

Ética Pública y Globalización¹

Dres. Luis María Palma² y Andrea de Arza

En fecha reciente -21 de noviembre de 1997- asistimos a la concreción de un hito fundamental en el plano internacional. Tras doce meses de negociaciones (y muchos más de insistencia de los Estados Unidos de América) los veintinueve países industrializados representados en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) suscribieron en París un tratado mediante el cual se tipifica como delito el otorgamiento de dádivas a funcionarios de los gobiernos extranjeros.

La ausencia -hasta el presente- de una normativa específica que comprendiera a los países de Europa y a Japón, constituyó un obstáculo insalvable a la hora de combatir las prácticas corruptas. En efecto, dicha falta operó durante un tiempo prolongado como incentivo de tales actividades ilícitas en otros países : mientras fueron reprimidas fronteras adentro, *se facilitó su utilización fronteras afuera* como mecanismo apto para el “*closing*” de negocios internacionales, tanto a través de su no incriminación, cuanto mediante la deducción impositiva del costo de los *desembolsos* efectuados por tal concepto.

Según es evidente, el nuevo marco normativo representa el triunfo del criterio de EEUU, a veinte años de la entrada en vigencia de su legislación interna sobre el particular (de 1977), represiva de las dádivas extraterritoriales realizadas por empresas y/o empresarios norteamericanos.

La iniciativa se inscribe en el mismo temperamento que inspiró la Convención Interamericana contra la Corrupción, anteriormente suscripta en el ámbito de la OEA.

Al considerar las instancias previas a la formulación de este tratado, advertimos que, en mayo de este año, la mayoría de los países de la OCDE había acordado *prohibir* el soborno. La cuestión analizada desde entonces ha girado en torno de la determinación de los funcionarios que deben quedar comprendidos por dicha prohibición.

¹ Artículo publicado en INFOBAE, 4 de febrero de 1998.

² Asesor del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Relator de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino; Doctorado en Derecho Internacional Privado (UNA); Consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Docente a cargo del Postgrado de “Organización y Gestión Judicial” (UBA). Docente a cargo de la Asignatura “Impacto de las Nuevas Tecnologías en el Derecho”, (Carrera de Especialización en Derecho Penal, UBA - Colegio de Abogados de San Isidro, Provincia de Buenos Aires). Docente a cargo de la asignatura “Gestión y Administración Judicial” II, (Postgrado de Especialización en Administración de Justicia, Instituto Superior de Estudios sobre la Justicia – ISEJUS-, Facultad de Derecho, UBA). Docente a cargo de los cursos sobre “Manejo de Casos” y “Análisis Económico del Derecho”, (Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura, Poder Judicial de la Nación), Docente de Grado de la asignatura “Derecho Internacional Privado” (Pontificia Universidad Católica “Santa María de los Buenos Aires”, y Universidad de Belgrano).

El derecho interno de los miembros de la OCDE

Describiremos a continuación la orientación que informa a las legislaciones nacionales de los Estados Partes del tratado, en materia de sobornos.

Un primer grupo de países está conformado por Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Francia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Portugal, Suiza ; todos ellos permiten la deducción impositiva de los sobornos pagados a funcionarios extranjeros.

En un segundo grupo hallamos a Finlandia, Islandia, y Suecia. No hay en estos países una normativa específica al respecto. Suecia e Islandia tratan la deducción impositiva de los sobornos en relación a cada caso particular, examinando si esta práctica es común en el país en que cumple funciones quien recibe el pago, y si es o no ilegal conforme a su propio derecho interno. En Suecia, además, se diferencia según el pago deba ser considerado como honorario o gasto por entretenimientos. En este último supuesto la suma será deducible si no excede de los límites de razonabilidad.

El tercer grupo de naciones está integrado por Canadá, República Checa, Dinamarca, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Corea, Méjico, Noruega, Polonia, España, Turquía, Gran Bretaña, Estados Unidos de América. Todos estos países no permiten la deducción que comentamos.

Estados Unidos de América merece una consideración más detallada.

Ya con anterioridad a la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 se denegaba en este país la deducción de los pagos de referencia, cuando fueran realizados a funcionarios o empleados públicos extranjeros, y fueran ilegales según las leyes norteamericanas o debieran serlo si las leyes norteamericanas fueran aplicables a tales personas. La improcedencia de la deducción no dependía de la convicción establecida en un caso criminal por soborno.

Tras la modificación legislativa, las normas tributarias de EEUU fueron reformadas para excluir las deducciones de los pagos dirigidos a funcionarios o empleados públicos, si resultaban ilícitos a tenor del régimen legal de 1977.

El tratado

La normativa *in examine* ha buscado asegurar una equivalencia funcional entre las medidas que adopten las partes contratantes para sancionar la realización de sobornos a los oficiales públicos, sin requerir uniformación legislativa o cambios en los principios fundamentales del sistema legal de los Estados Partes.

El art. 1 califica como delito el ofrecimiento, promesa o dación de cualquier pago pecuniario indebido u otra ventaja, en forma directa o por interpósita persona, a un funcionario público, para sí o un tercero, con el propósito de lograr una acción u omisión en relación al cumplimiento de deberes oficiales que tenga por fin obtener o impedir un negocio u otra ventaja impropia según el comportamiento habitual en los negocios internacionales.

Es novedosa la inclusión de *los pagos a parlamentarios* como figura delictiva : con ello se puso fin a la resistencia de Alemania, Austria y Finlandia sobre este punto.

La conducta en cuestión es considerada delito aún cuando sea habitual en los usos locales, tolerada por las autoridades domésticas, o necesaria para obtener o impedir *el negocio u otra ventaja impropia*. Pero no será calificada de tal cuando el beneficio fuere permitido por la ley o las regulaciones que rigen al oficial público extranjero, incluyendo el derecho judicial.

Es lamentable que no constituyan delito los pequeños pagos de facilitación - *small "facilitation" payments*- que se realizan en determinados países para inducir a los agentes públicos a cumplir con sus deberes; v.gr. para la concesión de licencias o permisos, que son generalmente ilegales en el país extranjero en cuestión.

Del art. 2 surge que cada Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales o jurídicas (léase empresas) por el soborno de oficiales públicos. Se sigue de esta norma que si, conforme a un determinado sistema legal, no procede la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, no será necesaria una modificación de la legislación del Estado respectivo para establecer dicha responsabilidad.

La investigación y prosecución del delito estará sujeta a las reglas y principios de cada Estado Parte.

Lavado de dinero

En este tema particular, advertimos que la alusión a las dádivas a los propios agentes es amplia: el soborno de un oficial público se considera como ofensa por la legislación sobre lavado de dinero en los mismos términos, cuando un Estado Parte ha caracterizado como delito al cohecho.

Cooperación entre Estados

Cada Parte deberá prestar asistencia efectiva y apropiada a los restantes a efectos del desarrollo de investigaciones criminales y procedimientos sobre las materias reguladas en la Convención, y para los procedimientos no criminales comprendidos en su ámbito que se sigan contra una persona jurídica. El Estado requerido deberá poner en conocimiento del requirente, sin demora, cualquier información adicional o de documentación necesaria y, en su caso, del status y resultados del pedido de asistencia. Los países no podrán rehusar la mutua asistencia legal en asuntos criminales basándose en el secreto bancario.

Extradición

En el art. 10 se ha previsto la inclusión de la figura delictiva tratada como delito extraditable según las leyes de las Partes y los tratados sobre extradición que rijan entre ellas. El Estado que rehúse extraditar a una persona imputada de dicha conducta, basándose únicamente en que esa persona es un nacional, deberá someter el caso a sus autoridades competentes.

Se ha previsto en el art. 12 la necesidad de que los Estados contratantes desarrollen un programa tendiente al control y cumplimiento pleno de la Convención.

Algunas asignaturas pendientes

Más allá del gran acierto que comporta la firma del nuevo instrumento en sí misma, ha sido necesario *dejar para más adelante* determinadas materias, como

1. los pagos a líderes de partidos políticos
2. los pagos a delegados de funcionarios comprendidos.

Será indispensable tratar estas cuestiones a la brevedad, si no se desea esterilizar la eficacia del tratado en su totalidad.

Otra insuficiencia del nuevo instrumento hace a la falta de enunciación de mecanismos concretos para dificultar el encubrimiento contable de los sobornos ; el tratado sólo refiere a medidas “a considerar”, a los fines indicados.

Hemos de aludir además a consideraciones de índole política, vinculadas a cuántos gobiernos deberán aprobarlo y ratificarlo para posibilitar su entrada en vigencia : los países lo remitirán a sus órganos legislativos en abril de 1998, pudiendo comenzar a regir recién a fines del próximo año.

Más allá de las debilidades apuntadas, es auspiciosa la creación del instrumento que comentamos, a fin de posibilitar -como corolario de la mentada globalización- que la transparencia comience a ser uniformemente asequible en el plano de los negocios internacionales.

La respuesta al escepticismo y a la apatía debe ser el fortalecimiento del Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción. Es uno de los grandes temas de la política global, presente en la Argentina y el resto del Mundo. Pero el hecho de que la corrupción sea un fenómeno universal, no debe ser considerado inevitable. Sumergirnos en esta postura nos convierte en víctimas del destino cuando en realidad somos los artífices de nuestra historia.