un sentido eminentemente instrumental: permitir a los corruptos disfrazar sus conductas, o los efectos derivados de ellas, de una aparente legalidad¹⁴.

Para combatir la corrupción es necesario modificar el conjunto legislativo regulador de la actividad administrativa en sus diferentes ámbitos y niveles, amoldando su actuación a pautas y criterios objetivos, de acuerdo con los principios ya establecidos por la Constitución (legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia). Junto a esta adaptación a criterios objetivos es necesario reconstruir o reintroducir indispensables mecanismos de control de la corrupción¹⁵.

Además, conjuntamente con la responsabilidad penal debe considerarse también la responsabilidad política, que no supone necesariamente la existencia de un delito, ya que muchos de los actos de

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, María José. *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplona: Aranzadi, p. 79.

¹² Cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo. Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción. En: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., p. 41.

¹³ Cfr. CARBAJO CASCÓN, Fernando. Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción. En: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, pp. 55 y ss.

¹⁴ Cfr. GARCÍA VICENTE, José-Ramón. Corrupción y Derecho Privado: notas generales. En: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., p. 51.

¹⁵ Cfr. SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias. En: *Política Criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*. Madrid: Edersa, 1993, p. 1092.

inobservancia de los principios mencionados *supra* y merecedores de reprobación social no pueden ser subsumidos en ningún tipo penal. En la indagación de la responsabilidad política tienen una función básica los mecanismos de control del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo (v.g., a través de los Tribunales de Cuentas y, especialmente, de las Comisiones Investigadoras Parlamentarias). Se pone de manifiesto, así, que la investigación de la responsabilidad política constituye un instrumento fundamental tanto en la prevención como en la represión del delito de corrupción, que, al mismo tiempo, contribuye al restablecimiento de la tranquilidad social¹⁶.

2. La lucha internacional contra la corrupción

¿Y por qué es necesario combatir la corrupción a nivel internacional?¹⁷ Antes de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la idea de que la corrupción es un mal que debe ser combatido por medio de instrumentos de carácter supranacional, y no sólo en el ámbito interno de cada país, parecía casi imposible. La falta de comunicación, la inflación y el desorden económico-financiero, entre otros factores, contribuían a disimular el problema de la corrupción.

Mientras tanto, la apertura de las fronteras comerciales a consecuencia de la globalización, el fin de la guerra fría y los ajustes que muchos países latinoamericanos fueron obligados a realizar para impedir el avance de la inflación y la bancarrota de sus instituciones, alertaron a sus pueblos de la gravedad de la corrupción y de su incidencia en la vida de todos aquéllos que soportaban la pobreza y otras limitaciones. El análisis de la disciplina tributaria interna de los países permite comprobar la cantidad de fondos malversados en sectores tales como salud y educación, como consecuencia de la corrupción.

Al mismo tiempo, los medios de comunicación vía satélite mostraron al mundo imágenes de los niveles de vida de la población en los países desarrollados, donde casi no existe corrupción.

Entre los motivos que justifican la lucha internacional contra la corrupción se destacan los siguientes:

a) *la constatación de que la apertura comercial exige transparencia, como una forma de resguardar la lealtad y la equidad del intercambio*

¹⁶ *Ibidem*, p. 1105.

¹⁷ Véase, a este respecto, OFOSU-AMAAH, W. Paatii; SOOPRAMANIEN, Raj; UPRETY, Kishor. *Combattre la corruption*. Paris: ESKA, 2001, pp. 76 y ss.

económico entre las naciones: las relaciones económicas entre los países son cada día más estrechas. La competencia entre empresas nacionales y extranjeras produce una reducción de costes de los productos comercializados y mejora su calidad. De este modo, muchas de las ideas preconcebidas que comúnmente se atribuyen a un exceso de apertura comercial proceden, la verdad, de distorsiones del sistema, como consecuencia de una competencia que, en vez de ser abierta y transparente, es desleal. Y una de esas formas de deslealtad es la corrupción.

b) *la necesidad de promoción del desarrollo de los pueblos, muchas veces víctimas de sobrecargas injustas derivadas de la corrupción:* cuando un Estado no ofrece seguridad jurídica, no sólo las inversiones extranjeras, también el propio capital nacional, huyen en dirección a otros países. En términos sociales esto significa menos fuentes de trabajo y el consecuente aumento del desempleo.

c) *el hecho de que la lucha contra la corrupción es una forma de preservar la legitimidad de las instituciones y sistemas, cubiertas por un manto de ilegitimidad cuando no se gobierna para el bien común:* la corrupción no solamente vicia la economía, sino que también obstaculiza el desarrollo social y genera un aumento de la pobreza. Además, desacredita las instituciones públicas, acarreando con ello el riesgo de pérdida de legitimidad del ejercicio de la autoridad estatal.

d) *la importancia de la lucha contra el crimen organizado:* existe una gran preocupación respecto a los lazos que unen la corrupción y el crimen organizado, las mafias políticas y la diseminación del narcotráfico. En algunas ocasiones son esos factores los que generan la corrupción; en otras, son esos poderes ilegítimos los que más se aprovechan de la corrupción ya existente en los gobiernos para ampliar sus esferas de actuación. El crimen organizado es un mal que no puede ser combatido de forma aislada por cada Estado. Son fuerzas demasiado poderosas como para ser ignoradas por la comunidad internacional.

e) *la necesidad de una mayor y más amplia cooperación internacional para la obtención de información, pruebas y realización de extradiciones interpaíses:* es frecuente que los funcionarios corruptos oculten sus bienes en otros países o huyan al exterior para dificultar la acción de la justicia. La asistencia y cooperación internacional son fundamentales para la obtención de informaciones, recolección de pruebas e incautación de bienes, detección de dinero «lavado» y para hacer efectivos los procesos de extradición.

f) *la creación de una mayor conciencia ética en la sociedad civil respecto a la necesidad de la lucha contra la corrupción, señalando su es-*

trecha relación con el subdesarrollo económico: los ciudadanos juegan un importante papel tanto en la prevención de la corrupción como en la detección de sus efectos. Pero para que esa participación se haga posible es necesario elaborar leyes que contribuyan a la transparencia de los actos de gobierno y a la garantía de la protección de la vida y la integridad física, moral y económica de aquéllos que decidan luchar contra la corrupción.

Todas estas razones, de alguna manera, se reflejan en el Preámbulo y en la totalidad del texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela. Brasil, sin embargo, siendo signatario del Documento, sólo muy recientemente lo ha ratificado (Decreto Legislativo 152, de 25 de junio de 2002, que aprueba el texto final de la Convención Interamericana contra la Corrupción).

Como reflejo de la atención del legislador brasileño a las consecuencias de la corrupción en el plano internacional, el Capítulo II-A fue incluido en el Título XI del Código Penal brasileño por la Ley 10.467, de 11 de junio de 2002, cuyo objetivo fue hacer efectivo el Decreto 3.687, de 30 de noviembre de 2000. Este Decreto promulgó la Convención sobre la lucha contra la Corrupción de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales, firmada en París el 17 de diciembre de 1997¹⁸ ¹⁹.

Históricamente, el primer acto legislativo dirigido a la lucha contra la corrupción de ámbito internacional fue el *Foreign Corrupt Practices Act*, aparecido en 1977, en Estados Unidos de Norteamérica, bajo la presidencia de Jimmy Carter. En aquella misma década, y como consecuencia de las investigaciones del caso *Watergate*, el Congreso norteamericano había descubierto que algunas compañías locales sobornaban a partidos políticos y funcionarios públicos de

¹⁸ Esa Convención fue una iniciativa tomada a partir de la Recomendación Revisada sobre la lucha contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), el 23 de mayo de 1977, que reivindicó medidas efectivas para detener, prevenir y combatir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros vinculados a transacciones comerciales internacionales; en particular, la inmediata criminalización de tales actos de corrupción, de forma efectiva y coordinada, de conformidad con elementos generales acordados en aquella recomendación y con los principios jurisdiccionales y jurídicos básicos de cada país.

¹⁹ Como también la Declaración de las Naciones Unidas, de 21 de febrero de 1977, sobre la Corrupción y los Sobornos en las Transacciones Comerciales Internacionales y el Convenio del Consejo de Europa, del 27 de febrero de 1999, de Derecho Penal sobre Corrupción. Este último trata la materia minuciosamente, enumerando los actos de corrupción y de tráfico de influencias (arts. 2 a 12).

otros países. Por consiguiente, aquel texto establecía severas sanciones a las empresas y ciudadanos particulares de Estados Unidos que, con miras a conservar un determinado negocio, sobornasen a funcionarios públicos extranjeros, partidos políticos, funcionarios o candidatos de partidos políticos en el exterior.

Algún tiempo después, y sin que ningún otro país hubiese tomado una iniciativa semejante, el Comité Jurídico Interamericano (organismo asesor de la OEA) señaló la necesidad de que se tratasen las cuestiones legales derivadas de la corrupción.

En 1994, la *United States Information Agency* y la *United States Office of Government* promovieron, en Washington D. C., la Primera Conferencia Internacional de Ética Gubernamental, con representantes de gobiernos de los cinco continentes. Esa reunión fue considerada preparatoria de la Cumbre de Presidentes de las Américas, celebrada en Miami en diciembre de aquel mismo año. La denominada «Cumbre de Miami» concluyó con un compromiso firmado por todos los gobernantes presentes: combatir la corrupción.

En este sentido, el gobierno de Venezuela presentó un proyecto de convención cuyo núcleo central era el compromiso de los Estados de conceder la extradición de los acusados de actos de corrupción.

A su vez, la OEA había formado el grupo de trabajo «Ética Cívica y Probidad», que elaboró un proyecto teniendo en cuenta la iniciativa de Venezuela y lo sometió al análisis del Comité Jurídico Interamericano. De esta forma, después de muchas negociaciones, se redactó el proyecto final de compromiso que, el 29 de marzo de 1996, se transformó en la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada por 22 Estados americanos.

La Convención tiene como objetivo promover y fortalecer el desarrollo, por iniciativa de cada uno de los Estados miembros, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados miembros con el fin de asegurar la eficacia de aquellos mecanismos (artículo II). Está dividida en dos partes principales: la primera dedicada a las medidas preventivas que los gobiernos se comprometen a tomar para evitar la corrupción y para buscar una mayor transparencia en la administración (art. III). Entre estas medidas destacan la creación de sistemas para proteger a los funcionarios públicos y a los ciudadanos que denuncien, de buena fe, actos de corrupción (art. III, inciso 8) y la creación de órganos de control superior, a fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, castigar y erradicar prácticas corruptas (art. III, inciso 9). La segunda parte está casi totalmente dedicada a la materia penal, y a su

vez puede subdividirse entre los compromisos que obligan a la creación de tipos penales en el Derecho positivo de los Estados miembros y los compromisos de asistencia y cooperación.

La obligación de crear tipos penales se plantea en tres niveles diferentes: a) en el nivel de obligación máxima destaca el compromiso de incriminar conductas que, en función de su gravedad, en su mayoría ya se encuentran tipificadas en los ordenamientos internos de los Estados, tales como el cohecho y la corrupción pasiva, la administración fraudulenta, etc.; b) en el segundo nivel, subordinado a la ausencia de contradicciones entre el compromiso establecido en la Convención y los principios jurídicos vigentes en el Estado firmante, se encuentra la obligación de tipificar formas más recientes de corrupción. En este sentido, entre otras medidas, la Convención establece la incriminación del soborno transnacional, entendido como el ofrecimiento u otorgamiento, por parte de ciudadanos de un Estado miembro, de personas que tengan residencia habitual en su territorio o de empresas en él domiciliadas, a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, de cualquier objeto de valor pecuniario o de otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de la realización u omisión, por parte de ese funcionario, de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial (art. VIII); c) en el tercer nivel se encuentra la obligación, por parte de los Estados miembros, de considerar la regulación de una serie de tipos penales cuya introducción en su Derecho positivo es reputada oportuna, y que, por ello, no podrá ser descartada por simples razones de conveniencia. Aquí se incluyen los delitos de uso indebido de información reservada o privilegiada, la malversación de bienes públicos y la obtención ilícita de beneficios públicos.

Esta iniciativa de los Estados Americanos fue fundamental para que, en 1997, los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) firmasen en París la Convención sobre la lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales. El ejemplo de América había sido básico, pero fuera de la OEA se encontraba el mayor número de países con una fuerte capacidad de exportación de bienes y servicios, ámbito que constituye el campo de acción específico de la corrupción internacional.

La mencionada Convención dispone que cada Estado miembro deberá tomar todas las medidas necesarias en su legislación para prever como delito la conducta de aquel que ofrece, promete o da cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra naturaleza —direc-

tamente o a través de intermediarios— a un funcionario público extranjero o a terceras personas, produciendo así la acción o la omisión de ese funcionario en el ejercicio de sus responsabilidades oficiales, con la finalidad de realizar o dificultar transacciones o conseguir otras ventajas ilícitas en la realización de negocios internacionales.

En lo tocante a las personas jurídicas, la Convención dispone que cada Estado miembro deberá tomar todas las medidas necesarias para el establecimiento de responsabilidades de estos entes por la corrupción del funcionario público extranjero, de acuerdo con sus principios jurídicos (art. 2).

Sin embargo, tomando en cuenta el predominio, desde hace mucho tiempo, en el Derecho Penal brasileño, al igual que en los demás Derechos de inspiración romano-germánica, del apotegma *societas delinquere non potest*, como verdadera reafirmación de los postulados de culpabilidad y de personalidad de las penas, los crímenes realizados en el marco de las personas jurídicas sólo pueden ser imputados criminalmente a las personas naturales, en su calidad de autores o partícipes²⁰.

La propia Convención reconoce esa particularidad, al prever que si la responsabilidad criminal, bajo el sistema jurídico del Estado miembro, no se aplica a las personas jurídicas, tendrá que asegurarse que las mismas se verán sometidas a sanciones no criminales efectivas, proporcionales y disuasorias contra la corrupción del funcionario público extranjero, incluyendo sanciones económicas (art. 3.2). Es decir, la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, de relevante valor político-criminal, no debe hacer inviable la aplicación de medidas sancionadoras extrapenales (v.g., multa administrativa, suspensión parcial o total de actividades, intervención temporal del establecimiento, obra o actividad, prohibición de contratar con el Poder Público, así como de beneficiarse con subsidios, subvenciones o donaciones) a las personas jurídicas, notoriamente en un Derecho Penal minimalista, fragmentario y de naturaleza verdaderamente garantista.

Del mismo modo, resulta obligado destacar que no hay ningún impedimento para que estas sanciones, sobre todo las más graves, las apliquen los jueces de la jurisdicción penal²¹.

²⁰ Cfr. PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. En: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica (em defesa do princípio da pessoa jurídica)*. São Paulo: RT, 2001, pp. 104 y ss.

²¹ *Ibidem*, p. 227.

La Convención establece, además, que cada Estado miembro deberá tomar las medidas necesarias para garantizar que el soborno y el producto de la corrupción del funcionario público extranjero, o el valor de los bienes correspondientes a tal producto, estén sujetos a retención y comiso o que les serán aplicables sanciones económicas (art. 3.3).

A propósito de este punto es necesario observar que el Código Penal brasileño ya prevé, entre los efectos genéricos de la condena, la pérdida, en favor de la Unión, exceptuado el derecho del afectado o de un tercero de buena fe, del producto del crimen o de cualquier bien o valor que constituya un provecho obtenido por el agente al practicar el hecho criminal (art. 91, II, *b*).

En coherencia con la nueva postura que han asumido los Estados y las organizaciones internacionales, en el sentido de combatir la corrupción como un mal no restringido exclusivamente a los límites territoriales de cada país, el legislador nacional elevó a la categoría de delitos el cohecho de funcionario público extranjero y el tráfico de influencias en transacción comercial internacional²².

En lo que respecta específicamente al delito de tráfico de influencias en la transacción comercial internacional, es necesario observar que ni tan siquiera la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, prevé esa conducta, sugiriendo solamente la incriminación del cohecho internacional, ya tipificado en el artículo 337-B del Código Penal brasileño bajo el título «corrupción activa en transacción comercial internacional».

3. *Bien jurídico protegido y sujetos de los delitos*

Aunque, inadvertidamente, el legislador haya incluido los delitos de cohecho (corrupción activa) en transacción comercial internacional y de tráfico de influencias en la transacción comercial internacional en el Título XI del Código Penal, dedicado a los delitos contra la Administración Pública, bajo la denominación común de «crímenes realizados por particular contra la Administración Pública ex-

²² No puede dejar de señalarse que España introdujo el Título XIX bis (art. 445 bis) por Ley Orgánica 3/2000, de 12 de enero, de modificación del Código penal en materia de lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales, para desarrollar las obligaciones del Convenio de la OCDE. Sobre ello, cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa. En: *Actualidad Penal*, n.º 21, 2001, pp. 453 y ss.

tranjera», conviene destacar que no es éste el bien jurídico tutelado con la creación de estas nuevas figuras típicas.

La práctica del cohecho de funcionario público extranjero, así como la del tráfico de influencias en la transacción comercial internacional, genera el desvío de bienes y servicios a intereses menos convenientes para la comunidad administrada por esos agentes. Si, por ejemplo, el funcionario en cuestión es el responsable de los mecanismos de control de los gastos públicos, es posible que empresas privadas menos competitivas obtengan, en forma desleal, ventajas respecto a empresas en mejores condiciones en el mercado, por la eliminación del pago de tributos. Si esos desvíos son comunes en la vida económica interna de un país, no hay por qué suponer que en el escenario globalizado de las transacciones mercantiles internacionales no pueda ocurrir lo mismo.

Son innumerables los factores que llevan al incremento de la corrupción en el escenario internacional. Como ya hemos mencionado anteriormente, entre ellos figura la globalización, consistente en el proceso histórico-económico a través del cual las políticas nacionales van perdiendo importancia en relación con las políticas externas, dictadas fuera de las fronteras de los Estados. Otro motivo es el hecho de que los países se ven obligados a vivir una situación de riesgo permanente, que les obliga a someterse a inseguridades y amenazas constantes. El factor económico es el factor determinante de este delito, pues no se puede negar que todas las manifestaciones de la corrupción se asientan, directa o indirectamente, en bases económicas. Pero eso no significa que en los países económicamente más desarrollados y, por lo tanto, que efectúan mayor número de transacciones comerciales internacionales, se registren más casos de corrupción que en aquellos menos desarrollados. Todo lo contrario: se observa que, muchas veces, la práctica constante del comercio internacional hace que el Estado se preocupe cada vez más de la transparencia de su economía, para conseguir la confianza del mercado interno.

Por otra parte, en los países en que el cohecho asume un carácter endémico, el favoritismo político y económico se convierte en moneda de cambio en cualquier transacción económica que dependa o involucre a órganos e instituciones públicas. Por esta razón, ya es costumbre que las instituciones financieras internacionales condicionen su cooperación a los países en desarrollo a que realicen reformas que contribuyan a la lucha contra la corrupción²³.

²³ Cfr. VELARDE ARAMAYO, María Silvia. Corrupción y transparencia em el ámbito financiero internacional. En: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, op. cit., p. 61.

El cohecho internacional —«soborno transnacional o corrupción activa en transacción comercial internacional», como prefieren denominarlo la Convención Interamericana contra la Corrupción y el Código Penal brasileño, respectivamente— consiste en 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, con el fin de conseguir que ese funcionario realice u omita cualquier acto destinado a influir en una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada al ejercicio de su cargo»²⁴.

De este modo, las empresas que actúan fuera de sus países buscan influir sobre los funcionarios a quienes compete tomar decisiones acerca de las adquisiciones o contratos del gobierno, con vistas a obtener favorecimientos en la transacción comercial internacional. Es posible también que la práctica del cohecho internacional se dirija a decisiones gubernamentales favorables en transacciones realizadas exclusivamente entre empresas privadas (v.g., el establecimiento de normas respecto a las características de determinado producto puede dejar fuera del mercado a una empresa que no esté en condiciones de cumplirlas).

Ante lo expuesto, resulta evidente que la buena fe, la regularidad y la transparencia en las relaciones comerciales internacionales son las que se ven deterioradas con la práctica de esas conductas, y no la Administración Pública nacional o extranjera.

La buena fe en las transacciones mercantiles internacionales viene determinada por el compromiso de probidad que debe existir entre las empresas, de manera que la competencia entre ellas se produzca únicamente en relación con la calidad y el precio de sus productos, y no a través de fraudes, y también a través de la lealtad entre los países, a fin de evitar el engrandecimiento de la economía de uno de ellos a costa de la corrupción del sector público de otro.

Así, el imperativo que demanda transparencia en el comercio internacional no es sólo de cuño ético, sino principalmente económico, porque significa incrementar la competencia y la eficacia en las relaciones del mercado internacional. Es precisamente en la oscuridad y en la falta de confianza entre las partes en las transacciones comerciales donde la corrupción encuentra el escenario ideal para su desarrollo. La transparencia, por el contrario, garantiza a los ciudadanos y a las empresas de diferentes naciones la posibilidad de constatar que el comercio internacional se realiza de forma honesta y segura.

²⁴ MANFRONI, Carlos A. *Soborno transnacional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 36.

El cohecho internacional resulta más grave que el cohecho practicado en el ámbito interno de cada país por varias razones: ya sea porque en general se refiere a contratos de montos elevados, o porque se tiene, con relación a esos contratos, un poder de control menor o, incluso, porque al difundirse por el mundo ese delito hiere gravemente el sistema de libre mercado, reduciendo considerablemente sus posibilidades de recuperación. También induce a los gobiernos a adquirir bienes y servicios a precios mayores que los reales y de calidad inferior a la normal. Y eso genera un doble perjuicio. Por una parte, distorsiona la competencia, pues la elección de los bienes y servicios no se hace atendiendo a condiciones reales de oferta, sino teniendo en cuenta la cantidad que se entregará al funcionario encargado de decidir la compra y, por otra parte, el Estado termina por pagar precios más altos por productos de calidad inferior y no sobra dinero para inversiones en sectores relevantes como educación, salud y vivienda de la población de bajos ingresos, que se ve perjudicada por la ausencia de la acción del gobierno. La lealtad en las transacciones comerciales internacionales, por su parte, conduce a un sistema de distribución bastante justo, de acuerdo al cual los empresarios reciben de los consumidores el precio que corresponde a su talento y a su esfuerzo. Además de esto, las adquisiciones del gobierno son decididas en una disputa leal entre los proveedores, permitiendo la inversión de mayor cantidad de recursos públicos en el sector social.

De esta manera, a pesar de que el cohecho transnacional y el practicado en la esfera de la Administración Pública estatal tengan algunos puntos de contacto, sólo se identifican a través de la óptica de quien observa el acto desde el punto de vista del funcionario corrompido. Ahí terminan las semejanzas, dado que el delito de cohecho o soborno transnacional no es tipificado por el Estado al cual pertenece el funcionario corrompido, sino por el país de origen de la empresa o del particular que practica el acto.

Desde esa perspectiva, no obstante, sobre el delito de cohecho no caben dudas referentes al hecho de que el bien jurídico es la Administración Pública, visto que el Estado que tipifica este crimen es aquél al cual pertenece el agente corrompido. En el cohecho y en el tráfico de influencias transnacionales el bien jurídico es diverso, pues un país no puede pretender atribuirse la tutela de la integridad de la Administración Pública de otro —en este caso, la «Administración Pública extranjera», como dispone el Código Penal brasileño—.

Además, de acuerdo con la tipificación sugerida por la Convención Interamericana contra la Corrupción, el cohecho o soborno transnacional se limita a los casos de obtención o mantenimiento de

negocios en el exterior. Se trata, por tanto, de evitar que un ciudadano o una empresa obtengan ventajas ilícitas en el comercio transnacional a través de funcionarios públicos extranjeros. Estas conductas son un claro atentado a las reglas de la libre competencia económica internacional, que deben pautarse siempre sobre la buena fe.

De esta manera, son la *buena fe*, la *regularidad* y la *transparencia*²⁵ en la transacción comercial internacional el bien jurídico tutelado en el delito de cohecho de funcionario público extranjero y de tráfico de influencias en transacción comercial internacional²⁶.

Al contrario que los demás bienes jurídicos protegidos por la legislación penal, la buena fe, la regularidad y la transparencia en la transacción comercial internacional no son bienes exclusivos de un determinado país, sino que pertenecen a toda la comunidad internacional. Esto sucede porque todos los Estados tienen interés en la preservación de la libertad en el sistema de intercambio y en el derecho de que sus administradores, sus ciudadanos y sus empresas no se vean obligados a cargar con dispendios injustos. Además de un nuevo bien jurídico a ser protegido, se revela también aquí una nueva forma de protección: cada Estado ejerce jurisdicción sobre sus ciudadanos con el propósito de tutelar un bien jurídico que pertenece a la comunidad internacional.

Sujeto activo de los delitos objeto de análisis puede ser cualquier persona física, particular o funcionario público, que en ese caso actúa como si fuese un particular, atendiendo a intereses propios (delito común). *Sujeto pasivo* es la persona física o jurídica, pública o privada, que se ve perjudicada por la transacción mercantil concluida sin el debido respeto a la transparencia y a la buena fe que deben imperar en las relaciones comerciales, más allá de la comunidad internacional, que, contrariamente a lo que se podría imaginar, no se interesa únicamente por la tutela de los derechos humanos, sino que interviene también de forma activa y creciente en la construcción del progreso jurídico y económico de las naciones. Colabora al progreso jurídico al promover, a través de tratados, medidas de cooperación internacional en materias como derechos humanos, terrorismo, narcotráfico, medio ambiente y, recientemente, corrupción. Y contribuye al progreso económico mediante el comercio transnacional, entre cuyos efectos benéficos figuran la creación de fuentes de trabajo por medio de inversiones directas, la promoción y difusión de avan-

²⁵ Así, GUETTIER, Cristophe. *La loi anti-corruption*. Paris: Dalloz, 1993, pp. 4 y 6.

²⁶ Cfr. MANFRONI, Carlos, op. cit., p. 40.

ces tecnológicos y la reducción de los precios de los bienes de uso y de consumo a través de incentivos a la competencia²⁷.

4. Tipos objetivos y subjetivos

4.1, *Corrupción activa (cohecho) en transacción comercial internacional (art. 337-E, Código Penal brasileño)*

La conducta típica consiste en prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventajas indebidas a funcionarios públicos extranjeros, o a terceras personas, para determinarlos a realizar, omitir o retrasar el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional. Se trata de un tipo autónomo, mixto alternativo, anormal —en cuanto contiene elementos normativos— e incongruente²⁸.

Prometer, ofrecer y dar son los verbos núcleo del tipo. *Prometer* expresa el acto de obligarse a dar, de realizar el compromiso de que dará o hará algo en favor de alguien. *Ofrecer* denota la acción de presentar, de poner a disposición, de exhibir²⁹. Ambas conductas se distinguen del acto de *dar*, que tiene el sentido de transferir efectivamente la propiedad.

Conviene tener en cuenta que el agente puede utilizar cualquier medio para corromper a funcionarios públicos extranjeros, como palabras, actos, gestos insinuantes, escritos, etc. Además de eso, el tipo penal señala que la conducta puede ser realizada *directa o indirectamente*. La forma indirecta de realización del delito puede tener más de un sentido. En primer lugar, incluye la acción, como intermediaria, de una persona que conoce el destino del dinero u otro valor otorgado al funcionario. Por lo tanto, si esa persona tiene conocimiento del propósito del agente, será partícipe del delito; de lo contrario, el cohecho será reputado directo, pues la voluntad del intermediario deja de ser importante, constituyendo mera extensión de la acción del sujeto principal. Sin embargo, el cohecho indirecto puede ser perpetrado mediante insinuaciones y actitudes no expresadas que procuran revelar la intención del autor de ofrecer el valor.

²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²⁸ Sobre estas clasificaciones PRADO, Luiz Regis. En: *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. Parte Geral. Arts. 1º a 120*. 8.ª ed.: Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008, pp. 300-301.

²⁹ Cfr. OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 71; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. PE. São Paulo: RT, 2001, p. 550.

Objeto material del delito es la *ventaja indebida*, elemento normativo del tipo de carácter valorativo, que significa todo beneficio o provecho contrario al Derecho, de naturaleza material o moral. Aunque para algunos la ventaja deba ser de naturaleza exclusivamente patrimonial³⁰, se acepta aquí la postura que cree que su acepción debe entenderse en sentido amplio, ya que el funcionario puede corromperse sin que la retribución deseada tenga necesariamente valor económico³¹. Así, el funcionario puede actuar por amistad, o prestando escalar posiciones hacia un cargo de relieve, o también para satisfacer un deseo de venganza³². Además, la ventaja debe ser *indebida*, es decir, ilícita, contraria al Derecho, pudiendo consistir en dinero, bienes inmuebles, títulos honoríficos o cualquier otra cosa u objeto apreciable³³.

La ventaja indebida debe ser prometida, ofrecida o dada a funcionarios públicos extranjeros o a tercera persona. El concepto de *funcionario público extranjero*, elemento normativo del tipo de valoración jurídica, viene establecido por el propio Código Penal, que considera así, a efectos penales, a quien, incluso transitoriamente o sin remuneración, ejerce cargo, empleo o función pública en entidades estatales o en representaciones diplomáticas de país extranjero (art. 337-D).

Entidades estatales son personas jurídicas de derecho público que integran la estructura constitucional del Estado y tienen poderes políticos y administrativos³⁴. Las representaciones diplomáticas son integradas por el cuerpo diplomático de un determinado país, que es el conjunto de agentes diplomáticos nacionales que tienen, entre otras atribuciones, las de representación, defensa del *status* diplomático, protección, etc.³⁵. Sin embargo, la representación diplomática no está compuesta exclusivamente por agentes diplomáticos. También pertenece a la misma un personal técnico o administrativo, v.g., se-

³⁰ Cfr. HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 368.

³¹ Se señala que «nada impide que también una ventaja no patrimonial pueda poseer utilidad relevante para los fines del delito de corrupción: lo que parece decisivo es la posibilidad de considerar tal ventaja como una retribución» (FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*, Parte Speciale, v. I. Bologna: Zanichelli, 2001, p. 223).

³² En este sentido, TÁCITO, Caio. *Corrupção de funcionário público*. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, v. XIII, p. 160.

³³ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*, Parte Especial, t. II, v. I. 14. ed. Barcelona: Bosch, 1975, p. 441.

³⁴ Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 66.

³⁵ Cfr. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, v.II. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1299-1300.

cretarias, criptógrafos, que también pueden ser considerados funcionarios públicos extranjeros. *País extranjero*, de acuerdo con la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales, incluye todos los niveles y subdivisiones de gobierno, del federal al municipal (art. 1.4, b).

El Código Penal brasileño equipara incluso al funcionario público extranjero al que ejerce cargo, empleo o función en empresas controladas, directa o indirectamente, por el Poder Público de país extranjero o de organizaciones públicas internacionales (art. 337-D, párrafo único). Estas últimas son asociaciones de Estados, establecidas por tratados, que tienen una constitución y organismos comunes y personalidad legal distinta a la de sus miembros (v.g., ONU, OIT, OMS, FMI)³⁶.

Debe tenerse presente que la ley también incrimina la conducta de aquél que promete, ofrece o da, directa o indirectamente, ventaja indebida a *tercera persona*, distinta del funcionario público extranjero, para que lo determine a realizar, omitir o retrasar acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional.

Al perpetrar el delito, el agente tiene como finalidad determinar al funcionario público extranjero a realizar, omitir o retrasar el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional. *Realizar* significa llevar a cabo, efectuar, hacer, practicar, co-

³⁶ La Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales considera funcionario público extranjero a «cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional» (art. 1.4, a). Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción reputa funcionario público a cualquier funcionario o empleado de un Estado o de sus entidades, incluso los que hayan sido seleccionados, nombrados o elegidos para desempeñar actividad o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado en cualquiera de sus niveles jerárquicos (art. I). Obsérvese que esta última definición es mucho más amplia, pues permite incluir a los funcionarios de órganos que no pertenezcan a los tres Poderes y a las personas que hayan sido designadas o elegidas para un cargo, pero que aún no hayan asumido sus funciones (Cfr. MANFRONI, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la Corrupción anotada y comentada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 40-41). Por otra parte, el concepto del Convenio de la OCDE es más amplio que sus precedentes, pues extiende sus efectos a la corrupción de cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional, habiendo introducido, en este particular aspecto, una verdadera innovación en la materia, punto en el que ha sido seguida por el nuevo texto del Código Penal brasileño.

meter, ejecutar el acto, mientras que *omitir* implica dejar de hacer, no actuar o no manifestarse. Al *retrasar* la práctica del acto de su cargo, el funcionario público posterga, retarda o pospone su ejecución. De esta manera, el delito de cohecho contempla como modalidad típica que el funcionario no realice el acto inherente a su función en el plazo legalmente establecido o deje transcurrir el plazo temporal relevante para su práctica. Cabe observar que, al omitir, el funcionario permanece inactivo, con el propósito manifiesto de no realizar el acto, mientras que al retrasar su intención es, simplemente, prolongar en el tiempo la realización del acto.

Se exige que la ventaja indebida ofrecida, prometida o dada esté relacionada con un *acto propio del cargo* del funcionario público, vinculado con la transacción comercial internacional. Si la conducta se dirige a la práctica de un acto no comprendido en la esfera de competencia del funcionario extranjero, no se puede subsumir en el tipo en cuestión, pudiendo constituir otro delito (*v.g.*, tráfico de influencias)³⁷. Es importante destacar, por otra parte, que no existe crimen si el agente promete, ofrece o da ventaja a funcionario público extranjero para librarse del acto ilegal practicado por éste³⁸.

Relación comercial internacional, elemento normativo del tipo de valoración extrajurídica, es toda operación de carácter mercantil llevada a cabo entre personas físicas o jurídicas (empresas), públicas o privadas, pertenecientes a diferentes países. «Relación» abarca aquí negocios, contratos, acuerdos, intercambios, etc. Están expresamente excluidos los convenios meramente culturales, políticos o militares,

³⁷ En sentido diferente, la mencionada Convención considera como «acción u omisión del funcionario en el ejercicio de sus funciones oficiales» cualquier uso del cargo del funcionario público, sea o no ese cargo de competencia legal del funcionario (art. 1.4, c). Esta definición es mejor que la de la ley penal brasileña, pues aunque no se pueda admitir que la corrupción tenga como objetivo la realización o la omisión de cualquier acto que no tenga relación con la actividad gubernamental, puede ocurrir que el funcionario utilice su influencia o autoridad fuera de la esfera de su competencia o excediendo los límites de la misma para conseguir lo que el autor pretende con el soborno.

³⁸ En Italia la reacción legítima a los actos arbitrarios de los funcionarios públicos está expresamente excluida del ámbito del delito de cohecho. En este sentido, la doctrina italiana resalta que «de una concepción totalitaria, que subordina a la comunidad, la persona humana y los organismos minoritarios, deriva el principio jurídico-constitucional según el cual no puede haber lugar para una eventual licitud de la resistencia contra el funcionario que se comporta de forma ilegal; en una concepción de tipo liberal-democrática se traduce, por el contrario, en un ordenamiento que no puede dejar de reconocer el derecho o, por lo menos, la facultad de resistencia a órdenes injustas» (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, v. II. Milano: Giuffrè, 1977, p. 379).

excepto cuando tales acuerdos contengan cláusulas de naturaleza comercial.

De esta manera, el tipo penal objeto de análisis no incrimina el cohecho en toda y cualquier transacción internacional, sino sólo en aquella de cuño mercantil o comercial. Si no fuera así se llegaría al absurdo de que un Estado tendría que incriminar a cualquiera de sus nacionales que ofreciera ventaja indebida a un policía de otro país con el fin de evitar la aplicación de una simple multa de tráfico³⁹.

Es importante destacar que pequeños obsequios o regalos ofrecidos al funcionario público extranjero sin el propósito de corromperlo no configuran el tipo de injusto en análisis, de tal manera que los presentes hechos a funcionario por estima o admiración, o los pequeños obsequios recibidos por mera cortesía, como, por ejemplo, comidas y bebidas ofrecidas con ocasión de las festividades navideñas o de Año Nuevo no realizan el tipo del delito en examen, pues aquí no existe el ánimo de corromper ni tampoco la conciencia del funcionario de realizar, retrasar u omitir ningún acto relativo a su función, impulsado por la venalidad. Se trata de aplicar aquí los principios de insignificancia y adecuación social⁴⁰.

Elemento subjetivo de tipo es el dolo, concretado en la conciencia y voluntad de ofrecer, prometer o dar ventaja indebida al funcionario público extranjero, o a tercera persona, agregado el elemento subjetivo de lo injusto consistente en el especial fin de actuar que, en este caso, constituye la intención de llevar al funcionario a realizar, omitir o retrasar el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional. No es necesario, sin embargo, para la consumación del delito, que esa finalidad sea efectivamente alcanzada.

Se trata, en las dos primeras modalidades (*prometer y ofrecer*), de un delito de mera actividad, que se consuma con el simple conocimiento por parte del funcionario público extranjero o de la tercera persona corrompida del ofrecimiento o promesa de ventaja indebida, aunque al final sea rechazada la propuesta delictiva. Ya en la tercera

³⁹ Cfr. MANFRONI, Carlos A., op. cit., p. 136.

⁴⁰ Así, es posible afirmar que «en el delito de cohecho juegan de manera importante estos principios. Es doctrina mayoritaria la que entiende que estarán excluidas del delito de cohecho aquellas entregas u ofertas de cosas que, o bien por su carácter insignificante no son objetivamente adecuadas para motivar al funcionario a actuar, o bien vienen amparadas por los usos sociales. Como ejemplos de las primeras estarían aquellos regalos de propaganda como un bolígrafo o un calendario, la invitación a una taza de café, etc. En el segundo grupo de casos se pueden incluir el aguinaldo al basurero o al cartero en Navidades» (OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 338).

modalidad de conducta delictiva (*dar*), el crimen es de resultado, exigiéndose que el agente efectivamente conceda la ventaja material o moral al funcionario público. En los dos primeros casos, la tentativa es admisible prácticamente sólo en la hipótesis de que la conducta sea practicada por escrito, siendo interceptada antes que la propuesta llegue al conocimiento del funcionario público o de la tercera persona corrompida. La última modalidad, finalmente, admite la tentativa cualquiera que sea el medio del que se aprovecha el agente para cometer el delito.

4.2. *Tráfico de influencias en transacción comercial internacional (art. 337-C, Código Penal brasileño)*

Debe señalarse que el delito de tráfico de influencias ya figuraba en la legislación penal brasileña, como forma de incriminación de la conducta del particular que pretendiera influir en un acto practicado por un funcionario público nacional en el ejercicio de su función (art. 332 del Código Penal). Con la promulgación de la Ley 10.467, de 2002, idéntica conducta ha pasado a ser tipificada cuando es practicada en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales.

El artículo 337-C del Código Penal incrimina la conducta de aquél que solicita, exige, cobra u obtiene, para sí o para otros, directa o indirectamente, ventaja o promesa de ventaja con el pretexto de influir en acto realizado por un funcionario público extranjero en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción comercial internacional. Se trata de un tipo autónomo, mixto alternativo, anormal e incongruente.

Las conductas típicas están representadas por los verbos *solicitar*, que significa pedir, rogar, procurar; *exigir*, que expresa el acto de ordenar, reclamar, determinar; *cobrar*, que tiene el sentido de hacer que se efectúe el pago; *obtener*, que significa requerir, conseguir, recibir, adquirir. El agente solicita, exige, cobra u obtiene alguna ventaja, para sí mismo o para tercera persona, con el argumento de que influirá en el acto realizado por funcionario público extranjero, relacionado con una transacción comercial internacional.

El agente, por lo tanto, afirma tener influencia sobre el funcionario público extranjero y promete utilizar dicha influencia al servicio del interés de terceras personas, a cambio de ventaja o de promesa de su concreción. Y, al hacerlo, actúa fraudulentamente, engañando a quien espera que él, valiéndose de su alardeado prestigio ante el funcionario público extranjero, efectivamente ejerza alguna influencia

sobre los actos de éste. Sin embargo, cuando el agente, de hecho, tiene alguna influencia sobre el funcionario y, sin alardear de la misma, desarrolla actividades con éste, no comete el presente delito⁴¹.

Aunque el tipo requiera que el fraude se refiera a los actos realizados por el funcionario público extranjero, no es necesario que se trate de una persona determinada o que su nombre sea mencionado a la persona ilusionada, pudiendo ocurrir, incluso, que el agente público en cuestión sea incompetente para la realización del acto, o, la verdad, que ni siquiera exista⁴². Sin embargo, en caso de que el agente público sea identificado por el autor, debe ser funcionario público extranjero, so pena de no realizarse el delito (v.g., si se trata de funcionario público brasileño, el delito será el del artículo 332 del Código Penal).

Hay que hacer notar que el crimen podrá ser cometido *directa o indirectamente*, es decir, puede ocurrir incluso cuando el agente alega tener influencia sobre tercera persona, que, por su parte, es quien realmente goza de prestigio ante el funcionario público extranjero, y que pretende poder influir en el acto realizado por éste.

Objeto material del delito es la *ventaja*, o la *promesa de ventaja*, que puede asumir la forma de cualquier provecho o beneficio pretendido por el agente, sea de naturaleza material o moral. La ventaja puede ser anhelada por el propio autor del delito para sí mismo o para tercera persona.

El autor busca obtener la ventaja prometiendo influir sobre el acto realizado por el funcionario público extranjero en el ejercicio de sus funciones, siempre que esté relacionado con una transacción comercial internacional. El concepto de *funcionario público extranjero* viene establecido en el artículo 337-D del Código Penal y ya ha sido analizado con ocasión del estudio del delito del apartado anterior. El acto sobre el cuál el agente promete ejercer influencia debe estar relacionado con una *transacción comercial internacional*. De lo contrario la conducta será atípica.

El *elemento subjetivo del tipo* está constituido por el dolo. El tipo subjetivo está integrado también por el elemento subjetivo de lo in-

⁴¹ Cfr. MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. IV. 13.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 326.

⁴² Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, v. III, t. VIII. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar, 1961, p. 254; GUSMÃO, Sady Cardoso de. Exploração de prestígio. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XXII. Rio de Janeiro: Borsóí, s/d., p. 21; MAGALHÃES NORONHA, E., op. cit., p. 326.

justo consistente en la intención del agente de obtener «para sí o para otros» ventaja o promesa de ventaja, con el pretexto de influir en el acto realizado por el funcionario público extranjero.

Siendo un delito de mera actividad, en las tres primeras modalidades (*solicitar, exigir y cobrar*) se consuma con la simple práctica de esas conductas, independientemente de cualquier otro resultado. En la modalidad de *obtener* es, sin embargo, un delito de resultado, de forma que sólo se consuma con la percepción efectiva de la ventaja o con la promesa de obtenerla. La tentativa es posible en todos los casos, aunque en las tres primeras hipótesis sea difícil imaginarla (con relación a la tentativa, la doctrina no es unívoca).

5. Causas de agravación de la pena

Como quedó dicho anteriormente, no es necesario que el funcionario público extranjero efectivamente realice, omita o retrase un acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional para que el crimen de cohecho en transacción comercial internacional se consuma. Sin embargo, producida la consumación de la conducta delictiva, el párrafo único del artículo 337-B, prevé, respecto a la corrupción internacional, que si el funcionario público extranjero retrasa u omite el acto de su cargo, o lo realiza infringiendo un deber que le incumbe como funcionario, la pena de aquél que le prometió, ofreció o dio ventaja indebida será incrementada en un tercio.

Como oportunamente se ha destacado, el retraso del acto del cargo denota el agotamiento del plazo para la realización del acto o el transcurso del lapso temporal necesario para su práctica. En la omisión, el funcionario público extranjero deja de realizar el acto sobre el cual gravita el delito, mientras que en la última modalidad, realiza el acto no permitido, atentando contra el deber inherente a sus funciones.

Esta causa de agravación de la pena incrementa la medida de la culpabilidad, ya que el agente, al alcanzar su objetivo, mancilla la buena fe de las relaciones comerciales internacionales, lo que hace su conducta visiblemente más reprochable.

Para el delito de tráfico de influencias en transacción comercial internacional, previsto en el artículo 337-C, se dispone que, en caso de que el agente, además de producir ilusión en otros pretendiendo gozar de influencia en la práctica de actos de su cargo por parte de funcionario público extranjero, alegue o insinúe que la ventaja está tam-

bién destinada a este último, la pena será incrementada en la mitad. *Alegar* significa citar, mencionar, mientras que *insinuar* consiste en dar a entender de modo sutil o indirecto. No es necesario, por tanto, que la persona engañada crea que la ventaja se destina al funcionario extranjero, siendo suficiente la alegación o insinuación de ese hecho por el autor.

Esta causa de agravación de la pena influye también en la medida de la culpabilidad del agente, ya que es mayor la reprobación de la conducta de aquél que además de prometer falsamente ejercer influencias sobre acto del cargo del funcionario público extranjero, alega o insinúa que también éste se verá beneficiado por la ventaja eventualmente recibida.

6. Pena y acción penal

La pena prevista para el delito de cohecho en transacción comercial internacional es de uno a ocho años de reclusión. En caso de que el funcionario público extranjero, en función de la corrupción, efectivamente retrase u omita el acto de su cargo, o lo realice infringiendo un deber que le afecta como funcionario público, la pena del co-rruptor es aumentada en un tercio. En cuanto al tráfico de influencias internacional, la pena prevista es de dos a cinco años de reclusión, además de la pena pecuniaria, para la conducta descrita en su primera parte. Esta sanción se incrementa en la mitad, en caso de que concurra la circunstancia descrita en el párrafo único del artículo 337-C del Código Penal.

Para la corrupción activa internacional se admite la suspensión condicional del proceso, si la pena mínima abstractamente conmi-nada es de un año.

En ambos casos la acción penal es pública incondicional.