

La Convención OCDE de 1997 sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales

Giorgio Sacerdoti

23

1. La Convención OCDE “sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, firmada en París el 17 de diciembre de 1997, representa el primer resultado tangible en el ámbito global de una serie de iniciativas internacionales que han ido tomando fuerza conforme los escándalos y las investigaciones en varios países han ido presentando el problema de la corrupción en los negocios internacionales ante la insistente presión de la opinión pública mundial.

En el ámbito regional europeo, el Consejo de Europa ha elaborado dos convenciones sobre la corrupción: una de Derecho Penal (27 de enero de 1999) y otra de Derecho Civil (4 de noviembre de 1999), ninguna de las cuales está actualmente en vigor. Por su parte, la Unión Europea aprobó el 26 de mayo de 1997 una Convención sobre la lucha contra la corrupción en la que están involucrados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.¹

¹ Diario Oficial CE C 195 del 25 de junio de 1997, adoptada en conformidad con el título VI art. K.3(2)(c) del Tratado sobre la Unión Europea (“tercera columna”, cooperación en los sectores de la justicia y de los asuntos internos). No está en vigor. Los países miembros de la Unión Europea

La Convención OCDE, aunque es menos amplia en cuanto se refiere a los delitos cubiertos (incrimina solamente la corrupción activa y no la pasiva, como es el caso de la prevista por la Unión Europea), es más significativa puesto que ha sido firmada por todos los países miembros de la OCDE y está abierta a la adhesión de cualquier otro país.

Los trabajos de la OCDE al respecto se iniciaron en 1989 por iniciativa de los Estados Unidos, cuyas empresas estaban preocupadas por ser las únicas sujetas a sanciones penales por sobornos pagados en el extranjero, en aplicación del *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericano de 1978. Prácticamente en todos los otros países, el delito de corrupción protege solo la integridad de la administración pública local. Hacen falta normas penales específicas que prohíban corromper a funcionarios de otros países, inclusive si este comportamiento presenta, también, un interés directo para terceros países, distintos al del funcionario, y, sobre todo, cuando gracias al acto de corrupción una empresa obtiene un mercado en el extranjero en perjuicio de sus competidores de otros países con mayor mérito.

24

No subsisten solo argumentos de tipo mercantilista que justifiquen una extensión del radio de acción de las normas contra la corrupción en dirección internacional. El mundo está caracterizado por una estrecha interdependencia de las economías, de la cooperación financiera en favor de los países en vías de desarrollo, con un empleo de consistentes recursos públicos y privados, y por el surgimiento de valores comunes de buen gobierno, transparencia de la acción administrativa y de democracia. En este contexto, el desinterés por parte de los mayores países que disponen de instrumentos de intervención eficaces por parte de la oferta, es decir, frente a las empresas que exportan e invierten en el extranjero, aparece difícilmente defendible.

Por otra parte, se contraponen lo que corresponde principalmente a cada Estado: “tener en orden su propia casa” y que la práctica y las sensibilidades no son en todos lados iguales respecto de un fenómeno que está estrechamente vinculado a la organización política y administrativa de cada país. Acciones unilaterales de un tercer país que incrimine comportamientos que tienen lugar fuera de su territorio —aunque la aplicación de las normas penales se realiza naturalmente solo en su propio ámbito—, se prestan fácilmente a críticas de injerencia, tanto más cuando están involucrados los vértices políticos de un país extranjero. Esta acción unilateral puede revelarse en la práctica ineficaz y, por lo tanto, al límite contraproducente para las empresas del país que incrimine aisladamente la corrupción efectuada por parte de ellos mismos en el extranjero. Los límites jurídicos y de hecho (por ejemplo, en cuanto se refiere a la recolección de las pruebas) al ejercicio también indirectamente extra territorial de la jurisdicción penal nacional son

(UE) han aprobado criminalizar todas las corrupciones privadas de conformidad con la “acción común” 98/742/ del 22 de diciembre 1998, adoptado por el Consejo y se basa en el artículo K(3) del Tratado de la Unión, para que sea actuado dentro de dos años. DO CE L 358, del 31 de diciembre 1998.

bien conocidos, sobre todo cuando falta una colaboración efectiva de las autoridades de los otros países involucrados. La libertad de comercio y de inversión, el uso de grupos de sociedades que comprenden filiales en centros *off-shore* y el recurso a intermediarios complacientes permiten a las empresas eludir las prohibiciones emanadas en el país de su sede central. Efectivamente, la legislación norteamericana ha sido considerada por algunos no plenamente eficaz por estos motivos, y, por lo tanto, puede ser eludida, no obstante las posibilidades de acción que tiene este país como potencia económica y política, mucho mayor de aquellas que disponen la mayor parte de los otros países con el fin de aplicar seriamente leyes penales de este tipo.

Por lo tanto, se trataba de organizar una cooperación real de los principales actores en la economía internacional para generar un instrumento legal eficaz que contenga empeños recíprocos comparables en la lucha al fenómeno sobre el plano jurídico, construyendo el consenso sobre el deseo de trabajar juntos en esta dirección.²

2. Con este objetivo, el Grupo de trabajo *ad hoc*, constituido en la OCDE en 1989, inicialmente ha efectuado una identificación comparada de las legislaciones nacionales y de los conceptos fundamentales que se encuentran en la base del delito de corrupción y del ejercicio de la jurisdicción nacional en materia de delito cometido total o principalmente en el extranjero.

La OCDE dispone de un poder limitado de asumir decisiones obligatorias para sus propios miembros, las cuales requieren en todo caso la unanimidad. Por esta razón se ha orientado sobre todo hacia un instrumento de *soft law*, es decir, una recomendación que invitase a los Estados miembros a hacer frente al problema con acciones disuasivas también fuera del campo del Derecho Penal, para quitar cualquier incentivo a las empresas que recurriesen a estas prácticas. En este contexto, un punto de fricción ha sido el de la deducción fiscal de los pagos por motivo de corrupción en el extranjero, que algunos países admitían (y admiten) bajo varias formas como gastos inherentes a la obtención del contrato. Asimismo, si el valor práctico de esta deducción es discutible, aparece contradictorio reconocer como gastos legítimos pagos que, al menos en el plano moral y de la corrección de los negocios en el mundo económico, los Estados consideran como mínimo impropios. Esta cuestión incluye la contabilidad de la empresa y sus correspondientes controles, en vista de que normalmente estos pagos están encubiertos por medio de artificios contables o por el uso de documentos y causales falsas o no transparentes.

En 1994, el Consejo de la OCDE en el ámbito ministerial adoptó una primera recomendación de la materia en la cual se invitaba a los Estados miembros a adoptar “effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials

² Véase en general YANACA SMALL, C. “Les paiements, illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre”. *Ann. Fr. droit international*, 1994, pp. 792 y ss.; PARISI, N. *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*. Milán, 1996.

in connections with international business transactions”. Estas medidas debían referirse a las políticas y a las legislaciones domésticas (Derecho Penal y Comercial, el fiscal cuando favorece a la corrupción, la disciplina de las licitaciones públicas), y al refuerzo de la cooperación internacional. Se trataba de una primera señal importante, completada por la renovación del mandato al Grupo de Trabajo, presidido eficazmente desde su inicio por el Prof. Mark Pieth de la Universidad de Basilea y compuesto por delegados y expertos de todos los países miembros. El Grupo tenía el encargo de examinar la continuación que los Estados miembros habrían dado a la recomendación, estudiar las áreas críticas donde iniciativas más vigorosas pudiesen ser actuadas y formular normas penales coordinadas para combatir el fenómeno.

Quedaba abierta la cuestión de si “con el objeto de incriminar la corrupción de los funcionarios extranjeros en modo eficaz y coordinado” se debía negociar una clásica convención internacional de Derecho Penal, o si podría bastar una recomendación a los Estados miembros con el fin de que adoptasen normas internas autónomas, modeladas según un esquema elaborado por el Grupo para garantizar una uniformidad de base. El Grupo procedía, por lo tanto, de manera original, a negociar los contenidos mínimos uniformes que debían distinguir la normativa en causa, independientemente del hecho de que ella fuese destinada a confluir en una convención o a servir de modelo de leyes internas. Esta tarea venía encargada a un subgrupo de expertos, presidido por el presente autor, que completaba su trabajo en tres sesiones (entre el otoño de 1996 y la primavera de 1997), formulando en ocho párrafos un elenco de *Agreed Common Elements of Criminal Legislation and Related Action*. El Grupo continuaba, mientras tanto, sus trabajos en temas como la no deducción de los pagos por sobornos (así como fue concordado con el Comité OCDE de los Asuntos Fiscales), la contabilidad empresarial y sus controles, y las licitaciones públicas.

26

3. Las propuestas del Grupo fueron asumidas como propias por el Consejo ministerial del OCDE del 23 de mayo de 1997 con la *Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions* (Doc. C (97) 123), en la que se resolvió con un compromiso la elección entre la convención y la recomendación como instrumentos de Derecho Penal, y a la cual se alegan los *Agreed Common Elements* señalados anteriormente.

Es oportuno recordar que la tesis de recurrir a la recomendación era sostenida por los Estados Unidos, que, poseyendo ya una legislación en la materia, insistía en que los otros Estados miembros se dotasen lo más pronto posible de normas penales en la materia modeladas según los *Agreed Common Elements*, pues temía que la elección de la vía de una convención significase ulteriores retardos, ya sea por la correspondiente negociación, por la espera de las ratificaciones o por la entrada en vigor.

En cambio, otros países, sobre todo Francia y Alemania, insistían en la convención como único instrumento que garantizaba en modo obligatorio que los Estados asumiesen obligaciones bien determinadas y equivalentes en la materia. Otros países, en particular Italia, se colocaban en una posición intermedia: a pesar de reconocer que normativas

nacionales adecuadas podían ser adoptadas por la fuerza de una recomendación, ellos subrayaban la mayor eficacia de una convención ya sea en el plano de la aplicación así como frente a los parlamentos nacionales y de la opinión pública, como un signo de un concreto empeño contra la corrupción internacional.

Finalmente, el compromiso logrado consistió en recomendar a los Estados miembros adoptar en cualquier caso legislaciones nacionales antes de finales de 1998 y, mientras tanto, abrir inmediatamente las negociaciones para la conclusión de una convención antes de finales de 1997. Naturalmente, con la realización de este último programa, la adopción de leyes nacionales autónomas resultaría superflua. Los *Agreed Common Elements* debían constituir la base ya sea de las eventuales leyes nacionales así como de la Convención.

Sobre la base del trabajo ya desarrollado por el Grupo y por el empeño político asumido por los Estados miembros en el Consejo OCDE, el Grupo, transformado en una conferencia negociadora de los Estados miembros, junto a los no miembros que ya participaban en los trabajos del Grupo, pudo concordar el texto de la Convención dentro de noviembre 1997, a la cual siguió la ceremonia de la firma el 17 de diciembre.³ No obstante la existencia de los *Agreed Common Elements* que delimitaban el contenido de la materia a incluir en la Convención, la negociación fue ajustada tanto por la presencia de algunas divergencias residuales importantes, como por el contraste en las interpretaciones que venían dadas en varias disposiciones por las diversas delegaciones, a la luz de sus distintas tradiciones nacionales, por ejemplo en el tema de jurisdicción y de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los negociadores resolvieron en parte estas dificultades, formulando notas explicativas, transformadas luego en *Commentaries* a la Convención, las cuales fueron adoptadas al lado del texto convencional por parte de la Conferencia negociadora.⁴ Pero estos Comentarios no

³ En el curso de esta última fase de la negociación, el Consejo de la Unión Europea ha adoptado por primera vez en la historia dos posiciones comunes de acuerdo al art. K.3 del Tratado de Maastricht, que las delegaciones de los Estados miembros han expresado en la negociación de acuerdo al art. K.5. La primera posición, más genérica, es del 6 de octubre de 1997 (*Diario Of. CE* L 279 del 13 de octubre de 1997); la segunda, del 13 de noviembre de 1997 (*Diario Of. CE* L 320 del 21 de noviembre de 1997), ha precisado las posiciones “que los Estados miembros tienen intención de sostener” en el cuadro de las negociaciones en sede OCDE y en el Consejo de Europa sobre los varios puntos abiertos y relevantes, sobre todo para asegurar la compatibilidad de los textos en fase de elaboración con los principios admitidos en el ámbito de la Unión. En el curso de las negociaciones en sede OCDE se presentó el problema de cómo las delegaciones de los Estados miembros pueden mantener la necesaria flexibilidad de negociación con el fin de llegar a la conclusión de un tratado cuando sean vinculados por una posición común, adoptada a la unanimidad y además oficialmente anotada por el *Diario Oficial*. Con relación al tema, véase PARISI, N. y D. RINOLDI. *Giustizia e affari interni nell'Unione Europea*. Turín, 1996.

⁴ La OCDE ha publicado un opúsculo, tanto en inglés como en francés, del texto oficial de la Convención (docDaffé/Ime/Br(9/16) seguido por los Comentarios (doc.17). También ha publicado un volumen sobre el tema: OCDE. *No longer business as usual*. París, 2000. Para un primer examen,

son parte del texto y no han sido firmados. Además, ellos no son orgánicos, como lo es, por ejemplo, el caso de los informes explicativos de las convenciones del Consejo de Europa, pues se refieren solamente a algunos de los artículos de la Convención o a cada cláusula individualmente.

El valor jurídico de estos *Commentaries* para la interpretación de la Convención puede dar lugar a discusión. A nuestro parecer no se trata de trabajos preparatorios, los cuales pueden ser tomados en cuenta como un medio suplementario de interpretación de un tratado, de conformidad con el art. 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; más bien se trata de un elemento del “contexto” de su estipulación relevante con fines interpretativos de conformidad al art. 31. En el ámbito del contexto, el art. 31 menciona específicamente los acuerdos relativos al tratado estipulados entre sus Partes en conexión con su conclusión. Dudo que los *Commentaries* puedan considerarse un verdadero y puntual acuerdo de forma simplificada solo porque la voluntad de los contratantes era la de no insertar en la Convención cuanto estaba formulado en los *Commentaries*. El contexto no se limitaba a un acuerdo relativo a un tratado. Por tanto, los *Commentaries* constituyen una guía para precisar en caso de duda el alcance de la Convención, y también si no se trata por otra parte de una interpretación auténtica y vinculante.

28 4. La Convención se caracteriza, antes que todo y de forma novedosa, por el hecho de que los Estados de procedencia de las empresas, sobre todo multinacionales, se han empeñado con ellas en prevenir y reprimir el pago de sobornos por parte de sus empresas, incriminando la corrupción activa directa hacia países, ya sean estos signatarios como terceros, independientemente de la aplicación de las leyes penales de estos últimos a la corrupción pasiva de sus funcionarios. Los Estados contratantes no pretenden con esto aceptar la corrupción de aquellos y la eventual tolerancia de comportamientos similares por parte de los países de pertenencia. Ellos han tomado en cuenta que perseguir también al funcionario habría suscitado problemas de jurisdicción irresolubles y los habría expuesto a la acusación de interferencia en la soberanía de otros Estados.⁵

En la base de esta postura se encuentra un intento económico comercial, esto es, el de evitar que la competencia internacional sea falseada por recurrir a instrumentos

véase PIERROS P. y C. HUDSON. “The Hard Graft of Tackling Corruption in international Business Transaction”. *J. World Trade*, 1998, 2, pp. 77 y ss.; ZEDALIS, R. “How Does the New OECD Convention on Bribery Stack Up Against the FCPA?”. *J. World Trade*, 1998, 3, pp. 167 y ss. Para un profundo examen de la perspectiva de la ejecución en Italia de las convenciones UE y OCDE, véase SALAZAR. “Recenti sviluppi nella lotta alla corruzione ([...] y las consecuentes obligaciones de recepción por la parte italiana)”. En: *Cass. Penale*. 1998, pp. 1529 y ss.

⁵ La lucha contra la corrupción en los países beneficiarios de asistencia internacional multilateral ahora viene perseguida con otros instrumentos como la condicionalidad de las ayudas y la asistencia a la reorganización de sus administraciones a la luz del principio de *good governance*, véase: WORLD BANK. *Helping Countries to Combat Corruption*. 1997. Para el contexto europeo, véase la Comunicación de la Comisión: *Una política de la Unión contra la corrupción*, COM (97) 192 del 21 de mayo de 1997.

considerados inadmisibles. El objetivo es el de garantizar —para usar una expresión popular en la terminología inglesa— el *levelling of the playing field*, es decir, reglas de juego comunes para las empresas de diversa procedencia en los mercados internacionales en esta materia. La uniformidad en materia penal, además por iniciativa de un grupo de países líderes, más que como consecuencia de la acción de una organización con carácter universal, no es común. Ello indica una nueva dirección en la disciplina multilateral del comercio internacional en general, existiendo también precedentes en temas tales como el de la lucha contra el reciclaje. La Convención OCDE, abierta en todo caso a la adhesión de otros Países como indica el art. 13.2, ha sido propugnada por la Recomendación de 1997 y constituye un ejemplo para ulteriores iniciativas.

Antes de entrar al mérito del texto se debe señalar otra característica general de la Convención. Ella sigue de cerca el modelo de las convenciones penales multilaterales, como aquellas del Consejo de Europa, o contra el terrorismo, para definir el delito, las bases jurisdiccionales, reglas accesorias, y para organizar la mutua cooperación penal entre los Estados adherentes en tema de asistencia y extradición. Pero la Convención OCDE se separa del modelo tradicional en varios aspectos. En primer lugar, la norma que incrimina la corrupción del funcionario público extranjero (art. 1) requerirá, en general, una reformación para ser introducida en los códigos penales de los Estados adherentes. Asimismo, las otras normas en temas de medida y tipo de penas (sanciones), jurisdicción y prescripción no son formuladas en modo completo, pero indican los contenidos fundamentales a los cuales las normas de ejecución nacional deberán atenerse.

29

Esta postura no es casual. Los negociadores debieron tomar en consideración que los sistemas penales de los diferentes Estados se inspiran en criterios diferentes sobre temas muy relevantes, como la sujeción de las personas jurídicas al Derecho Penal, la extensión de la jurisdicción sobre la base del criterio de la nacionalidad del reo o, si no, sobre la base territorial, la obligatoriedad o de la acción penal, etc. Visto el objetivo de la Convención, mencionado también en el preámbulo, de combatir eficazmente el fenómeno de la corrupción mediante medidas que sean equivalentes, los Estados Partes pueden cumplir sus obligaciones por medio de diversas medidas, según su estructura normativa, con tal de que sean idóneas para lograr el resultado deseado.⁶

En segundo lugar, la Convención contiene también normas no penales, en particular en materia de contabilidad empresarial, con función preventiva y de transparencia. Por último, la Convención prevé una vigilancia multilateral por acción del Grupo OCDE sobre la corrupción, para promover la actuación plena de la Convención mediante periódicos exámenes de las medidas tomadas y de su concreta aplicación por parte de los Estados. Este mecanismo sustituye la previsión de un procedimiento de solución de controversias, muchas veces presente en las convenciones penales. Ello aparece más

⁶ En esta óptica, la Convención no permite reservas aunque la exclusión está sancionada solamente en el preámbulo.

dúctil y eficaz para asegurar el respeto de los compromisos recíprocos y, en general, el logro de los objetivos de la Convención. Ella apunta, reiteramos, no solo a la introducción de normas penales en la materia en los Estados suscriptores, sino más específicamente a *deter, prevent and combat* la corrupción internacional, un fenómeno consistente y preocupante, con medidas eficaces.

5. Con respecto al contenido del texto, la Convención comporta primeramente, en el art. 1, la obligación de considerar delito a la corrupción del funcionario público extranjero tal como sucede con aquella dirigida a los funcionarios nacionales. Ella es completada por normas de contorno, preventivas, represivas y de vigilancia en la sede OCDE, que implican la adopción de una serie de normas de notable alcance, que de hecho necesitarán de una actualización también por parte de los instrumentos relativos a la corrupción doméstica. De conformidad con la postura no *self-executing* de la Convención, el Comentario precisa que la disposición puede ser actuada en diverso modo, ya sea de acuerdo a una normativa que castigue la corrupción en general, ya sea extendiendo la aplicación del delito de corrupción del funcionario nacional, ya sea mediante una norma *ad hoc*, como es el caso de la legislación norteamericana.

30 El art. 1.1 del texto define la corrupción del funcionario público extranjero como la oferta, la promesa o el pago intencional, directamente o por medio de un intermediario, de una ventaja indebida, pecuniaria u otra, a un funcionario, por aquellos o por un tercero, con el objeto de que este actúe u omita actuar en el desenvolvimiento de sus funciones oficiales, para obtener o conservar un negocio u otra ventaja indebida en las transacciones comerciales internacionales.⁷ De acuerdo al art. 1.2 debe ser perseguida también la complicidad (el concurso) y la incitación a la corrupción, siendo comprendida la “autorización”. Por ejemplo, una autorización por parte de la sociedad madre a una asociada extranjera a pagar una coima significará la extensión de la jurisdicción y de la ley penal a cargo de la primera y/o de sus dirigentes responsables.

El funcionario público extranjero es definido en el art. 1.3 como cualquier persona que se desempeñe en una oficina legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, o que ejercite en todo caso una función pública, también para una empresa o un ente público, además de los funcionarios de organizaciones internacionales. Por tanto, se trata de una amplia definición que da relieve tanto a la calificación subjetiva como al ejercicio objetivo de funciones públicas, según la postura seguida por muchos derechos penales nacionales, incluso el italiano. Esta definición pretende tener en cuenta, en particular, que el ámbito de las funciones de relieve económico ejercitadas directamente

⁷ Los Estados Unidos no han logrado obtener la adhesión de los otros países a la extensión de la norma que incrimina, y en general de la Convención también al financiamiento ilícito de los partidos políticos, una *fattispecie* disciplinada en modo divergente de país a país y considerada no siempre relevante. Naturalmente, si el pago a un partido o a sus exponentes es el vehículo de una operación de corrupción en sentido propio, esta caerá en el ámbito de la Convención. En todo caso, la cuestión queda en el orden del día del Grupo de trabajo.

por el Estado es diferente de país a país y que, actualmente, con el avance de las privatizaciones, son cada vez más dejadas al encargo del sector privado funciones que tienen objetivamente naturaleza pública (criterio de la “equivalencia funcional” entre las normas de inculpación nacionales adoptadas en sede de actuación).

En efecto, la extensión del delito a comportamientos de dirigentes de empresas jurídicamente privadas pero controladas por el Estado, ha dado lugar a discusiones y no ha sido posible insertar en el texto ulteriores precisiones. El Comentario precisa que se entiende por “pública” una empresa sobre la cual un Estado puede ejercitar una influencia dominante, lo que puede suceder por medio de diferentes instrumentos. Se precisa, además, que un responsable de una empresa del género no ejercita una función pública cuando la empresa opera sobre bases comerciales normales como una empresa privada sin sostén del Estado.

En cuanto se refiere al autor del delito, el texto convencional afronta en los artículos 2 y 3 el nudo de la responsabilidad de las empresas que paguen o en cuyo interés vengan pagadas coimas, a la luz del hecho de que solamente en algunos ordenamientos está reconocida la responsabilidad penal de las sociedades. Ante todo está prescrito que la nueva figura del delito sea castigada por cada Estado con penas severas, incluso de detención, en línea con cuanto está previsto para la corrupción de los propios funcionarios públicos, con aplicabilidad de las medidas y de las penas accesorias del secuestro y de la confiscación.⁸

31

Los Estados que no conocen la responsabilidad penal de las sociedades, como es el caso de Italia, deberán, además, introducir a su cargo sanciones no penales, ante todo pecuniarias, eficaces, proporcionadas y disuasivas con relación a la corrupción en objeto. En cambio, no está prescrita la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los fines de la Convención en los países en los cuales esta no es conocida, una modificación que sería de mucho mayor alcance. Es cierto que el régimen total en los países en los cuales las sociedades están sujetas al Derecho Penal respecto a aquellos en los que ellas no lo están, corre el riesgo de divergir también notablemente; organizar un sistema de represión y aplicación de sanciones no penales a cargo de sociedades donde este sistema no existe de una forma general puede no ser fácil. Existe, además, la cuestión de la jurisdicción en esta materia administrativa no penal y, finalmente, la del tipo y severidad de las sanciones. Bajo este último perfil, las sanciones no penales, como la preclusión de la participación en las licitaciones públicas o la decadencia de los cargos sociales para los administradores, también responsables solamente por omisión

⁸ El texto no define las “transacciones comerciales internacionales”. El art. 1.1 indica, entre otras cosas, que la corrupción debe efectuarse “con el fin de obtener o conservar un *business/marché u otra ventaja indebida* en el comercio internacional”. No están cubiertas, por lo tanto, solamente las operaciones a través de las fronteras de exportación, licitación o inversión, sino también los contratos de negocios coligados, incluso si son sucesivos.

de vigilancia, podrían resultar más eficaces que las sanciones, también penales, pero solo a cargo de los dirigentes responsables.⁹

6. Otro punto delicado es aquel de los criterios de jurisdicción, que ha sido largamente debatido en la negociación con el objeto de lograr obtener un equilibrio de obligaciones entre los Estados suscriptores y una aplicación balanceada y eficaz de las normas represivas. En efecto, mientras numerosos países del sistema jurídico de tipo europeo continental, como Francia, Alemania e Italia, reconocen la racionalidad del reo como criterio de jurisdicción y, por lo tanto, persiguen en ciertas condiciones también el delito cometido por el ciudadano en el extranjero, la jurisdicción penal es ejercitada sobre base únicamente territorial en los Estados Unidos, en Gran Bretaña y en los otros países del *common law*. El art. 4 de la Convención empeña a los Estados en perseguir el delito aplicando sus propios criterios jurisdiccionales tradicionales. El equilibrio en la represión entre países con sistema diferente debería ser logrado por medio de las sanciones no penales a cargo de las empresas, donde se prescinde de vínculos de estrecha territorialidad cuando las coimas sean imputables a ellos; también si fueron prometidas y pagadas en el extranjero por medio de coasociadas no encargadas a la dirección de sus ciudadanos.

32

La Convención impone en el art. 6 que los términos de prescripción sean adecuados a las necesidades de las investigaciones y de los procesos de estos delitos que requieren también, con motivo de la jurisdicción delegada, tiempos más largos que los necesarios para los delitos internos similares. Por lo tanto, aquí el texto no se limita, distintamente de otras disposiciones, a solicitar la extensión de las normas nacionales generales en tema al nuevo delito, sino que requiere la introducción de normas en todo caso eficaces.

En el art. 7, la Convención hace aplicables las normas contra el reciclaje a la corrupción en el extranjero cuando la corrupción interna sea considerada delito presupuesto para la aplicación de esta normativa, como ya es el caso en muchos países —entre los cuales se encuentra Italia— y se está convirtiendo en norma en muchos otros Estados.¹⁰ Este es un punto fundamental para la aplicación eficaz de la Convención. En efecto, es bien conocido que los pagos de corrupción de funcionarios extranjeros de alto rango por importes consistentes vienen efectuados “extranjero sobre extranjero” mediante los canales bancarios y el uso de intermediarios financieros en terceros países, normalmente los centros financieros *off-shore* dotados en su mayoría de rígidos secretos

⁹ La Convención de la Unión Europea afronta la cuestión de modo diferente en el art.6, referente a la “Responsabilidad penal de los dirigentes de las empresas”. Aquí se sanciona la responsabilidad penal de los dirigentes u otros responsables en caso de actos de corrupción “cometidos por persona sujeta a su autoridad y por cuenta de la empresa”. La circunstancia que se debe cubrir según la Convención OCDE es en todo caso la misma.

¹⁰ Véase BERNASCONI, P. “La Confisca e la punibilità del riciclaggio del provento della corruzione di pubblici funzionari”. En: *Dir. Penale dell'economia*, 1996, pp. 539 y ss.; PIETH, M. “The prevention of money Landering: A Comparative Analysis”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, pp. 159 y ss.

bancarios y poco propensos a la colaboración internacional. También, si el país donde se efectúa el movimiento de la coima reconoce el delito de corrupción en su interior, como es regla, y la suma se refiere a un hecho de corrupción en otro país de acuerdo a su legislación (como, por ejemplo, en Suiza), el pago es lícito y las normas contra el reciclaje no son aplicables. Con la adhesión a la Convención de los países OCDE como Luxemburgo y Suiza, para no mencionar otros, la normativa contra el reciclaje local resultará aplicable si ya está extendida al delito de corrupción en general o cuando lo debiese ser. Resultará, consecuentemente, un notable refuerzo del aparato represivo también en sede de cooperación internacional.

El Comentario a la Convención aclara que nos referimos al importe de la coima, sea antes de que haya sido pagada (es decir, a la prevista acantonada ya para el objeto ilícito), como después de que esta haya sido transferida a la disponibilidad del beneficiario corrupto. Esta es una precisión significativa. Ya que la Convención incrimina solo la corrupción activa, era importante aclarar que los movimientos de fondos por parte del beneficiario después de haberlos obtenido no sustrae esta operación a la normativa contra el reciclaje, porque se trata siempre del fruto de un delito, precisamente el de corrupción activa del funcionario extranjero.

7. Es de fundamental importancia en el contexto del tratado, de grande relieve práctico y seguramente innovador, lo dispuesto por el art. 8 en el tema de la contabilidad de las sociedades, que escapa del ámbito penal y tiene una función sobre todo preventiva. Esta prescribe que, con el fin de combatir eficazmente la corrupción internacional, “cada Parte adoptará todas las medidas necesarias en el marco de sus leyes y reglamentos en tema de tenencia de la contabilidad, redacción de balances, informaciones financieras, normas contables y verificación de cuentas, para prohibir a las sociedades sujetas a dichas obligaciones las contabilidades extra balances, operaciones no registradas o no suficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes y de voces pasivas no correctamente identificadas con el fin de corromper funcionarios públicos extranjeros”. Estas obligaciones deben ser tuteladas con sanciones civiles, administrativas o penales eficaces en caso de omisión o falsificación en los libros, documentos, cuentas y estados financieros de estas sociedades.

Se trata de obligaciones ya presentes en las legislaciones nacionales en la materia y en los principios contables aplicables cuando menos con relación a las sociedades por acciones, de grandes dimensiones o cotizadas en la bolsa. Pero la norma debería llevar a un reexamen de la eficacia de los controles (internos y en sede de auditoría) en materia. Esto, teniendo también en cuenta, como recuerda el Comentario, la potencial pasividad que pueden derivar a las empresas y a los controladores y revisores en caso de carencia de controles incluso preventivos.

La correcta actuación de estas obligaciones involucra no solamente las obligaciones civiles en el tema de la contabilidad, del balance y de los criterios de las relativas verificaciones (materia que en la Unión Europea es en gran parte de competencia

comunitaria), sino que se refiere también a las sanciones penales en caso de omisiones graves, como el delito de falsedad en el balance y análogos.

8. A la asistencia mutua, de importancia práctica fundamental dado el normal uso de canales financieros internacionales para el pago de sobornos, está dedicado el art. 9 sobre la cooperación judicial internacional. Aquí está sancionada la obligación de los países signatarios de concederse recíprocamente dicha cooperación en el modo más amplio, rápido y eficaz, también en sede no penal, manteniendo informadas a las autoridades solicitantes de la evolución de los exhortos. Este empeño obligatorio será ciertamente valioso (si es respetado) por la magistratura de los países que solicitan asistencia en esta materia, muchas veces frustrada por la falta de colaboración del extranjero.

El aparato penal está completado por las normas usuales en tema de extradición, que incluyen la obligación de promover directamente la acción penal por parte de los países que no conceden la extradición de sus ciudadanos (art. 10.3).

Encontramos en la Convención, entre otras cosas, normas innovadoras sobre varias cuestiones que desde el punto de vista de la aplicación práctica no son marginales. Así, el art. 5 (*Enforcement / Mise en oeuvre*) apunta a limitar el riesgo de actuación desigual de la Convención en los varios Estados contratantes por el hecho de que, en muchos de ellos, el ejercicio de la acción penal no es obligatorio. Se sanciona que la discrecionalidad de la acción no puede depender de consideraciones de interés económico nacional, de relaciones políticas internacionales o de la calificación de los sujetos involucrados.

34

En el art. 9 se sanciona que los exhortos van despachados con solicitud y que la autoridad solicitante debe ser informada de la necesidad de proporcionar ulteriores informaciones o documentación, y del avance del procedimiento. Esta disposición aparece oportuna teniendo en cuenta la experiencia de los exhortos en materia de corrupción que muchas veces vienen “arenados” en algunos países con la consecuencia de que la acción penal no puede proseguir útilmente en el país procedente cuando la documentación, en particular bancaria, se encuentra toda en el extranjero. Con el mismo espíritu, el art. 9.3 excluye que la asistencia en materia penal pueda ser rechazada solo para tutelar el secreto bancario en el Estado solicitante.

Se debe notar también que el art. 10.4 dispone que la doble incriminación, prescrita muchas veces en el país solicitante para dar curso a la extradición, se entiende que subsiste cuando la corrupción del funcionario extranjero para la cual ella ha sido formulada corresponde a la corrupción doméstica del país solicitado.

Siempre con el objeto de facilitar la mutua cooperación, que en delitos internacionales es decisiva para ejercitar efectiva y tempestivamente la acción penal, el art. 11 prevé la posibilidad de comunicaciones directas (y no por vía diplomática) entre las autoridades competentes designadas por los Estados contratantes.

9. Entre las normas finales de la Convención, de particular importancia es la referida a su entrada en vigor, que refleja las preocupaciones expresadas en las negociaciones y el compromiso que se refiere a la Recomendación del Consejo OCDE del 23 de mayo de 1997, recordado anteriormente. Esta es el resultado de una intensa negociación final a insistencia de los países de la Unión Europea (de conformidad con la segunda posición común) y del Japón, en el sentido de que fuese asegurada la entrada en vigor con la participación desde el inicio de los principales países exportadores.

En síntesis, el mecanismo era el siguiente: la Convención podía entrar en vigor solo con la participación de cinco países entre los primeros diez exportadores del OCDE, sobre la base de una estadística anexa. Esto significaba, en concreto, que debían adherirse en cualquier caso los Estados Unidos de Norteamérica y, además, al menos cuatro de los siguientes países: Alemania, Japón, Francia, Reino Unido, Italia, Bélgica, Corea, Canadá y Países Bajos.¹¹

Si no hubiera sido de este modo, a partir del inicio de 1999, la Convención hubiera podido haber entrado en vigor sobre la base bilateral entre los países que habían depositado su propio instrumento de ratificación, declarándose dispuestos a aceptarla sobre esta base.

En realidad, las ratificaciones han sido rápidas y numerosas. La Convención ha entrado en vigor desde finales de 1998 entre un numeroso grupo de países signatarios. En septiembre de 2001, estaba en vigor ya en 34 de los 35 países que la habían firmado: además de todos los países OCDE, con excepción de Irlanda, también estaban Argentina, Brasil, Chile y Eslovenia.

La Convención está, además, abierta a la adhesión de países no OCDE, adhesión que ha sido solicitada por el Consejo de la organización en la Recomendación del 23 de mayo de 1997 y nuevamente por los Estados Suscriptores en sede de conclusión. Con este objetivo basta, y se requiere que ellos sean admitidos al Grupo de trabajo OCDE sobre la corrupción —que está abierto también a los Estados no miembros del OCDE— con la finalidad de que se adhieran a los compromisos más generales en el tema de la lucha contra la corrupción referida a la misma Recomendación y participen en el mecanismo de control que es administrado por el Grupo.¹²

Un juicio final sobre el alcance efectivo de la Convención, en una materia en la cual la eficacia de cualquier iniciativa represiva y sancionadora ha suscitado desde siempre perplejidad —dado que la criminalidad económica se mueve a escala global, mientras que los Estados actúan en orden esparcido—, no puede prescindir de la creación de

¹¹ Con las ratificaciones depositadas hasta finales de diciembre de 1998 —entre las cuales se encuentran las de Japón, Alemania, Estados Unidos de Norteamérica y Reino Unido— se ha iniciado el período de 60 días para la entrada en vigor de la Convención.

¹² Los Países no miembros que participan en el Grupo, que han participado en la negociación y que han firmado la Convención son: Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y Eslovaquia.

un mecanismo de monitoreo constante, encargado por el art. 12 al Grupo de Trabajo ya operante en el OCDE sobre la corrupción en el comercio internacional. Corresponderá a este organismo evaluar periódicamente el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados contratantes y la eficacia concreta de su aplicación para contrarrestar verdaderamente el fenómeno, según el compromiso solemnemente asumido por todos los países industrializados del OCDE de crear su propio ámbito *off-limits* para estas prácticas.