

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL PERÚ

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO
INTERNACIONAL ECONÓMICO QUE PRESENTA EL ALUMNO:

GUSTAVO ADOLFO PAJARES GOMEZ

Asesor: Dr. Víctor Augusto Saco Chung

Lima, mayo de 2019

***A Carmen Julia, estímulo y reto
permanente,
A nuestros hijos,
A la memoria de mis Padres.***



RESUMEN

El presente trabajo aborda el análisis del soborno transnacional como fenómeno corruptor que altera las reglas de juego del comercio internacional, y no solo las que rigen la interacción entre los agentes económicos particulares (empresas) que intervienen en una transacción económica internacional, que ven afectada su participación en condiciones de libre competencia.

También afecta inclusive las relaciones entre los Estados, en la medida que alguno de estos, pudiera carecer de un marco normativo sobre la materia o tener una deficiente regulación interna del soborno transnacional, y con ello conceder una ventaja indebida a sus empresas, perjudicando a aquellas cuyos Estados, si regulan adecuadamente este fenómeno corruptor.

De esta manera, el primer capítulo aborda la regulación nacional del Soborno Transnacional, describiendo su marco teórico, principales características, definición a nivel doctrinario y en los instrumentos internacionales que lo regulan, así como sus elementos constitutivos. En este punto, se plantea una reflexión sobre el bien jurídico protegido, considerando la correcta actuación de la función pública y lealtad en el comercio internacional.

Asimismo, se examina algunos casos concretos, de la forma cómo se regula el soborno transnacional en algunos países, como en el caso de la experiencia pionera los Estados Unidos de América y el tratamiento de temas específicos de su competencia en la aplicación de la Foreign Corrupt Practice Act - FCPA, así como la legislación de los países que son miembros de la Alianza del Pacífico.

El segundo capítulo se revisa la regulación del soborno transnacional en los principales tratados internacionales anticorrupción, que recogen el consenso internacional existente entre las naciones para asegurarse una correcta actuación de los partícipes en un negocio internacional, con reglas de juego claras, concretas y previamente definidas. Para ello, se tiene en cuenta, la existencia de mecanismos para su adecuado control y represión, así como los destinados a la cooperación contemplados en los principales convenios internacionales vigentes.

Para este propósito, la presente investigación parte del tratamiento y análisis comparativo de algunos aspectos centrales para la comprensión y regulación del soborno transnacional, tales como: los principales elementos que lo constituyen, el régimen de sanciones contemplado para dichos casos, los mecanismos y condiciones para la asistencia jurídica recíproca entre estados, así como las medidas complementarias o preventivas un combate efectivo al soborno transnacional.

A partir de este análisis comparativo se podrán advertir los avances alcanzados en la legislación nacional e internacional al regular, reprimir y sancionar el soborno transnacional; para su mejor un aporte a la adecuada regulación en el Perú, además de identificar y perfeccionar los mecanismos de cooperación internacional.

El tercer capítulo revisa estado actual de la regulación de la figura del soborno transnacional en el Perú, teniendo en cuenta la obligación de cumplir con los compromisos contraídos por el país al suscribir los tratados internacionales anticorrupción y el seguimiento de los mecanismos que aseguran su cumplimiento.

Con este propósito, se revisa su incorporación a los mecanismos de cooperación, regionales e internacionales que forman parte de estos tratados, y que permitan examinar el marco normativo vigente, incidiendo en la regulación del Cohecho activo transnacional y Soborno internacional pasivo, así como también en la responsabilidad administrativa que corresponde a las personas jurídicas por la comisión del delito de cohecho activo transnacional.



LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL PERÚ

	Pag.
Resumen	3
Índice	5
Introducción	8
CAPÍTULO 1	
LA INCIDENCIA DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL	11
1.1 La regulación del Soborno Transnacional como respuesta a la problemática	11
1.1.1 Definición	11
1.1.2 Elementos del soborno transnacional	14
a. Bien jurídico tutelado.	14
- La correcta actuación de la función pública	14
- La lealtad en el comercio internacional	16
b. Diferencia con otras figuras delictivas	16
1.1.3 Función pública, Funcionario público, Funcionario público extranjero	17
Función Pública y Funcionario Público	17
Función Pública	18
Funcionario Público Extranjero	18
Funcionario o servidor público en el Perú	19
1.2 Aplicación en legislaciones nacionales.	20
1.2.1 Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior Estados Unidos – 1977	21
1.2.2 Regulación del soborno transnacional en los países de la Alianza del Pacífico: Colombia, México, Chile	28
1.2.2.1 Chile	28
1.2.2.2 México	30
1.2.2.3 Colombia	32

CAPÍTULO 2

LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES	40
2.1 Instrumentos internacionales anticorrupción que regulan la figura del soborno transnacional	40
2.1.1 Convención para prevenir el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE	41
2.1.2. Convención Interamericana contra la Corrupción	45
2.1.3. Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción	52
2.2 Elementos comunes de los convenios internacionales anticorrupción y aportes para la regulación del delito de soborno transnacional.	55
2.2.1 Elementos constitutivos de regulación	55
2.2.2 Régimen de sanciones	57
2.2.3 Asistencia jurídica recíproca	58
2.2.4 Medidas complementarias	59
CAPÍTULO 3	
LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL PERÚ ACORDE A SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES	62
3.1 Las obligaciones internacionales del Perú en materia de regulación del soborno transnacional	62
3.1.1 Tratados Internacionales	63
La Convención Interamericana contra la corrupción	63
La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	63
Comunidad Andina.	63
3.1.2 Otros instrumentos internacionales anticorrupción	65
Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESISIC)	65
Comité del Foro internacional de la OCDE Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina	74
Incorporación del Perú al Comité del Foro internacional de la OCDE	74

Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina Incorporación del Perú	75
Cumbre de las Américas 2018 “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”.	77
3.2 Marco normativo vigente peruano	79
3.2.1 La regulación nacional del soborno transnacional en el Perú	79
Normativa vigente	79
Cohecho activo transnacional	79
Soborno internacional pasivo	82
3.2.2 Corrupción el sector privado.	84
3.2.3 Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional	88
3.2.4 Aspectos pendientes de regulación o implementación	91
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	98
LEGISLACIÓN, PROYECTOS DE LEY Y DOCUMENTOS	100
ANEXO N° 01	103
ANEXO N° 02	114
ANEXO N° 03	116

Introducción

El normal desarrollo del comercio internacional dentro de los esquemas de libre comercio, apertura a mayores mercados y globalización de las transacciones económicas internacionales, requiere contar con parámetros definidos en la toma de decisiones que aseguren contar con condiciones de equidad para aquellos actores del sector privado, llámense empresas, que participan en los procesos de compraventa de bienes, prestación de servicios o en la ejecución de obras públicas.

Lo expuesto se hace mucho más ostensible, si de por medio se encuentran interactuando entidades públicas que representan y tienen a su cargo la trascendental labor de satisfacer las expectativas y necesidades de sus sociedades mediante las contrataciones que realizan.

Esta situación, sin embargo encuentra una evidente distorsión de las reglas de juego establecidas en el comercio internacional, al introducirse la práctica del soborno transnacional, como una de las más notables manifestaciones del fenómeno corruptor a nivel internacional, cuya aplicación rompe el equilibrio de posiciones y oportunidades entre los participantes de un negocio internacional.

Cuando una de las partes intervinientes es un Estado o sus entidades, la transacción económica internacional cobra especial interés, dado que ésta constituye en sí misma, una actividad destinada fundamentalmente a conseguir o a conservar de manera indebida un contrato o negocio de contenido económico, apelando para ello al ofrecimiento o dación en su caso, de estímulos o ventajas también indebidas a funcionarios públicos extranjeros.

Ante lo expuesto, resulta necesario plantearse la necesidad de regular adecuadamente las actividades vinculadas al soborno transnacional como factor que distorsiona el correcto desarrollo del comercio internacional, alterando las reglas de juego no solo entre los actores económicos, empresas, sino también entre los Estados.

Este último factor se produce cuando algunos de los Estados no regulan adecuadamente en sus legislaciones nacionales, la práctica del soborno transnacional, terminan por favorecer a sus empresas, a las que operan en sus países, dado que les otorgan algunas ventajas para operar, sin mayores restricciones, frente a aquellas provenientes de los países que si regulan adecuadamente el soborno transnacional.

Con este propósito, se hace referencia, a las mediciones de Transparencia Internacional (TI), sobre la percepción de los actores económicos de los países en desarrollo respecto de que países provienen las empresas con mayor propensión a soborno de funcionarios públicos extranjeros, así como también a los principales sectores económicos y comerciales donde operan con mayor frecuencia, cuyo análisis se puede apreciar en el Anexo N° 01.

En este contexto, la noción de soborno transnacional y de funcionario público extranjero, involucra entonces prestar especial atención a las relaciones comerciales que establecen las empresas que desarrollan sus actividades más allá de sus fronteras.

Estas empresas adquieren cada vez más mayor un poder económico y las entidades públicas y sus funcionarios, en especial las de los Estados de los países en desarrollo, en lo que concierne a los procesos de compras de bienes, adquisición de servicios o ejecución de obras públicas efectuados por estos últimos para atender las necesidades de su población.

En este esquema de contratación estatal, que involucra la correcta y transparente conducta de funcionarios públicos, se configura a su vez, una serie de áreas críticas o sectores de actividad comercial con mayor propensión a la generación de actos de corrupción, acorde a la información consignada en los índices de medición realizados a nivel internacional.

Por tanto, debemos poner énfasis en revisar las políticas y mecanismos de detección, control y represión de este fenómeno corruptor que adoptan en los Estados industrializados, plasmando estos esfuerzos regulatorios en la Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización de Cooperación y Desarrollo Internacional (OCDE), quienes siguiendo la ruta trazada por los Estados Unidos de América al emitir la Foreign Corrupt Practice Act en 1977, adoptaron un convenio internacional que sentó las bases para reprimir y sancionar el soborno transnacional, a fin de contribuir con el normal desarrollo del comercio internacional en términos de reglas claras y buenas prácticas.

Posteriormente, los esfuerzos individuales y colectivos de las naciones, se ven reflejados en la adopción de convenciones internacionales, que tanto a nivel mundial (Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción, México 2003), como regional (Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas 1996), han adoptado los países que en materia de corrupción abordan el tratamiento específico del soborno transnacional.

Si bien se puede reconocer que en años recientes se han producido significativos e importantes esfuerzos de parte de la comunidad internacional por brindar un adecuado tratamiento a las modalidades de prevención, prohibición y consiguiente sanción del soborno transnacional, ésta constituye todavía, una labor que los Estados nacionales vienen desarrollando progresivamente.

En este entendido, tenemos que para su efectiva aplicación, se requiere de un mayor tratamiento y regulación en las normativas nacionales, teniendo en cuenta la reciente experiencia del Perú y otros países latinoamericanos en casos de soborno transnacional.

Por estas razones, consideramos necesario analizar el tratamiento que desde el Derecho Internacional, a través de los acuerdos internacionales y del derecho comparado, se viene brindando a esta temática, identificando los avances y puntos comunes existentes en la regulación de esta problemática, con especial énfasis en la necesidad de su adecuada implementación en las legislaciones nacionales, como se viene haciendo en algunos países de América Latina.



CAPÍTULO 1

LA INCIDENCIA DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1.1 La regulación del Soborno Transnacional como respuesta a la problemática

Se puede definir el soborno transnacional o también conocido como el soborno a funcionarios públicos extranjeros para obtener o retener un negocio, 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, a fin de conseguir que ese funcionario realice u omita cualquier acto destinado a influir sobre una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada con el ejercicio de su cargo².

La regulación de este fenómeno corruptor puede realizarse desde diversas fuentes jurídicas, tanto nacionales (legislación interna), como internacionales (principalmente tratados).

Tal como se indicó en la parte introductoria, el soborno transnacional constituye una amenaza directa al libre y normal desarrollo del comercio internacional, dado que su práctica altera directamente las reglas de juego para su correcto desarrollo, rompiendo no solo el equilibrio entre los agentes privados (empresas), sino también entre los Estados que regulan adecuadamente este fenómeno y los que omiten hacerlo.

En este propósito de regular adecuadamente el soborno transnacional, resulta conveniente revisar el marco teórico que asiste a este fenómeno corruptor.

1.1.1 Definición

Carlos Manfroni define: *“El soborno transnacional o también conocido como el soborno a funcionarios públicos extranjeros para obtener o retener un negocio, 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, a fin de conseguir que ese funcionario*

² Esta es una definición de soborno transnacional, generalmente aceptada en la doctrina y recogida por los tratados internacionales y legislaciones nacionales, como por ejemplo en la legislación argentina (artículo 258° del Código Penal), tal como lo recoge la Publicación de Poder Ciudadano, Capítulo argentino de Transparencia Internacional. Delitos contra la Administración Pública P 8. <http://poderciudadano.org/sitio/wp-content/uploads/2014/11/Delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica-2014-FINAL.pdf>.

realice u omita cualquier acto destinado a influir sobre una transacción de naturaleza económica o comercial vinculada con el ejercicio de su cargo³”.

Por su parte, Fidel Rojas lo describe como: *“las diversas prácticas de entregas y ofrecimientos de dádivas, objetos de valor económico, favores u otros beneficios de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos para asegurar operaciones económicas y movimientos de capitales de gran envergadura⁴”*, siendo importante incidir en el añadido respecto de que se trata de operaciones económicas de gran envergadura.

Para Rojas, la diferencia entre este tipo de soborno con el “soborno tradicional” se manifiesta en las implicancias político-sociales del mismo: *“más que un caso de tipicidad penal es un fenómeno social negativo de dimensiones mundiales. Ello se evidencia en el movimiento internacional de capital de los montos para los sobornos, montos que están presupuestados y asignados para tal fin por empresas transnacionales”⁵.*

En el mismo sentido, Beatriz Galetta de Rodríguez, al comentar la normativa argentina que regula el soborno transnacional, Ley de Ética de Función Pública – Ley N° 25.188, cuyo artículo 35° modificó el artículo 265° del Código Penal Argentino, sostiene que esta figura *“se trata de un tipo especial de cohecho activo (a cargo del particular), especial en tanto las características peculiares de quien es seleccionado como cohechado, precisamente un funcionario público de otro Estado”⁶.*

Otro elemento a tomar en cuenta es *“la finalidad singular perseguida con la pretendida realización u omisión del acto, a llevarse a cabo por este funcionario cohechado en el ejercicio de sus funciones, su relación con una transacción económica comercial”⁷. Para dicha autora, éstas son las dos características que denotan el carácter especial de esta figura.*

³ Manfroni, Carlos, Soborno Transnacional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pag. 36

⁴ Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima, Grijley 2002. pag. 442

⁵ Rojas Vargas, Fidel. Ob Cit. pag. 442

⁶ Rodríguez, Agustín, Galeta de Rodríguez, Beatriz, Delitos contra la Administración Pública, Delitos Especiales 2, Editorial Juris, Rosario 2002, pag. 70

⁷ Rodríguez, Agustín, Galeta de Rodríguez, Beatriz, Ob Cit. pag. 70

A nivel de regulación internacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en Caracas en 1995, regula en su artículo VIII el soborno transnacional, definiéndolo como:

“el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de los nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en un Estado, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”⁸.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada en México 2003, en su artículo 16° define el soborno de funcionarios públicos extranjeros y lo extiende al caso de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, estableciendo dos categorías:

“La primera, asimilándola a la figura del cohecho activo, cuando se cometa intencionalmente, la promesa, ofrecimiento o concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o al de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad.

Esta actividad se realiza con el propósito de que este funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales, para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”⁹.

⁸ Convención Interamericana contra la corrupción. Caracas, 1996

⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

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

Naciones Unidas. Oficina contra las drogas y el delito, disponible en:

https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf, visitada el 01 de marzo de 2018.

En este caso, nótese que se la Convención lo liga a la realización de actividades comerciales internacionales.

“La segunda, la asimila a la figura del cohecho pasivo, cuando un funcionario público extranjero o al de una organización internacional pública, intencionalmente, solicite o acepte en forma directa o indirecta, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que este funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. En este caso, cabe anotar que la Convención no hace referencia a la existencia de actividades comerciales internacionales”¹⁰.

1.1.2 Elementos del soborno transnacional

A partir de las definiciones anteriores, podemos determinar algunos elementos característicos, a saber:

a. Bien jurídico tutelado

Respecto de los bienes o intereses que se ven afectados por la configuración del soborno transnacional, y que por lo tanto requieren ser adecuadamente protegidos por la regulación de esta figura, se plantean algunos elementos que son importantes de destacar, entre los cuales se deben distinguir la correcta actuación de la función pública y la lealtad internacional:

- La correcta actuación de la función pública

El primero de ellos, se centra en la correcta actuación de la administración pública. Al respecto, cabe tener en cuenta que la configuración del cohecho o soborno en el ordenamiento interno, el bien jurídico tutelado es identificado como el correcto funcionamiento de la administración pública.

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.
Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.
Naciones Unidas. Oficina contra las drogas y el delito, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf, visitada el 01 de marzo de 2018.

Ésta última entendida como el colectivo institucional que representa y propugna la protección y promoción del interés público, y por tanto se expresa en el correcto accionar y comportamiento de funcionarios y empleados públicos.

En ese entendido, la administración pública, sus instituciones y consecuentemente sus agentes, deben cautelar la defensa del interés público que subyace y explica su existencia, teniendo en consecuencia la obligación de acatar y cumplir con las funciones y deberes asignados por la normativa que regula sus actividades.

Por tanto, cuando un funcionario o empleado público trasgrede la deliberadamente la normativa que regula sus funciones o simplemente cumple las mismas; a causa de recibir un estipendio o dádiva irregular que no se condice con su condición de representante de la administración pública, ni a los ingresos regulares que perciben por desempeñar su función; encontramos que esa conducta agravia al correcto funcionamiento de la administración, afectándose con ello el bien jurídico tutelado.

Paralelamente, Fidel Rojas esboza tres teorías para resumir el objeto de la tutela penal:

- a) *Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública.*
- b) *Protección del principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos.*
- c) *Proteger a los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares y agentes públicos*¹¹.

Para el caso peruano, el autor citado expresa que el objeto de la intervención penal es *“proteger el correcto funcionamiento, prestigio y la imparcialidad de la administración pública, buscando asegurar un desempeño ajustado a derecho y a los deberes de función de sus agentes”*.¹²

Sobre esta teoría, se sostiene que la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, sólo es aplicable para el derecho interno de los Estados y, que por tanto la figura del soborno transnacional no resultaría ser regulada por el derecho internacional, *“el bien afectado no es la integridad de la administración pública del propio país”*¹³, y que por tanto, no

¹¹ Rojas Vargas, Ob. Cit. pag. 457.

¹² Rojas, Fidel. Ob. Cit. pag.465

¹³ Manfroni, Carlos A. Ob. Cit. pag. 39.

podría ser materia de protección por parte del Estado al que pertenece el sujeto activo del soborno.

No obstante lo afirmado, sin perjuicio de la validez de los fundamentos que respaldan a esta última postura, se considera que debieran tenerse en cuenta para regular la figura del cohecho internacional pasivo. Se trata del caso específico de aquel funcionario público que solicita, acepta o recibe un ofrecimiento, incentivo o prebenda para realizar u omitir un acto propio de su función, por parte del funcionario de una empresa que tenga su sede o cuyas capitales sean propiedad de ciudadanos de otro país.

- **La lealtad en el comercio internacional**

Además del factor citado en el párrafo anterior, en la regulación del soborno transnacional se considera también como bien jurídico protegido, y como factor complementario, a la lealtad en el comercio internacional¹⁴.

Este factor complementario se presenta en la medida las partes que intervienen en el soborno transnacional son, de un lado, una empresa que generalmente corrompe a un funcionario público de otro país, por el otro; todo ello con la finalidad de hacerse de un negocio internacional, postergando así a las demás empresas en competencia.

Dicha postergación afecta claramente la libertad del comercio internacional, así como la buena fe y la lealtad que debería existir entre las partes que intervienen en una transacción o negocio internacional.

A criterio de Carlos Manfroni, nos encontramos ante un nuevo estilo de protección transnacional que nace a partir de la acción de los Estados, pero con perspectiva global: *“el ejercicio jurisdiccional de cada Estado sobre sus nacionales para la protección de un bien jurídico que pertenece a la comunidad internacional”*¹⁵.

b) Diferencia con otras figuras delictivas

Como se puede apreciar el soborno transnacional como figura delictiva autónoma, presenta algunos elementos que la diferencian con aquellas conductas de relevancia penal que

¹⁴ A criterio de Carlos Manfroni, el bien jurídico que protege la legislación sobre la materia es la lealtad en el comercio exterior, a lo que agrega que estamos ante el nacimiento de un nuevo bien jurídico a proteger.

¹⁵ Manfroni, Carlos A. Ob. Cit. pag. 40 - 41.

atentan contra el funcionamiento adecuado de la administración pública, y que se encuentran ya regulados en el derecho interno de los Estados.

En primer lugar, se involucra el hecho de corromper, mediante la entrega u ofrecimiento de dádivas u otros incentivos a un funcionario o empleado público de otro Estado o eventualmente de un organismo internacional, y no del propio Estado al que pertenece el sujeto activo del delito, elemento que de por sí lo diferencia con el denominado cohecho del ordenamiento interno, el cual se proyecta a los actos que recaen sobre un funcionario o empleado público del propio Estado.

En segundo término, se encuentra la finalidad del acto delictivo, que en el soborno transnacional está dirigida a conseguir que el funcionario público extranjero realice o en su caso, deje de hacer un acto que pretenda influir en una transacción económica o comercial relacionada al ejercicio de su cargo¹⁶.

En tercer lugar, tal como se expresa en relación al bien jurídico tutelado en el caso de esta figura delictiva, el soborno transnacional postula la preservación de la lealtad que deben preservar los actores que toman parte en el comercio internacional, y que por lo tanto introduce un nuevo elemento de protección que corresponde al comportamiento de la comunidad internacional en su conjunto.

1.1.3 Función pública, Funcionario público, Funcionario público extranjero

Función Pública y Funcionario Público

Para abordar con mayor claridad la definición de funcionario público extranjero, se considera pertinente desarrollar previamente los conceptos de función pública y funcionario público, a fin de contar con el contexto en el que se desarrolla la labor de un funcionario público de otro Estado.

A fin de obtener una definición de uso general y de expresa aceptación en el contexto internacional, respecto a lo que se entiende tanto por función pública, como por funcionario público, debemos tener en cuenta las definiciones que establecen los convenios internacionales, para tal efecto tenemos los siguientes:

¹⁶ Conforme a los elementos normativos del delito recogidos comúnmente en las convenciones internacionales anticorrupción, citadas en este trabajo.

Función Pública

La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en Caracas 1996, en su artículo I - Definiciones, establece que, para los fines de la Convención, se entiende por Función pública, *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*¹⁷.

Funcionario Público Extranjero

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ONU en su artículo 2 Definiciones, literal b) entiende que funcionario público extranjero es: *“toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y todo aquel que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”*¹⁸.

De esta manera, tal como se indicó anteriormente, la Convención de la ONU regula una nueva categoría que es el funcionario de una organización internacional pública, es decir la de un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

Por su parte, la Ley de Prácticas Corruptas de los Estados Unidos (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977 (15 USC 78 dd-1), define al funcionario extranjero, como: *“aquel oficial o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia u organismo, o cualquier persona en ejercicio de sus funciones oficiales para o en nombre de tales gobiernos, departamentos o agencias u organismos”*¹⁹.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. México 2013. Naciones Unidas. Oficina contra las Drogas y el Delito. Visitada el 15 de diciembre de 2017 Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

¹⁸ Convención Interamericana contra la corrupción. Caracas 1996. Portal Organización de Estados Americanos. Visitada el 15 de diciembre de 2017 disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

¹⁹ Ley de Prácticas Corruptas de los Estados Unidos de América. Versión extraoficial en español, extraída del Portal de la Oficina de Informaciones de los Estados Unidos de América. Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, Disponible en: http://usinfo.state.gov/esp/Archive_Index/Ley_de_Prcticas_Corruptas_en_el_Extranjero.html Visitada el 15 de diciembre de 2017.

Funcionario o servidor público en el Perú

Para remitirnos a la definición de funcionario público en el Perú, se debe tener en cuenta en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley del Servicio Civil – Ley 30057, Definiciones (²⁰), clasifica a quienes ejercen función pública como funcionarios políticos, de autoridad de gestión y servidores públicos de actividades complementarias y de confianza.

Por su parte la Ley del Código de Ética de la Función Pública – Ley N° 27815, en sus numerales 4.1 y 4.2 del artículo 4°, establecen que:

“4.1 A los efectos del presente Código se considera como servidor público a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado”²¹.

Desde la perspectiva del Derecho Penal, tenemos que el numeral 3° del artículo 425° del Código Penal Peruano, define al funcionario o servidor público como:

“3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”²².

²⁰ Ley del Servicio Civil – Ley 30057. Artículo 3°

- a. Funcionario público.- Representante político o cargo público representativo, ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, aprueba políticas y normas.
- b. Directivo Público.- Servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones en un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. Vocales de tribunales administrativos.
- c. Servidor civil de carrera.- funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de la entidad.
- d. Servidor de actividades complementarias.- funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de la entidad.
- e. Servidor de confianza.- Forma parte del entorno directo o inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos, y cuya permanencia en el servicio está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó.

²¹ Ley del Código de Ética de la Función Pública – Ley N° 27815.
<https://www.presidencia.gob.pe/normas/Ley27815.pdf>. Visitada el 15 de diciembre de 2017.

²² Código Penal. Decreto Legislativo N° 635.
http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf. Visitada el 15 de diciembre de 2017.

De manera concordante, se observa que, para efecto del ejercicio del control gubernamental, como función del Estado, la Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República - Ley N° 27785, contiene la definición siguiente:

“Servidor o Funcionario Público.- Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”²³.

De lo anteriormente expresado se observa que la legislación peruana, desarrolla en términos generales, los principios generales planteados por la legislación internacional que regula la calidad de funcionario y empleado público, remitiéndose en la mayoría de los casos a los términos de las legislaciones nacionales.

De esta manera, podemos observar que uno de los elementos que define la calidad de funcionario o servidor público, es el mantener un vínculo ya sea de índole laboral, contractual o una relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades del Estado y que conforme a ésta, ejerza funciones en dichas entidades, independientemente de la condición laboral o contractual a la que se encuentre adscrito.

1.2 Aplicación en legislaciones nacionales.

Una vez tratado el marco teórico que explica el fenómeno del soborno transnacional, así como la necesidad de afrontar su adecuada regulación, se considera importante, incidir en el tratamiento de algunas experiencias concretas de determinados países en esta materia.

En primer lugar, se apreciará la experiencia pionera de los Estados Unidos de América con la dación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior, así como la regulación del soborno transnacional en el entorno regional y comercial inmediato del Perú, los países integrantes de la Alianza del Pacífico.

²³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Ley N° 27785.
http://doc.contraloria.gob.pe/documentos/TILOC_Ley27785.pdf
Visitada el 10 de diciembre de 2017.

1.2.1 Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior - Estados Unidos - 1977.

El primer y más importante antecedente a tener en cuenta en la regulación del soborno transnacional, es la Ley de Prácticas Corruptas en el exterior de los Estados Unidos de América (*Foreign Corrupt Practices Act*), aprobada durante la administración del Presidente James Carter en 1977, como la primera iniciativa nacional destinada a su regulación, considerándose los conceptos y definiciones por esta empleados, de gran utilidad para el análisis de la regulación del soborno transnacional.

Ley de Prácticas Corruptas - Estados Unidos - 1977.

La Ley de Prácticas Corruptas (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*), constituye el antecedente inmediato de la adopción a nivel nacional de la prohibición a las empresas que operan en determinado país, de sobornar a funcionarios públicos extranjeros, cuyos conceptos son de importancia, tomar en consideración. Consta de dos partes:

Una primera relativa a las disposiciones que regulan los registros contables-control Interno que se aplican a los emisores de valores en los Estados Unidos, denominada **Prácticas prohibidas para emisores en el comercio exterior** (15 USC 78 dd-1), que contiene disposiciones contra el soborno y la manera en la que deben administrar los libros y registros los emisores de valores en los Estados Unidos, durante el desarrollo de sus actividades de comercio exterior, aspecto que permite inclusive ampliar su aplicación en el exterior.

La segunda parte de la Ley, que entendemos se aplicaría con mayor precisión a la materia del presente análisis, es la relativa a las **Prácticas prohibidas para las empresas locales en el comercio exterior** (15 USC 78-dd2).

En esta parte, la FCPA establece la prohibición a las empresas locales o a sus integrantes, “*sea funcionario, director, empleado o agente o accionista de esta empresa, que, actuando en su nombre, intervenga en el comercio internacional, ofreciendo pago, promesa, regalos, o autorización de entrega de cualquier cosa de valor, a:*

Cualquier funcionario público extranjero con el propósito de:

- (i) *influir sobre cualquier acto o decisión en el ejercicio de sus competencias*
- (ii) *inducirlo a hacer u omitir cualquier acto en violación de sus deberes legales, o a usar su influencia con gobierno u organismo extranjero para modificar o influir en cualquier*

acto o decisión, para ayudar a su empresa a obtener o conservar un negocio o dirigirlo hacia cualquier persona”²⁴.

Al respecto, estimamos que esta última disposición citada constituye un añadido importante de la FCPA, pues incide en que se incluya también dentro de su alcance, a toda aquella persona que conozca que el dinero o bienes susceptibles de valor económico, serán ofrecidas, entregadas o prometidas al funcionario público extranjero, para los propósitos anteriormente señalados²⁴.

Otro aspecto que se debe destacar en la FCPA es que en su rubro C. relativo a las causales de defensa, se establece que el pago, regalo, ofrecimiento o promesa de cualquier cosa de valor que fuere legal en el país del funcionario extranjero, partido político, funcionario o candidato, o que constituya un gasto razonable y de buena fe²⁵.

Entendemos que queda a criterio de la jurisprudencia, determinar el alcance de los conceptos de “gasto razonable” y de “buena fe”, a fin de evitar se recurra a interpretaciones distorsionadas que permitan, en su caso, el abuso y la arbitrariedad en el uso de esta práctica.

En cuanto al régimen de sanciones, que establece la FCPA en el rubro g), tenemos un régimen diferenciado que discierne la sanción y consecuentemente se aplica, según el agente que incurre en la conducta, el cual se plasma de la siguiente manera:

- Para la empresa local: multa, penalidad civil.
- Para el director o accionista que actúa en su nombre: multa, prisión o ambas.
- Para el director, empleado o agente de empresa local, ciudadano de Estados Unidos, residente sujeto a su jurisdicción: multa o prisión.
- Para el director, empleado o agente de empresa local, o accionista que actúa en su nombre: penalidad civil²⁶.

En este punto, consideramos necesario destacar el régimen diferenciado que la FCPA configura para imponer sanciones a los diversos partícipes de las prácticas de soborno. Se considera a dicho efecto, el nivel de responsabilidades propias que corresponde a cada nivel de representación en el caso de una empresa, o el desempeño

²⁴ Ley de Prácticas Corruptas de los Estados Unidos de América. Ob cit. Prácticas prohibidas para las empresas locales en el comercio exterior (15 USC 78-dd2). Visitada el 15 de diciembre de 2017.

²⁵ Ley de Prácticas Corruptas de los Estados Unidos de América. Ob Cit. (15 USC 78-dd2) Rubro c. Visitada el 15 de diciembre de 2017.

²⁶ Ley de Prácticas Corruptas de los Estados Unidos de América. Ob Cit. (15 USC 78-dd2) Rubro g. Visitada el 22 de diciembre de 2018.

de la función o cargo, así como su propia capacidad para responder a las consecuencias que originen sus actos fraudulentos.

De esta manera, se puede apreciar que los partícipes de estos actos de corrupción, son pasibles de asumir sanciones de índole pecuniaria, como la multa o una penalidad civil y penal.

En concierne al régimen de sanciones previsto en la FCPA, en el numeral 3 del literal c del rubro g Penalidades, debemos tener en cuenta además como hecho destacable, que la multa a ser impuesta a un funcionario, director, empleado, agente, o accionista de una empresa local; no sea pagada, directa ni indirectamente, por dicha empresa.

Consideramos sobre el particular, que de darse esta práctica objeto de la prohibición citada anteriormente, representaría una distorsión en la aplicación de la ley, pues sería la propia empresa la que convalidaría el accionar irregular de sus representantes o empleados. Esta situación, no debiera suceder en ningún caso.

En cuanto al alcance de la FCPA, cabe manifestar que desde su emisión en 1977 durante la administración Carter, sus disposiciones antisoborno se aplican a todas las personas de Estados Unidos. Posteriormente, con la promulgación de determinadas modificaciones en 1998 durante la administración Clinton, dirigidas a perfeccionarla, sus disposiciones, se extienden a las empresas extranjeras y las personas que causan, directa o mediante terceros, un acto en apoyo de tal pago corrupto que se produzca en el territorio de los Estados Unidos²⁷.

Carlos Manfroni entiende al respecto, que la FCPA *“ha entendido que la deslealtad en el comercio internacional consiste en la obtención o conservación de un negocio mediante medios que son ilegítimos según la legislación del país donde se producen los actos”*²⁸.

Con ello, consideramos que con la emisión y aplicación de la ley norteamericana sobre el soborno transnacional, se dio inicio a la aprobación de medidas destinadas a preservar el equilibrio de posiciones entre las partes que intervienen en un negocio internacional (empresas), para luego, bajo su influencia, proyectarse a otros países y luego a su adopción en acuerdos internacionales multilaterales, en el que interviene directamente los Estados.

²⁷<http://www.antilavadodedinero.com/antilavadodedinero-recursos-articulo.php?id=146&title=conozca-sobre-la-ley-de-practicas-corruptas-en-el-extranjero-fcpa> Visitada el 18 de enero de 2019.

²⁸ Manfroni, Carlos A. Ob Cit pag 63.

En relación a la Jurisprudencia de FCPA

En torno al análisis de la jurisprudencia de tribunales de los Estados Unidos, Héctor Gadea Benavides, en torno a la aplicación del Foreign Corrupt Practice Act, hace un estudio de pronunciamientos emblemáticos de estos tribunales, en los que describe la aplicación de los elementos constitutivos del soborno transnacional²⁹.

De esta manera, el citado autor al analizar los elementos del cohecho activo transnacional, describe el marco de prohibiciones de la FCPA, indicando que la norma prohíbe el pago de funcionarios públicos extranjeros con el propósito de:

- (I) *“Influenciar al funcionario público en un acto de decisión en el ejercicio de sus funciones,*
- (II) *Inducir al funcionario a realizar u omitir realizar algún acto en violación a los deberes que emanan de su cargo y,*
- (III) *Asegurar una ventaja indebida en el extranjero”*³⁰.

Concluye el autor, entre otros puntos en: *“Los criterios de competencia estadounidenses son muy amplios y comprenden a empresas extranjeras que no hayan cometido actos de corrupción en Estados Unidos, si se encuentran cotizadas en alguna de sus bolsas de valores o a empresas extranjeras no cotizadas en Estados Unidos cuyo pago indebido haya tenido un mínimo contacto con su territorio en otras circunstancias”*³¹.

Para sustentar esta posición y analizar los elementos normativos, el Gadea Benavides describe dos casos que fueron objeto de pronunciamiento de los tribunales de los Estados Unidos en relación a los alcances en la aplicación de la FCPA.

Los casos citados por Gadea Benavides, son:

1. United States v Burkle (2nd Cir 2011).
Caso relativo a la privatización de empresas públicas en Azerbaiyán (específicamente la empresa petrolera SOCAR). El gobierno otorgó vouchers a sus nacionales para participar en la compra de acciones de las empresas a privatizar. A dicho efecto, el ciudadano checo Víctor Kozeny constituyó en los Estados Unidos una empresa (Oily Rock) destinada a comprar dichos vouchers (adquirió algunos por US\$ 200 millones) y participar así en el proceso privatizador.

²⁹ Gadea Benavides, Héctor. El Foreign Corrupt Practice Act y la responsabilidad penal de la empresa. Themis Revista de Derecho. N° 68° Diciembre de 2015. Páginas: 153-162 https://app.vlex.com/#WWW/vid/651876997/graphical_version.

³⁰ Gadea Benavides, Ob. Cit. pag. 155.

³¹ Gadea Benavides, Ob. Cit. pag. 162.

En el entendido que la privatización de la empresa requería de una decisión política, Kozeny emprendió negociaciones con funcionarios gubernamentales, llegando a pagar “cupos de entrada” de entre 8 y 12 millones de dólares, ofreciendo a dichos funcionarios parte de las ganancias de la empresa privatizada, y permitiéndoles suscribir acciones de Oily Rock.

Ante la mayor demanda de capital, el ciudadano Frederic Burkle invirtió 8 millones de dólares en Oily Rock, convirtiéndose en accionista minoritario. Finalmente, no se llegó a privatizar la empresa checa.

El departamento de Justicia de los Estados Unidos decidió investigar el caso, brindó investigación contra la empresa y sus accionistas. El ciudadano Bourkle fue el único que decidió presentarse a juicio siendo condenado a un año de cárcel y la pago de un millón de dólares por infringir la FCPA³².

Problemática.-

El autor citado indica que la corte se pronunció por la existencia de los elementos del delito de soborno transnacional, en razón a lo siguiente:

1. Oily Rock era una empresa estadounidense que hizo transferencias en dólares, fuera de los Estados Unidos (elemento nacionalidad).
2. Los montos transferidos a Azerbaiyán fueron con la finalidad de asegurar un negocio internacional (compra de la empresa petrolera estatal).
3. Kozeny conocía que entregaba dinero a funcionarios públicos extranjeros, con el ánimo de corromperlos³³.

El problema radica en la situación de Bourkle quien apela la decisión de la corte, aduciendo fundamentalmente que él no tenía poder de decisión en las acciones de la empresa. Sin embargo la Corte postuló la tesis de la ignorancia deliberada a la que se sometió este personaje, “*considerando la sumatoria de una serie de indicios:*”

1. Era consciente del nivel de corrupción en Azerbaiyán.
2. Conocía la reputación de Kozeny como el “Pirata de Praga”.
3. Creó empresas “off shore” para invertir en Oily Rock para no involucrarse, ni tener conocimiento de sus operaciones.
4. Consultó con sus abogados si tendría responsabilidad penal por los sobornos por parte de empresas en las que invertía pero no administraba³⁴.

³² Gadea Benavides, Ob. Cit. pag. 156.

³³ Gadea Benavides, Ob. Cit. pág. 157.

El autor concluye en el razonamiento de los tribunales norteamericanos respecto a los elementos que denotan la extensión de la competencia de los tribunales norteamericanos para aplicar las FCPA³⁵. Situación, que a nuestra perspectiva tiene un carácter amplio, pues abarca una serie de supuestos, que incluyen el lugar de constitución de una empresa, el ámbito de sus operaciones y actividades delictivas, sino incluso de sus cotizaciones en bolsa.

Asimismo, a la luz de la jurisprudencia bajo estudio, se evidencia el esfuerzo de los tribunales norteamericanos por interpretar y construir una teoría extensiva respecto del conocimiento de los hechos ilícitos o fraudulentos, incidiendo en la posibilidad de conocerlos, como la denominada “ignorancia deliberada” por parte del agente bajo investigación; tesis que no necesariamente es recogida por los tribunales peruanos que requieren acreditar el conocimiento efectivo de los hechos materia del investigación por parte del personaje sujeto a investigación para proceder al deslinde de responsabilidad penal.

2. United States v Esquenazi (11th Cir 2014).

El segundo caso de jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos en la aplicación de la FCPA, citado por Gadea Benavides es el de la empresa Terra Comunicaciones fundada por Joel Esquenazi y Carlos Rodríguez en el Estado de Florida, cuya actividad consistía en adquirir minutos de telefonía a proveedores extranjeros y posteriormente revenderlos a sus clientes en los Estados Unidos. Uno de sus principales proveedores era la empresa Telecommunications D’ Haiti Sam (Teleco), que ejercía un monopolio en el servicio de comunicaciones otorgado por el gobierno haitiano.

En el año 2001 Terra tenía una deuda de US \$ 400,000 con Telecom. A pedido de Esquenazi Teleco accedió a reducir la deuda a cambio de sobornos. Terra pagó entre el 2001 y 2015 a funcionarios de Teleco más de US\$ 800,000 a cambio de continuar su relación comercial con una rebaja en la contraprestación por más de US 2 millones de dólares.

Los socios de Terra fueron condenados a 15 y 7 años de prisión respectivamente³⁶.

³⁴ Gadea Benavides, Ob. Cit. pág. 157.

³⁵ Gadea Benavides, Ob. Cit. pág. 157.

³⁶ Gadea Benavides, Ob. Cit. pág. 157.

Problemática.-

Ambos personajes apelaron la sanción que les fuera impuesta, arguyendo que los directivos de Teleco no eran funcionarios públicos extranjeros, pues se trataba de funcionarios de empresas y por tanto, fuera del alcance de la FCPA. Por lo que se abre la discusión sobre el alcance de esta norma respecto del concepto de funcionario público extranjero.

Ante esta situación, Gadea Benavides refiere que el Undécimo Circuito Federal de Apelaciones interpretó la FCPA desde la perspectiva de la Convención antisoborno de la OCDE, que incluye dentro de la definición de funcionario público extranjero a quienes trabajan en las empresas estatales.

El autor indica que la mencionada Corte de Apelaciones, *“realiza un test para saber si la empresa es controlada por el gobierno extranjero y si cumple una función gubernamental.*

Para determinar si es controlada se debe verificar:

- (I) La designación formal de la entidad*
- (II) Si el gobierno tiene la mayoría de acciones o si mantiene el control de la administración.*
- (III) Hasta donde el gobierno trata las finanzas de la empresa como propias y capitaliza a la empresa cuando la necesita.*
- (IV) La cantidad de tiempo en que persisten estos factores.*

Para determinar si cumple una función gubernamental:

- (I) Si la empresa es un monopolio.*
- (II) Si provee servicios al público en general.*
- (III) Si la empresa es subsidiada por el gobierno, y,*
- (IV) Si existe una percepción pública de que la empresa presta servicios gubernamentales”³⁷.*

Se aprecia la importancia del esfuerzo interpretativo de los tribunales norteamericanos en dar contenido a la aplicación de la FCPA en temas tan importantes que se le presentaron en el desarrollo de la casuística; tales como la definición de funcionario público extranjero, así como el de empresa pública extranjera, para permitir así, la aplicación de la mencionada normativa.

Al respecto, consideramos que en su gran mayoría los elementos empleados revisten un carácter objetivo, salvo en el caso de que para determinar si la empresa cumple una función gubernamental, se inserta como elemento que denota esta característica, la percepción de ciudadanía de que presta servicios gubernamentales, que contiene un carácter eminentemente subjetivo, que a nuestro concepto dificulta su aplicación.

³⁷ Gadea Benavides, Ob. Cit. pág. 158.

De esta manera, entendemos que el criterio empleado por la jurisprudencia norteamericana, se aleja de los parámetros objetivos que requiere la legislación peruana para imputar responsabilidad penal.

1.2.2 Regulación del soborno transnacional en los países de la Alianza del Pacífico: Colombia, México, Chile.

Una vez comentada la legislación de los Estados Unidos de América, que fue pionera en la regulación en el ámbito nacional del soborno transnacional, consideramos importante continuar con el análisis de las experiencias nacionales en la materia, procediendo a examinar la normativa que regula esta figura en algunos de los países que mantienen especial relación comercial con el Perú.

Es el caso de los países integrantes de la Alianza del Pacífico, como Colombia, Chile, México, con quienes el Perú, no solo mantiene proximidad geográfica, cultural, e intereses económicos y comerciales similares, sino que convienen en su conjunto, en constituir un mecanismo de colaboración regional en el que se articulan una serie de medidas de carácter político, económico, de cooperación e integración³⁸.

Para dicho efecto, se aborda la normativa que regula el soborno transnacional en los países que integran la Alianza del Pacífico, que como en el caso de los demás países de la región, viene incorporando progresivamente en sus legislaciones penales, mediante reformas, la regulación del soborno transnacional, en concordancia con las disposiciones pertinentes que forman parte de los tratados internacionales anticorrupción, de las que son miembros.

1.2.2.1 Chile

Es miembro de las principales Convenciones Internacionales Anticorrupción, como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU), la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA), así como la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³⁹.

³⁸ Portal de la Alianza del Pacífico. Disponible en: <https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/>, visitada el 12 de marzo de 2018.

³⁹ Portal Anticorrupción.cl disponible en: http://www.anticorrupcion.cl/web_site/appmanager/portal/main?_nfpb=true&_pageLa bel =page_Legisl, visitada el 20 de abril de 2018

En cuanto a la legislación nacional, la Ley N° 19.829 de 30 de septiembre de 2002, modifica el Código Penal en relación al delito de Cohecho de funcionario público extranjero, mediante un artículo único que introduce, textualmente, lo siguiente:

“Soborno transnacional. “Artículo 250 bis A.- El que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales, será sancionado con las mismas penas de reclusión, multa e inhabilitación de inciso primero del artículo 248 bis., será castigado el que ofreciere dar el beneficio a funcionario público extranjero por haber realizado o haber incurrido en acciones u omisiones señaladas”.

El que, en iguales hipótesis a las descritas, consintiere en dar el referido beneficio, pena de reclusión menor en su grado mínimo, multa e inhabilitación”⁴⁰.

Asimismo, la citada norma define la calidad de funcionario público extranjero, de la siguiente manera:

“Artículo 250 bis B.- funcionario público extranjero: toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, nombrada o elegida, persona que ejerza una función pública para un país extranjero, dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público, el funcionario o agente de una organización pública internacional.”⁴¹

Aspectos relevantes.-

Es importante tener en cuenta que la legislación chilena precisa en su regulación de la figura del soborno transnacional, que también está comprendida dentro de su alcance, aquella persona que ofreciere dar el beneficio económico a un funcionario público de otro país, por haber realizado o haber incurrido en acciones u omisiones señaladas por la normativa para dicho efecto.

⁴⁰ Portal de la Organización de Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res64.pdf, visitada el 02 de mayo de 2018

⁴¹ Portal de la Organización de Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res64.pdf, visitada el 02 de mayo de 2018

Es decir, la norma materia de análisis, no sólo se queda en la posibilidad de otorgar a futuro el soborno para que el funcionario público extranjero realice un acto con posterioridad, como lo denotaría el término “ofrecer”; sino que también lo extiende a que la entrega del propio beneficio pueda ser con posterioridad, inclusive a la comisión u omisión de actos en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, la legislación chilena regula que el otorgamiento del soborno, pueda ser con anterioridad, o posterior al accionar del funcionario sobornado.

Asimismo, la normativa bajo análisis comprende el supuesto de aquel agente (tercero) que, en las mismas condiciones descritas para el agente que actúa directamente para promover su propio interés o el de su empresa, consintiere en dar el referido beneficio. Con esta práctica a nuestro entender, se abre la posibilidad de regular y sancionar el accionar de los intermediarios en este tipo de actividades.

En relación a la condición de funcionario público extranjero, tal como se señalara anteriormente, la legislación chilena incluye a toda persona que tenga la condición de nombrada o elegida. Con ello, encontramos que la diferencia expresamente de aquella persona que ejerza efectivamente una función pública para un país extranjero.

Por otro lado, la normativa chilena extiende su alcance comprendiendo dentro del concepto de funcionario público extranjero, a quien se desempeñe, no solo en un organismo público o en una empresa de servicio público de otro país, sino que también se incluye al funcionario o agente que se desempeña en una organización pública internacional.

1.2.2.2 México

El Código Penal Federal cuyo texto vigente, fue publicado el 14 de agosto de 1931 y reformado el 18 de mayo de 1999, en el Título Décimo: Delitos por hechos de corrupción (reformado el 18 de julio de 2016), comprende el Capítulo XI: Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros, en su artículo 222 bis, indica textualmente lo siguiente:

*“**Soborno transnacional.** Al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios:*

- I. *A servidor público extranjero para gestionar o abstenerse de gestionar tramitación o resolución de asuntos relativos a funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;*
- II. *A servidor público extranjero para la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o*
- III. *A cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero y le requiera o le proponga llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último”⁴².*

El citado dispositivo del Código Penal Federal mexicano también define al funcionario público extranjero, de la siguiente manera:

“Servidor público extranjero: *persona que ostente u ocupe un cargo público considerado así por la ley respectiva, en los órganos legislativo, ejecutivo o judicial de un Estado extranjero, incluyendo agencias o empresas autónomas, independientes o de participación estatal, en cualquier orden o nivel de gobierno, así como cualquier organismo u organización pública internacionales”.*

Aspectos relevantes.-

Resulta interesante considerar la descripción que la normativa mexicana, realiza respecto de las conductas que denotan el soborno transnacional.

En principio, en relación a los fines que con el otorgamiento del soborno se pretende lograr en la conducta del servidor público extranjero.

En primer lugar, tenemos la destinada a gestionar o abstenerse de intervenir en el trámite o en la resolución de asuntos propios de su función pública. Esto concuerda con la mayoría de las legislaciones, que se refieren al propósito de incidir en el propio ámbito de funciones de quien es objeto de soborno.

⁴² Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo83048.pdf>. Visitada el 02 de mayo de 2018

En segundo término, la que reviste mayor atención a nuestro concepto, es la relativa al soborno que se propone la tramitación o resolución de cualquier asunto que, inclusive se encuentre fuera del ámbito de las funciones que son inherentes al ejercicio del empleo, cargo o comisión del funcionario que fuera objeto del soborno.

Es importante destacar que este último constituye un aspecto, que no se encuentra regulado en otras legislaciones, pero que entendemos contribuye a abordar con mayor extensión las posibilidades de regulación de los alcances de las conductas que denotan el soborno transnacional.

Sin embargo, consideramos que requiere establecerse previamente, cuáles serían los parámetros para definir cuáles son los ámbitos fuera de su competencia, que a nuestro concepto serían los directamente relacionados a las actividades del funcionario objeto de soborno, o al negocio internacional.

Por último, en relación al régimen de sanciones, la normativa mexicana establece su aplicación a las personas jurídicas, consistentes en multa, o en el caso de las más graves, la suspensión o inclusive la disolución de las mismas.

Es importante destacar en este punto, el hecho que que las sanciones a las personas jurídicas se imponen en función fundamentalmente al nivel de conocimiento que tuvieran de sus órganos de administración, respecto a la práctica de soborno efectuada y el daño causado o el beneficio obtenido, como factores a considerar.

1.2.2.3 Colombia

El Código Penal aprobado por la Ley N° 599 de 24 de julio de 2000, en su artículo 433°, modificado por el artículo 30° de la Ley N° 1718 Ley por la cual se dictan Normas sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, 02 de febrero de 2016, así como otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, define lo siguiente:

“Soborno transnacional: El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve a quince años, inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo

Servidor público extranjero: *Toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar su condición de nombrado o elegido. También se aplica a quien ejerce función pública en las mismas condiciones en un organismo público, empresa del Estado o entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera; asimismo se considera a cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional*⁴³.

Responsabilidad de las personas jurídicas. *La citada Ley N° 1778 por la que se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, regula entre otros aspectos, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que participan de actos de soborno transnacional*⁴⁴.

Aspectos relevantes.-

La normativa colombiana al definir el soborno transnacional introduce el hecho que su otorgamiento a un funcionario público extranjero no solo sea en provecho propio de quien lo realiza, sino que inclusive su accionar pueda ser en favor de un tercero, que no participe en los hechos.

Asimismo, establece que esta conducta esté dirigida a lograr que el funcionario en mención, realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones, es decir se pone en todos los planos del ejercicio de la función pública, incluyendo la propia realización de las funciones asignadas, recibiendo un pago

⁴³ Ley N° 1778 Ley por la cual se dictan Normas sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción de 02 de febrero de 2016. disponible en: <http://occp.co/sites/all/files/Ley%201778%20del%202016.pdf> Visitada el 01 de febrero de 2018

⁴⁴ Ley N° 1778 de 02 de febrero de 2016 Ob. Cit. Artículo 2

irregular para dicho efecto. Asimismo, se vincula la práctica del soborno a la existencia de un negocio o transacción internacional.

La normativa considera como servidor público extranjero a quien tenga un cargo en los poderes del Estado, o una jurisdicción extranjera, organismo público, empresa del Estado o entidad donde el Estado tenga poder de decisión, incluyendo a los que desarrollan funciones en una organización pública internacional.

En este punto, debe destacarse que el concepto comprende como servidor público extranjero, a quien detente un cargo público en alguna empresa o entidad donde el Estado tenga poder de decisión, específicamente una “empresa del Estado o entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado”⁴⁵.

A dicho efecto, debe definirse la forma de ponderar el grado de influencia o capacidad en la toma de decisiones por parte del Estado en estas entidades. alguna de ellas sería por mandato legal, capacidad accionaria, composición del directorio u órgano de decisión, entre otras.

En relación al régimen de sanciones, encontramos que las penas son impuestas por la Superintendencia de Sociedades, organismo al que se otorga un rol protagónico en la interpretación de la normativa y en el desarrollo del procedimiento sancionador.

Este organismo se encuentra inclusive empoderado con la potestad de desarrollar actividades de asistencia recíproca internacional, apelando para ello, a los mecanismos nacionales e internacionales previstos por la normativa nacional e internacional.

En lo que concierne a la responsabilidad de las personas jurídicas, es el caso comentar que la citada Ley N° 1778, dictada durante la administración de Presidente Juan Manuel Santos, en el marco del proceso de incorporación de Colombia a la Organización en la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); en su artículo 1° otorga a la Superintendencia de Sociedades, la potestades de interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos por ella previstos⁴⁶.

Asimismo, la ley contempla imposición de determinadas sanciones para las personas jurídicas, tales como: multa, inhabilitación para contratar con el Estado, publicación de la sanción impuesta en

⁴⁵ Código Penal Colombiano. Ley N° 599 de 24 de julio de 2000, Artículo 433°, modificado por el artículo 30° de la Ley N° 1718 de 02 de febrero de 2016.

⁴⁶ Ley N° 1778. Ob. Cit. Artículo 1.

medios del alta circulación y en la página web de la empresa, así como la prohibición de recibir incentivos o subsidios del gobierno (artículo 5°)⁴⁷.

Es importante destacar la elección de este tipo de sanciones, en razón a que más allá de imponerse una sanción netamente pecuniaria, como es el caso de la multa; la normativa colombiana establece también una serie de medidas de carácter administrativo, como: la inhabilitación para contratar con el Estado, la publicación de la sanción en los medios de comunicación y en los portales informáticos de la empresa.

Estas sanciones están dirigidas a afectar directamente, no solo el prestigio de la empresa en la sociedad y sus actividades en el mercado, sino también perjudica (mediante prohibición expresa) su capacidad de contratar con el Estado.

En este sentido, se inscribe con un carácter complementario, la prohibición de aquellas empresas encontradas como responsables del soborno transnacional, de recibir incentivos o subsidios del gobierno, dentro de sus políticas de fomento al desarrollo de las actividades comerciales e industriales.

En relación al accionar los diversos integrantes de las personas jurídicas, el artículo 2° de la Ley 1718, dispone sanciones a aquellas que por medio de sus empleados, contratistas, administradores, o asociados, incluyendo a los propios de la empresa, o a los de cualquier persona jurídica subordinada incurrir en actos de soborno a funcionario público extranjero⁴⁸.

Se advierte al respecto, que la normativa incluye la responsabilidad de la persona jurídica que lo hace “por medio” de sus integrantes, asumiendo a nuestro concepto que lo hacen en su representación o para promover ilegalmente sus intereses comerciales, vinculándola siempre a un negocio internacional.

La conducta observada por la normativa colombiana incluye los actos de dar, ofrecer o prometer, siendo en este último punto que asume la existencia de un compromiso a futuro, a cambio de que el servidor público extranjero, en su caso, realice, omita, o retarde, algún acto vinculado al ejercicio de sus funciones⁴⁹.

⁴⁷ Ley N° 1718. Ob Cit. Artículo 5.

⁴⁸ Ley N° 1718. Ob Cit. Artículo 2.

⁴⁹ Ley N° 1718. Ob Cit. Artículo 2.

Acorde a lo expresado, se aprecia que el accionar de los integrantes de una persona jurídica, se asimila al régimen establecido para cualquier agente que otorga un soborno, dado que lo importante es la conducta que se pretende lograr asuma el funcionario público extranjero, es decir la desviación de su conducta en el ejercicio de sus funciones, para promover finalidades ajenas a éstas.

Es importante destacar además el hecho que el artículo 19° de la ley, contempla el otorgamiento de beneficios por colaboración oportuna y de utilidad para las investigaciones, para los participantes en las prácticas de soborno, consistentes en la exoneración total o parcial de la sanción.

Para dicho efecto, se debe establecer claramente que se entiende para el otorgamiento de beneficios, la colaboración oportuna y de utilidad para las investigaciones, y si es que se requiere el reconocimiento previo de la participación y responsabilidad en los hechos observados por parte del colaborador eficaz.

En todo caso, estimamos que esta medida constituye un elemento valioso para respaldar la investigación de prácticas de soborno por parte de las personas jurídicas, permitiendo la identificación y sanción de los verdaderos responsables.

Un tema de especial interés contemplado por la legislación colombiana en la materia, lo constituye la incorporación del concepto del control de la persona jurídica, en el parágrafo III del artículo 2° de la Ley, señala que no se aplica responsabilidad para el asociado o accionista que no ostente o ejerza el control de la persona jurídica, pues en este caso, entendemos que no tendría participación en la toma de decisiones de ésta⁵⁰.

Otro aspecto importante de destacar en la legislación colombiana, lo constituye la asistencia jurídica recíproca. De esta forma el artículo 24° de la citada ley, dispone que para el desarrollo de sus actuaciones administrativas, la Superintendencia de Sociedades podrá acudir a los mecanismos de asistencia jurídica recíproca internacional previstos en el artículo 9° de la "Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales", aprobada por la Ley 1573 de 2012⁵¹.

⁵⁰ Ley N° 1718. Ob Cit. Artículo 2.Parágrafo III

⁵¹ Ley N° 1778 Ob Cit. Artículo 24.

En consecuencia, de la revisión de la normativa que regula el soborno transnacional por los países integrantes de la Alianza del Pacífico, se observa el esfuerzo desplegado para adecuarse a los términos que establecen los tratados internacionales anticorrupción, de los que junto con el Perú, forman parte.

En ese sentido, proceden entre otros elementos normativos, a incorporar en su legislación penal la definición de esta figura de corrupción internacional, incluyendo sus alcances y conductas a ser sancionadas, así como también la de funcionario público extranjero.

Es el caso señalar que los elementos propios que perfilan el tipo de delito, son semejantes en cada legislación, en la medida que recogen los elementos de las definiciones que obran en los tratados internacionales.

Se coincide en términos generales en el sujeto activo, que es abierto, es decir que abarca a toda persona que otorgue un soborno. Las conductas objeto que describen el delito son similares en las legislaciones objeto del presente análisis, básicamente en el hecho de ofrecer, prometer o entregar dinero u otro objeto de valor económico, a un funcionario público extranjero, para obtener un beneficio en un negocio de carácter internacional.

En lo que concierne a la definición de funcionario público extranjero, ésta abarca a quien presta servicios en alguna organización gubernamental de otro país, u organismo internacional.

Sin embargo, más allá de las coincidencias anotadas, cabe señalar la existencia de algunas particularidades propias de la legislación de cada país, que a nuestro concepto deben destacarse:

En relación a la definición de la conducta, tal como se puede apreciar la normativa colombiana añade como elemento el retardo del funcionario público extranjero a la realización u omisión de deberes funcionales. Por su parte, la legislación mexicana al regular el objeto del soborno transnacional, incluye aquellas funciones que son propias del empleo, cargo o comisión del funcionario, o que se encuentren fuera del ámbito de dichas funciones, alcanzando inclusive a los intermediarios, en el primero de los casos.

Sobre la calificación de quien es funcionario público extranjero, la legislación mexicana precisa que el cargo público es considerado como tal por la ley nacional, incluye entes autónomos o de participación estatal, en todo gubernativo.

La normativa colombiana en el artículo 35° de la referida ley, requiere a la Superintendencia de Sociedades desarrollar procedimientos y aplicar sanciones administrativas a personas jurídicas y que en sus actuaciones acuda a los mecanismos de

ayuda jurídica recíproca internacional que se encuentren contemplados en la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros⁵².

A manera de conclusiones del presente capítulo, se puede apreciar lo siguiente:

1. Es importante considerar los diversos contenidos que reviste el bien jurídico tutelado en el soborno transnacional. El primero, de proyección interna, es el correcto funcionamiento de la administración pública del país a cuyos funcionarios se entrega un soborno.

Esta postura, sin embargo, incide en proteger a la administración pública de otro país, donde no es competente el Estado que regula. Una segunda, de proyección externa, es la lealtad en el comercio internacional, para cuya protección los Estados convienen, primero unilateralmente, luego vía multilateral, mediante tratados, en preservar la equidad las reglas de juego en este escenario.

2. Respecto de las legislaciones nacionales, la Foreign Corrupt Practice (Act - FCPA) de los Estados Unidos constituye el primer avance a este nivel en prohibir y sancionar el soborno de funcionarios públicos extranjeros por parte de sus nacionales y las personas jurídicas que operan en su territorio.

La FCPA dio inicio a la aprobación de medidas destinadas a preservar el equilibrio de posiciones entre las partes que intervienen en un negocio internacional (empresas), para luego, proyectarse a su adopción en acuerdos internacionales multilaterales, por parte de los Estados.

Al regular el soborno transnacional incluye dentro de sus alcances, al que conozca que el dinero o bienes a ser ofrecidos, entregados o prometidos al funcionario público extranjero, son para los fines del soborno. Además considera como causal de defensa, que la prestación materia del soborno, sea legal en el país del funcionario extranjero o un gasto razonable y de buena fe.

Se establece un régimen diferenciado para establecer la responsabilidad de cada nivel de representación en una persona jurídica, o el desempeño de la función o cargo, así como la capacidad de respuesta del autor a las consecuencias de sus actos, factor desarrollado por la jurisprudencia de dicho país. Asimismo, es destacable, que la multa impuesta a un agente de una empresa local, no es pagada por ésta.

⁵² Ley N° 1718. Ob Cit. Artículo 35.

3. En relación a la regulación del soborno transnacional en los países de la Alianza del Pacífico, se observa el esfuerzo desplegado por sus gobiernos para adecuarse a los términos que establecen los acuerdos internacionales anticorrupción de los que junto con el Perú, forman parte. Por ello, proceden a incorporar la definición de esta figura de corrupción, incluyendo sus alcances.

Existe gran coincidencia en las legislaciones anotadas para regular el soborno transnacional en la medida que los estados de los países anotados, acogen y se adaptan a los modelos adoptados en las citadas convenciones internacionales anticorrupción. Sin embargo, se destacan algunas particularidades en las normativas nacionales, que sirven para enriquecer el análisis a nivel de la legislación comparada.

4. El soborno transnacional tiene una incidencia negativa en el normal desarrollo del comercio internacional, dado que altera las reglas de juego entre los partícipes de un negocio internacional, perjudicando las condiciones de equidad para favorecer intereses ajenos a los de los Estados. Esta situación demanda una serie de retos para los Estados para regular adecuadamente este fenómeno corruptor.



CAPÍTULO 2

LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Una vez planteado el marco teórico del soborno transnacional que permita su mejor comprensión y regulación, así como entender sus repercusiones en el normal desarrollo del comercio internacional, encontramos la necesidad de su adecuada regulación en las legislaciones nacionales. Asimismo, con este propósito, se tomó como referencia algunas experiencias de determinados países en la materia, como la de los Estados Unidos de América y de los países integrantes de la Alianza del Pacífico.

En este orden de ideas, el presente Capítulo 2, pretende realizar un estudio del tratamiento que se brinda al soborno transnacional en los principales convenios internacionales anticorrupción de los que forma parte el Perú, como la Convención de las Naciones Unidas contra Corrupción, Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención que regula el soborno transnacional adoptada por los países miembros de la OCDE.

2.1 Instrumentos internacionales anticorrupción que regulan la figura del soborno transnacional

Es importante tener en cuenta el rol de las convenciones internacionales y regionales que los Estados han venido adoptando y aplicando, producto de un consenso internacional acerca de la necesidad de contar con esfuerzos comunes para luchar contra la corrupción nacional e internacional, en el que una de sus principales manifestaciones es el soborno transnacional.

Para ello, las convenciones internacionales, incorporan una serie de principios generales, definiciones comunes sobre los elementos a tomar en cuenta en esta tarea y mecanismos de aplicación que les permitan desplegar un trabajo conjunto.

Esta toma de conciencia internacional acerca de la problemática planteada y la correspondiente adopción de estos instrumentos internacionales anticorrupción, refleja todo un proceso de convencimiento de las naciones unificar criterios y normativas nacionales, para hablar un lenguaje común y adoptar acciones conjuntas de cooperación *jurídica* y *judicial*, como dice Eduardo Crespo:

“alejándose de la resistencia de los Estados a admitir controles externos que afecten su núcleo de soberanía –especialmente en materia jurídico –

*penal (...) y que puedan eventualmente evaluar el funcionamiento de las instituciones públicas internas*⁵³.

De este modo, tanto la Convención de la OCDE, como la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción han desplegado mecanismos de control y seguimiento de la aplicación de sus disposiciones por parte de los estados signatarios de las mismas, tal como se podrá apreciar continuación.

2.1.1 Convención para prevenir el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. 17 diciembre 1997.

La Convención de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) para Combatir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora constituida para tal efecto, el 21 de noviembre de 1997, es un acuerdo internacional vinculante, para los cuarenta (40) países que la han ratificado.

En este instrumento internacional, los estados parte convienen en establecer como delito el cohecho de un servidor público extranjero en su legislación nacional e implementar políticas efectivas para evitar, detectar, investigar y sancionar el cohecho internacional⁵⁴. Para el enfoque materia de nuestro interés, formaron inicialmente parte del tratado: Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México.

Al respecto, es el caso señalar que recientemente, el Perú culminó el proceso de negociaciones e incorporación correspondiente al citado tratado. Razón por la cual, es obligatoria su aplicación para el país, siendo por tanto sus conceptos y medidas complementarias, de obligatorio cumplimiento y de utilidad para reforzar el presente análisis.

Para el mejor análisis de la Convención OCDE, procedemos al tratamiento de determinados aspectos de importancia, que se expone a continuación:

⁵³ Crespo, Eduardo Demetrio, corrupción y delitos contra la corrupción pública en La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos. Salamanca 2000. p 67.

⁵⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. OCDE. Convención Antisoborno. 1997. Artículo 1. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf Visitada el 12 de febrero de 2018.

Definiciones

Resulta importante abordar las definiciones soborno transnacional y funcionario público extranjero, adoptadas por la Convención, que en su artículo 1, define la primera figura de la siguiente manera:

- “1. (...) una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.*
- 2. (...) la complicidad, incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público de esa Parte”⁵⁵.*

La definición de soborno transnacional de la Convención de la OCDE recoge los principales elementos que define el tipo, como el sujeto activo abierto para todo tipo de persona, la conducta objeto de prohibición como es del dar, ofrecer o prometer a funcionario público extranjero para obtener o conservar un negocio ventaja impropia en un negocio internacional.

Como se puede apreciar, lo singular de la definición de la Convención de la OCDE anteriormente citada, es que para la participación delictiva se incluye los casos de incitación, ayuda y encubrimiento o la autorización de un acto de soborno de un funcionario público extranjero; es decir se abre el campo de acción de la participación delictiva, alcanzando inclusive a sujetos que no intervienen directamente con el otorgamiento del soborno.

En lo que concierne a la definición de funcionario público extranjero, el literal 4 del artículo 1° de la Convención de la OCDE indica textualmente lo siguiente:

⁵⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. OCDE. Convención Antisoborno. 1997. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf Visitada el 12 de febrero de 2018.

“Persona perteneciente al poder legislativo, ejecutivo o judicial de un país extranjero, designado o electo; persona en ejercicio de una función pública, organismo público o empresa pública de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional;”

La Convención mantiene los términos generales de la definición de funcionario público extranjero, adaptándola a toda clase de manifestación del ejercicio de funciones en la administración pública de otro Estado, incluyendo empresas públicas. También comprende dentro de sus alcances a quienes ejercen funciones en los organismos públicos internacionales.

De manera concordante, la Convención establece que la definición de país extranjero incluye todo nivel y subdivisiones de gobierno, sean éstas nacionales o locales; añadiendo *“cualquier uso de una posición oficial, figure o no dentro de competencia formal del funcionario”*⁵⁶. Este último elemento introduce una variante muy valiosa en la medida que comprende inclusive actividades que son ajenas a la competencia del funcionario objeto de soborno.

Responsabilidad de personas jurídicas

En relación los procedimientos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, el artículo 2° de la Convención, faculta a estados parte a adoptar las acciones necesarias para dicho efecto, acorde a sus principios legales.

Consecuentemente el régimen de sanciones regulado en el artículo 3° de la Convención, requiere para quien soborna a un funcionario público extranjero:

- *“Una pena efectiva, proporcionada y disuasiva, comparable a la aplicada al soborno de funcionarios nacionales.*
- *De no existir responsabilidad penal para personas jurídicas, éstas se sujetarán a una sanción no-criminal efectiva, proporcionada y disuasiva, que incluya penas pecuniarias.*
- *Los bienes derivados del soborno están sujetos a embargo y decomiso o sanciones pecuniarias comparables con esos valores.*

⁵⁶ Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. OCDE. Convención Antisoborno. 1997. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf Visitada el 12 de febrero de 2018.

- *Penalidad civil y administrativa adicional a las personas sujetas a sanciones por el soborno a un funcionario público extranjero*⁵⁷.

Objetividad en las investigaciones

Por otro lado, la Convención postula en su artículo 5°, como importante principio, la objetividad de la investigación y persecución del soborno transnacional, porque si bien las sujeta a las reglas y principios de cada país; pero requiere que éstas que no deban estar influidas por factores tales como: *“sus intereses económicos, ni por los efectos sobre las relaciones con otros Estados o por la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas”*⁵⁸.

En este sentido, los Estados Parte deben postular, garantizar y promover investigaciones judiciales y administrativas objetivas, libres de todo condicionamiento externo, dando valor prioritario a las pruebas y evidencias encontradas en el desarrollo de estas investigaciones.

Control de actividades de las empresas

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la Convención como medida complementaria, pone especial atención al control de las actividades de las empresas, como potenciales agentes del otorgamiento del soborno transnacional. Por ello, el artículo 8° introduce medidas sobre la contabilidad de las empresas, tales como:

- Una primera referida a la correcta administración de su contabilidad y documentación interna, reflejada en el mantenimiento de libros y grabaciones, declaración de estados financieros y parámetros de contabilidad y auditoría. Con ello, se pretende prohibir el establecimiento de contabilidades y libros paralelos o la inadecuada identificación de las transacciones, entre otras actividades, incluyéndose la falsificación de documentos.
- Una segunda relativa al régimen de penalidades, de carácter civil, administrativa o penal para las omisiones y falsificación de libros, y otros documentos contables⁵⁹.

⁵⁷ Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Ob Cit. Artículo 1. Numeral 4 b).

⁵⁸ Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Ob Cit. Artículo 5.

⁵⁹ Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Ob Cit. Artículo 8.

Asistencia jurídica recíproca

Aspecto esencial del tratado, es la regulación de la asistencia jurídica recíproca. De manera tal que el artículo 9° requiere que ésta se brinde de manera rápida y efectiva en investigaciones y procedimientos de las figuras reguladas en la Convención.

Control de aplicación de la Convención OCDE

Es importante destacar que la propia Convención, establece un mecanismo de control de su aplicación y cumplimiento. Para dicho efecto, los países miembros aprobaron un proceso de control basado en el examen a ser efectuado por ellos mismos, destinado a garantizar su aplicación eficaz. De esta manera, el proceso de control de la aplicación de la Convención, se divide en dos fases principales.

Fase 1 Evalúa si las legislaciones nacionales elaborados por las partes para su aplicación, cumplen las normas de la Convención. Fase 2 Estudia las estructuras destinadas a hacer efectivo el cumplimiento de la Convención, así como evalúa su aplicación práctica. Para ello, se incluye el análisis de los sistemas de procesamiento e investigación nacional, entrevistas in situ al gobierno y a las autoridades reglamentarias, así como a otras personas implicadas en la aplicación de la Convención⁶⁰.

El mecanismo de control señalado permite que las partes, interactúen entre sí en el ejercicio de la supervisión recíproca del correcto, oportuno y sobre todo uniforme cumplimiento de las disposiciones de la Convención, propiciando así su mejor aplicación, Destaca en entre sus procedimientos la posibilidad de efectuar consultas a particulares, entre ellos, empresarios, que como agentes económicos pueden emitir sus opiniones y experiencias en el cumplimiento por parte sus autoridades y funcionarios, de las disposiciones de la Convención.

2.1.2. Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, Venezuela, 26 de marzo de 1996.

La Convención Interamericana contra la corrupción, fue suscrita en la ciudad de Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996, en el marco de Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, efectuada por la Organización de Estados Americanos (OEA) y representa la voluntad de las naciones del continente de comprometer sus esfuerzos nacionales en una cruzada regional en la lucha contra la corrupción.

⁶⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/33646125.pdf>, visitada el 21 de marzo de 2018

En lo que respecta al tema de nuestro interés, el soborno transnacional, en primer lugar, la Convención Interamericana en el numeral 10 de su artículo III incorpora como una de las medidas preventivas a cargo de sus Estados miembros; la adopción de medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. Para dicho efecto, requiere a las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones, la aplicación de mecanismos de prevención, tales como:

- *Mantener registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y;*
- *Controles contables internos suficientes que permitan a su personal detectar actos de corrupción*⁶¹.

Consecuentemente, la Convención Interamericana establece fundamentalmente en su artículo VIII la obligación de los Estados parte de prohibir y sancionar la práctica del soborno transnacional, condicionándola para ello, a las disposiciones constitucionales y legales que establecen sus propias las normativas nacionales⁶².

De manera similar al tratado anteriormente examinado, el análisis de la Convención Interamericana, se realiza a partir del tratamiento de los siguientes rubros:

Definición

La Convención Interamericana en su artículo VIII define al Soborno transnacional como:

*“el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”*⁶³.

⁶¹ Convención Interamericana contra la corrupción Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra la corrupción (B-58). Artículo III numeral 10. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp, visitada el 21 de marzo de 2018

⁶² Convención Interamericana contra la corrupción. Ob Cit. Artículo VIII.

⁶³ Convención Interamericana contra la corrupción. Ob Cit. Artículo VIII.

Al respecto, se aprecia que en el rubro definición, la Convención Interamericana al igual que el tratado anteriormente materia de análisis, recoge los elementos fundamentales de tipo de conducta propia que configura el soborno transnacional.

Autor

La Convención centra la posibilidad de que el sujeto activo del delito sea un nacional, un residente habitual (pudiendo ser inclusive un extranjero que haya adquirido el estatus de residente habitual) o una empresa domiciliada, que puede ser la que realiza actividades en el territorio del país, que en el caso concreto pretende regular su conducta, por lo que no se considera el caso de los ciudadanos que no sean residentes habituales o empresas no domiciliadas en el país.

En este sentido, es importante tener en cuenta, que el artículo IV, “Ámbito” de la Convención dispone que ésta *“es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte”*, ampliando con ello, a nuestro concepto, la “territorialidad” de la aplicación⁶⁴.

A fin de complementar el alcance y contenido del concepto de sujeto activo del soborno transnacional contemplado por la Convención Interamericana, consideramos pertinente apelar al desarrollo conceptual, efectuado en el informe denominado: Legislación Modelo Sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Organización de Estados Americanos⁶⁵.

Dicho informe tiene como anexo una Guía para el Legislador, que desarrolla los conceptos fundamentales para regular el soborno transnacional⁶⁶.

La labor realizada, consideramos que no solo permite a los Estados Parte regular de manera uniforme esta figura en sus legislaciones nacionales, sino que facilitará las acciones de cooperación legal y judicial para afianzar su aplicación en procura de detectar y sancionar el soborno transnacional.

En relación a las personas naturales, la citada Guía para el Legislador desarrolla el siguiente concepto:

⁶⁴ Convención Interamericana contra la corrupción. Ob Cit. Artículo IV.

⁶⁵ Legislación Modelo Sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Organización de Estados Americanos, aprobada por el Comité Jurídico Interamericano el 22 agosto 1998

⁶⁶ Organización de Estados Americanos. Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>. Visitada el 10 de abril de 2018

Residente habitual. Alude al "residente permanente" o "persona natural domiciliada en el país" o "residente económico"; se agrega que *"la intención que parece derivarse del lenguaje de la Convención es abarcar con la mayor amplitud, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional, a las personas naturales que, sin ser nacionales del Estado que legisla, desarrollen en su territorio, de manera permanente, la parte principal de sus actividades"*⁶⁷.

En el caso de las personas jurídicas se describen los siguientes conceptos:

Empresa. La guía señala que la Convención tendría la intención de comprender a todas aquellas entidades que administran capital y trabajo y pueden percibir beneficios. Asimismo, se extiende a las entidades con personalidad jurídica ("sociedades" o "personas jurídicas"), entidades sin personalidad jurídica, entidades sin fines de lucro que puedan desarrollar actividades en su territorio, tengan o no un carácter o un fin económico o comercial. Abarca también a las empresas de propiedad del Estado o que estén bajo su control⁶⁸.

Domiciliada. Término que alude a las empresas *"que tengan su domicilio en el país", "constituidas bajo las leyes del país" o "que tengan en el país su sede principal o su administración principal"*. *"En el ordenamiento jurídico de algunos Estados existe el concepto de nacionalidad de las personas jurídicas, en otros se utiliza el término "empresa nacional". También en este caso, la intención (...) de la Convención es incluir a las entidades que desarrollan en el territorio del país o desde él, de manera permanente, sus principales actividades, tengan éstas o no carácter económico o comercial"*⁶⁹.

Sobre el particular, en el caso específico del Perú, Felipe Villavicencio indica que en nuestra legislación civil (artículo 33° del Código Civil de 1984) precisa que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar, razón por la cual, estima que la frase *"personas que tengan residencia habitual" significa personas domiciliadas"*⁷⁰.

⁶⁷ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob. Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

⁶⁸ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob. Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

⁶⁹ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob. Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

⁷⁰ Villavicencio Terreros, Felipe. Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos del departamento de cooperación y difusión Jurídica de la Organización de

Sujeto pasivo

Por otro lado, la Convención Interamericana regula esta figura, definiéndola como el funcionario público de otro Estado, no haciendo en este caso, referencia específica a que se trate de un funcionario de un organismo internacional.

Soborno indirecto.

Asimismo, la Convención regula la figura del soborno a través de terceros como una de las variantes del soborno transnacional, para ello, se incluye el término "indirectamente". En este caso, se aprecia que los terceros pueden tomar parte en los hechos en condición de coautores o cómplices para ofrecer o transmitir el otorgamiento del soborno. Se trata de los nacionales, residentes habituales o empresas domiciliadas en el país que regula, siempre que se encuentren dentro de su jurisdicción.

Al respecto, debemos tener en cuenta que el artículo XI de la Convención Interamericana, que regula las normas de "Desarrollo progresivo" para fines de su aplicación, en el literal c., establece precisamente que los Estados Partes se obligan a considerar la tipificación en su legislación de:

*"Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado"*⁷¹.

De manera concordante, encontramos que el artículo VI de la convención denominado "Actos de corrupción", en su literal (a) comprende también a las personas o entidades que pueden recibir el soborno por cuenta del funcionario público extranjero o en su beneficio ("testaferros"), al incluir en la regulación, el soborno recibido por un funcionario "para sí mismo o para otra persona o entidad"⁷².

Estados Americanos (OEA), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p 41.

⁷¹ Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra la corrupción (B-58). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp, visitada el 21 de marzo de 2018

⁷² Convención Interamericana contra la corrupción (B-58). Ob. Cit. Artículo VI

En este sentido, resulta interesante tener en cuenta que la Convención inclusive contempla la posibilidad de que quien otorga u ofrezca el soborno, pretenda influir indirectamente sobre la labor del funcionario público extranjero, mediante pagos u otras ventajas en beneficio de la entidad en la cual preste sus servicios.

De esta manera, se aprecia que es objetivo de la Convención Interamericana incluir dentro de su alcance la mayor cantidad de supuestos de hecho, para evitar la existencia de situaciones que permitan a los agentes o sujetos activos alcanzar alguna excepción en la imposición de sanciones. El hecho de incluir a intermediarios y testaferros, así como que el beneficio pueda inclusive no ser directo para quien recibe la entrega u ofrecimiento del soborno se inserta en este objetivo.

Existen algunos otros de los elementos que componen la figura del soborno transnacional respecto de los cuales la mencionada Guía para el Legislador presenta un mayor desarrollo conceptual, que consideramos necesario recoger en apoyo de nuestro análisis, y que son los siguientes:

Ventajas ofrecidas u otorgadas

Para este propósito, la Convención emplea los términos *“cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como dádivas, favores, promesas o ventajas”*⁷³, los cuales, dispone, pueden requerir su adecuación a la legislación nacional.

Al respecto, estimamos que la citada Guía añade que la Convención Interamericana pretendería con ello, abarcar toda aquella ventaja o beneficio, directo o indirecto, sea o no de carácter pecuniario, que pueda influenciar de manera indebida en el accionar del funcionario.

Relación con una operación económica o comercial

Respecto de este tema de especial importancia para la configuración de la conducta en el soborno transnacional, la Guía para el Legislador sostiene que el término “relacionado” se refiere directa y exclusivamente al acto u omisión en la que incurre el funcionario público. Considera que es irrelevante, para la tipificación que establece la Convención Interamericana, que los autores o sus cómplices sean parte en la transacción, o que en su defecto, obtengan de ella un beneficio económico o comercial⁷⁴.

⁷³ Convención Interamericana contra la corrupción (B-58). Ob. Cit. Artículo VIII

⁷⁴ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

Al respecto, el comentario formulado por la Guía añade que por su parte, la FCPA de los Estados Unidos y la Convención de la OCDE requieren que el autor de la práctica de soborno se proponga "*obtener o mantener un negocio u alguna otra ventaja indebida en la realización de negocios internacionales*"⁷⁵.

De manera tal que considera que esta posición se diferencia de la tipificación empleada en la Convención Interamericana, que se refiere a los actos u omisiones relacionados con este tipo de actividades (económicas) y no se extiende a otros tipos de actos u omisiones, como "*por ejemplo, soborno de autoridades judiciales para obtener la condena o exoneración de un acusado, para obtener su participación en actividades criminales sin contenido o efectos económicos, con fines exclusivamente políticos o militares, para causar un perjuicio a un enemigo o competidor, etc.*"⁷⁶, que podrían revestir una gravedad igual o mayor.

Asistencia y cooperación

Por otro lado, debe destacarse la proyección que tiene de la Convención Interamericana para fomentar la adopción por los estados parte, de mecanismos que hagan factible su aplicación práctica, pues en su artículo XIV establece la necesidad de adoptar dos tipos de disposiciones.

Las primeras que regulan las actividades de asistencia recíproca entre las artes, en las actuaciones para la investigación y juzgamiento de actos de corrupción y la otra, especialmente de mecanismos de cooperación técnica entre sus Estados Parte, para prevenir, detectar, investigar y sancionar actos de corrupción.

Control de la aplicación y cumplimiento de la Convención

La Convención Interamericana contra la Corrupción para efecto del control de la aplicación y cumplimiento de sus disposiciones, cuenta con el denominado Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que es el instrumento de índole intergubernamental conformado en el marco de la Organización de Estados Americanos – OEA, específicamente para apoyar a sus miembros en la adopción de sus disposiciones.

⁷⁵ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

⁷⁶ Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

Para lograr dicho efecto, el MESICIC aplica evaluaciones recíprocas, efectuadas en términos de igualdad de tratamiento. En esta tarea el mecanismo plantea recomendaciones específicas respecto determinados sectores de la gestión pública, en las que se detecten vacíos o se requiera perfeccionar la regulación.

En estas áreas, como la transparencia en las compras públicas, acceso a la información, relación con los agentes privados (empresarios), se encuentra el cumplimiento de las disposiciones que regulan el soborno transnacional.

El resultado de este trabajo, se plasma en la emisión de los informes nacionales, que contienen las recomendaciones correspondientes para superar, entre otros, los vacíos en la normativa⁷⁷, que posteriormente, en el siguiente capítulo, serán abordadas en específico para el caso del Perú, con el estudio correspondiente y las respuestas formuladas en su momento por el Estado peruano.

2.1.3. Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Mérida, México, en diciembre de 2003, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005⁷⁸.

Se aprecia que los signatarios de la Convención de la ONU contra la corrupción, en el caso específico de la regulación del soborno transnacional, convienen en darle un tratamiento especial a la regulación del mismo, considerando su trascendencia y efecto negativo en el desarrollo del comercio internacional.

De esta manera, el soborno transnacional está regulado por la Convención en el Capítulo III: Penalización y aplicación de la Ley, cuyo artículo 16° referido al Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, se refiere a dos supuestos específicos: 1. el cohecho activo y 2. el cohecho pasivo, de la siguiente manera:

⁷⁷ Organización de Estados Americanos. Portal Anticorrupción de las Américas – MESICIC Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm. Visitada el 13 de abril de 2018

⁷⁸ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Visitada el 18 de abril de 2018

Tercero como sujeto activo. Cohecho activo.

“Cuando intencionalmente, se prometa, ofrezca o conceda, directa o indirectamente a un funcionario público extranjero u organización internacional pública, un beneficio indebido para su provecho o de otra persona o entidad, para que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones, para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido relación a actividades comerciales internacionales”⁷⁹.

Funcionario Público como sujeto activo. Cohecho pasivo.

El enfoque es más flexible, pues considera delito, cuando el funcionario público extranjero o de una organización internacional pública, intencionalmente, *“solicite o acepte en forma directa o indirecta, un beneficio indebido en su provecho o en el otra persona o entidad, para actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”⁸⁰.*

En relación a otros conceptos complementarios que nos ayudan a comprender los demás elementos de la figura del soborno transnacional, tenemos los siguientes:

Funcionario público extranjero.

El literal b) del artículo 2° Definiciones de la Convención, entiende que, para efectos de la Convención, es:

b. “Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública.

⁷⁹ Artículo 16 Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

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

⁸⁰ Artículo 16 Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas:

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

- c) **Funcionario de una organización internacional pública.** Un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre”⁸¹.

La norma citada (artículo 2 de la Convención), también expone de manera expresa las diversas acepciones que emplea para definir quién es funcionario público extranjero, para efectos de su aplicación precisando a dicho efecto, lo siguiente:

- a. *“Quien presta servicios en cualquiera de las entidades del Estado de dicho país.*
- b. *Quien ejerza funciones para un país extranjero (otro país), incluso para un organismo público o una empresa pública.*
- c. *Quien se desempeñe como empleado público internacional*
- d. *La persona a la que la organización internacional haya autorizado a actuar en su nombre”⁸².*

En este sentido, se aprecia que la Convención hace un esfuerzo por reforzar los alcances de su aplicación, recurriendo para ello, a cubrir la mayor cantidad de los supuestos que pudieran generarse en la actuación funcional del servidor de una entidad u organismo internacional, fuera del país regulador.

En este escenario, destaca la inclusión dentro del supuesto de la norma, de aquella persona a la que la propia organización internacional haya autorizado, inclusive, a actuar en su nombre, sin que detente un cargo concreto en la organización.

Medidas preventivas. Otro tipo de conceptos complementarios que resultan necesarios para la aplicación de la Convención, se encuentra en el Capítulo II, que en su artículo 12° relativo al Sector Privado, dispone la adopción por parte de los Estados parte, de medidas por parte de las empresas para el mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la comisión de los delitos tipificados en la Convención, tales como:

- *“El establecimiento de cuentas no registradas en libros,*
- *La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas,*
- *El registro de gastos inexistentes,*
- *El asiento de gastos en libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto,*

⁸¹ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 2.

⁸² Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 2.

- *La utilización de documentos falsos, y*
- *La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley*⁸³.

Asimismo, es importante destacar la incorporación expresa por parte de la Convención, de la obligación por parte de los estados signatarios, de denegar la deducción tributaria que se solicite en relación a los gastos que constituyen los pagos efectuados por concepto del soborno.

Consideramos al respecto, que ésta medida constituye una acción concreta, directa y necesaria para desincentivar las prácticas en las que incurren algunas empresas para obtener beneficios tributarios por parte del Estado, haciendo mal uso de ellos, recurriendo inclusive a pagos ilegales.

2.2 Elementos comunes de los convenios internacionales anticorrupción y aportes para la regulación del delito de soborno transnacional.

Del estudio y análisis de la regulación de las disposiciones que obran en los tratados internacionales anticorrupción, se encuentra que existen algunos elementos comunes que pueden ser utilizados para perfeccionar la legislación peruana, así como para reforzar los mecanismos de cooperación internacional, tal como se podrá apreciar en la sección siguiente:

2.2.1 Elementos constitutivos de regulación

En relación a los principales elementos constitutivos de regulación de la figura del soborno a funcionarios públicos extranjeros, encontrados en las convenciones internacionales, podemos identificar los siguientes aspectos:

Definición de la conducta.-

La definición del soborno transnacional que se desprende de la regulación de los tratados internacionales se concentra básicamente en los siguientes elementos:

- Sujeto activo: Persona natural o jurídica de un Estado (nacional, residente habitual o empresa domiciliada en el país)
- Medios: Que ofrece, promete o entrega (otorga)
- Condiciones: Intencional e ilegalmente
- Contenido del soborno: Cualquier objeto de valor pecuniario u otras ventajas (beneficios, dádivas, o favores),
- Modalidad de participación: Directa o indirecta

⁸³ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 12.

- Sujeto pasivo: Funcionario público extranjero o de un organismo internacional
- Beneficiario del soborno: funcionario público extranjero u otro
- Prestación a lograr: que el funcionario público extranjero realice u omita algún acto en el ejercicio de sus funciones.
- Finalidad: obtener o conservar (mantener)
- Objeto: Negocio o ventajas impropias, alguna transacción comercial u otro beneficio indebido, en el contexto de un negocio internacional (respecto de actividades comerciales internacionales).

De manera complementaria a los elementos generales descritos, se tiene que los principales instrumentos internacionales anticorrupción anteriormente analizados, introducen algunas particularidades, entre las que destacan las siguientes:

- La Convención de la ONU alude a la promesa, ofrecimiento o entrega intencional a un funcionario público extranjero o de una organización internacional pública (entendemos que intergubernamental) (Artículo 16)⁸⁴.
- La Convención de la OCDE añade que la participación delictiva se extiende a la incitación, ayuda y encubrimiento o la autorización de un acto de soborno de un funcionario público extranjero (Artículo 1)⁸⁵.
- La Convención Interamericana la relaciona con una transacción de naturaleza económica o comercial solamente, no le otorga el carácter de negocio internacional (Artículo VIII)⁸⁶.

Funcionario público extranjero.

En relación a la condición de funcionario público extranjero, destinatario o sujeto pasivo de las prácticas de soborno transnacional, las convenciones internacionales anticorrupción aluden principalmente a aquella persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, ya sea designado o electo, persona en ejercicio de una función pública, organismo público o empresa pública de un país extranjero y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional⁸⁷.

⁸⁴ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 16.

⁸⁵ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ob. Cit. Artículo 1.

⁸⁶ Convención Interamericana contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo VIII

⁸⁷ Cohecho Internacional Procuraduría General de la República de México. 27 de noviembre de 2015. <https://www.gob.mx/pgr/acciones-y-programas/cohecho-internacional>. Visitada el 28 de abril de 2018

En este punto, en relación a la Convención Interamericana contra la Corrupción, es importante tener en cuenta las precisiones formuladas al contenido de algunos conceptos constitutivos de esta la figura de soborno transnacional, por la citada Guía para el Legislador que forma parte de la Legislación Modelo Sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional. Tal como se aprecia a continuación:

“Residente habitual. Alude al *“residente permanente”* o *“persona natural domiciliada en el país”* o *“residente económico”*.

Empresa. Comprendería a las siguientes:

- Entidades que administran capital y trabajo y pueden percibir beneficios.
- Entidades sin fines de lucro que puedan desarrollar actividades en su territorio, tengan o no un carácter o fin económico o comercial.
- Empresas de propiedad del Estado o que estén bajo su control⁸⁸.

2.2.2 Régimen de sanciones

La regulación del régimen de sanciones aplicable al soborno transnacional, que de acuerdo a las convenciones internacionales contra la corrupción examinadas, remiten su investigación y persecución a las reglas y los principios de cada país, se divide en dos categorías:

1. **Persona natural** nacional o residente habitual: pena privativa de la libertad, multa, sin perjuicio de las sanciones reguladas en las legislaciones nacionales.

Las legislaciones colombiana y chilena establecen en su caso, la pena de prisión y consiguiente inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como la imposición de multa.

2. **Persona jurídica**, empresa domiciliada en el país: Multa, sin perjuicio de la imposición de otras sanciones legales.

La Convención de la OCDE en su artículo 3° dispone al respecto, que si no existiere responsabilidad penal para personas jurídicas, se sujetarán a una sanción no-criminal que sea efectiva, proporcionada y disuasiva, incluyendo penas pecuniarias⁸⁹.

⁸⁸ Organización de Estados Americanos. Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Ob. Cit. Anexo 1 III Observaciones para uso del legislador.

⁸⁹ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en

La Convención de la ONU dispone la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados por Convención, podrá ser penal, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido los delitos (artículo 26)⁹⁰.

2.2.3 Asistencia jurídica recíproca

En lo que concierne a los mecanismos de asistencia jurídica o judicial recíproca entre los estados parte, las convenciones internacionales anticorrupción, contemplan lo siguiente:

La Convención antisoborno de la OCDE en su artículo 9° requiere que la asistencia se brinde de manera rápida y efectiva en investigaciones y procedimientos de las figuras reguladas en la Convención y para los procedimientos no criminales ligados a sus objetivos y promovidos contra una persona jurídica⁹¹.

La Convención interamericana contra la corrupción en su artículo XIV, establece dos mecanismos de cooperación o asistencia recíproca entre los estados parte:

1. Asistencia recíproca, tramitando las solicitudes de las autoridades que tienen a su cargo la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción.
2. Cooperación técnica en formas y métodos para prevenir, detectar, investigar y sancionar actos de corrupción⁹².

La Convención de la ONU establece que se prestará la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales de los delitos que regula; así como en la mayor medida posible, conforme a la normativa del estado requerido, sobre investigaciones, procesos y actuaciones judiciales de delitos que involucran a una persona jurídica.⁹³

Extradición.

La Convención de la ONU establece que se aplicará a los delitos por ella tipificados, en el caso de que la persona objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el estado requerido y

Transacciones Comerciales Internacionales. Ob. Cit. Artículo 3.

⁹⁰ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 26.

⁹¹ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ob. Cit. Artículo 9.

⁹² Convención Interamericana contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo XIV

⁹³ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 46.

cuando el delito por el que se pide la extradición, sea punible en los estados requirente y requerido⁹⁴.

La Convención de la OCDE requiere que sea incluido en las leyes de los Estados Partes y los tratados de extradición entre ellos como delito extraditable, siendo la base legal para solicitar la extradición a un Estado Parte con el que no tenga tratado de extradición⁹⁵.

La Convención interamericana establece que los delitos regulados por ésta, se considerarán incluidos en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes, si uno de éstos supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro con el que no tiene tratado de extradición, podrá considerar la Convención para dicho efecto para los delitos que ésta regula⁹⁶.

2.2.4 Medidas complementarias

Resulta importante considerar que en la regulación del soborno transnacional, al igual que otras conductas delictivas, como lo sostiene Ricardo Demetrio Crespo, que *“las medidas penales deben verse acompañadas y precedidas por otros muchos y diversificados mecanismos de control en distintas instancias, tendentes en su conjunto a favorecer la transparencia, desechar cualquier clase de clientelismo en los sistemas democráticos, y profundizar en definitiva en las bases constitutivas del Estado de Derecho”*⁹⁷.

En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que las convenciones internacionales anticorrupción, desarrollan para el mejor cumplimiento de sus disposiciones, una serie de medidas complementarias que adoptarán los Estados Parte para el logro de estos objetivos, entre las cuales encontramos las siguientes:

En su caso, la Convención Interamericana requiere la adopción de medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que

⁹⁴ Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo 44.

⁹⁵ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ob. Cit. Artículo 10.

⁹⁶ Convención Interamericana contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo XIII

⁹⁷ Crespo, Eduardo Demetrio, Ob. Cit. P. 72.

establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción ⁹⁸.

La Convención antisoborno de la OCDE requiere incluir medidas para establecer que el soborno, los bienes derivados del mismo y el valor de dichos bienes, estén sujetos a embargo y decomiso o sanciones pecuniarias similares⁹⁹.

A manera de conclusiones del presente capítulo, podemos apreciar lo siguiente:

1. Entre los principales aportes identificados en los instrumentos internacionales anticorrupción, en la regulación de los elementos constitutivos del soborno transnacional, se encuentran los aspectos anteriormente citados, entre los cuales destacan:
 - La Convención de la ONU alude a la promesa, ofrecimiento o entrega intencional a un funcionario público extranjero o de una organización internacional (artículo 16, numeral 1).
 - La Convención de la OCDE añade que la participación delictiva se extiende a la incitación, ayuda y encubrimiento o la autorización de soborno de un funcionario público extranjero (artículo 1).
 - La Convención Interamericana la relaciona con una operación económica o comercial, sin el carácter de negocio internacional (artículo III).
2. Respecto al régimen de sanciones aplicable al soborno transnacional:
 - La Convención de la OCDE dispone que si no existiere responsabilidad penal para personas jurídicas, se sujetarán a una sanción no-criminal efectiva, proporcional y disuasiva, que incluye penas pecuniarias (artículo 3, numeral 2).
 - La Convención de la ONU dispone que la responsabilidad de personas jurídicas por participar en los delitos tipificados, puede ser penal, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal de sus miembros que cometan delito (artículo 26).
3. Sobre los mecanismos de asistencia jurídica o judicial recíproca:
 - La Convención de la OCDE requiere la asistencia rápida y efectiva en investigaciones y procedimientos (artículo 9).
 - La Convención Interamericana, establece la asistencia en el trámite de solicitudes de las autoridades que investigan o juzgan actos de corrupción, así como la cooperación técnica para prevenir, detectar, investigar y sancionar los mismos (artículo XIV).
 - La Convención de la ONU prevé la asistencia judicial en investigaciones, procesos y actuaciones judiciales de los delitos que regula (artículo 46).

⁹⁸ Convención Interamericana contra la Corrupción. Ob. Cit. Artículo III Numeral 10

⁹⁹ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ob. Cit. Artículo 3 Numeral 3.

4. Sobre la adopción de medidas complementarias para impedir el soborno de funcionarios públicos extranjeros:
- La Convención Interamericana requiere de mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otras mantengan registros y establecer controles internos para detectar actos de corrupción (artículo III numeral 10).
 - La Convención de la OCDE incluye medidas para establecer que el soborno, los bienes derivados y su valor, sean sujetos a embargo y decomiso o sanciones pecuniarias (artículo 3 numeral 3).
 - La Convención de las Naciones Unidas respecto al Sector Privado, dispone adoptar medidas para mantener libros y registros, divulgar estados financieros y normas de contabilidad y auditoría (artículo 3, numeral 3).



CAPÍTULO 3

LA REGULACIÓN DEL SOBORNO TRANSNACIONAL EN EL PERÚ ACORDE A SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El presente capítulo busca recoger el estado actual de la regulación del soborno transnacional en el Perú, teniendo en cuenta para ello, en primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el país, a la luz de los tratados internacionales de los que es parte, tales como la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y la Comunidad Andina, además de ser parte integrante de la Alianza del Pacífico, como se indicara anteriormente.

En este orden de ideas, se toman en cuenta los procesos de incorporación del Perú a los mecanismos internacionales de cooperación en la lucha contra la corrupción existentes en los ámbitos regional e internacional, especialmente los que ponen énfasis en regular medidas y procedimientos destinados a combatir la práctica del soborno de funcionarios públicos de otros países.

Con este objetivo, se procede a revisar el proceso de incorporación del Perú al Comité del Foro internacional de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), destacando en éste, los alcances del Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina, así como el Mecanismo de Seguimiento del cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción – MESISIC, con el propósito de analizar en concreto los avances del países en la regulación del soborno transnacional, como base para proponer alternativas de mejora para su regulación adecuada en el Perú.

3.1 Las obligaciones internacionales del Perú en materia de regulación del soborno transnacional

El Perú ha concertado progresivamente su incorporación a los tratados internacionales y regionales especializados en adoptar medidas contra la corrupción, con el propósito de incorporar los conceptos fundamentales que se encuentran codificados en estos instrumentos internacionales.

Entre los conceptos fundamentales destacan los de función pública, funcionario público, bienes, personas naturales y jurídicas, entre otros. Además de los principales instrumentos existentes de cooperación internacional como la asistencia jurídica y judicial, extradición, entre otros.

Para ello, se pone énfasis en el principio en el respeto a la normativa y a los principios legales orientadores vigentes en cada país, así como en la posibilidad de encontrar criterios comunes para lograr su regulación uniforme.

El Estado peruano y sus autoridades han suscrito y consecuentemente vienen asumiendo a lo largo del tiempo, una serie de obligaciones contraídas en virtud de las materias reguladas en estos tratados, aspectos que han sido materia de análisis en los capítulos anteriores, en relación a la regulación de la figura del soborno transnacional.

3.1.1 Tratados Internacionales

Los acuerdos internacionales anticorrupción de los que forma parte el Perú son:

La Convención Interamericana contra la corrupción, firmada en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996, aprobada por Resolución Legislativa N° 26756 de 05 de marzo de 1997, y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, siendo el instrumento de ratificación depositado el 04 de junio de 1997, fecha en que entró en vigencia en el país¹⁰⁰.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, fue aprobada por Resolución Legislativa N° 28357 de 05 de octubre de 2004 y ratificada por Decreto Supremo N° 075-2004-RE de 16 de octubre de 2004, depositándose el instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 2004¹⁰¹.

Comunidad Andina. Organización internacional, de la que forma parte el Perú, conforma el denominado proceso Andino de Integración que se inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969 y que se complementó en 1996 con el Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino, que creó la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración¹⁰².

La Comunidad Andina ha adoptado en el devenir de su desarrollo institucional, algunos pronunciamientos que orientan la adopción de acciones conjuntas de sus miembros en esta tarea, como es el caso de la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre la Lucha contra la Corrupción, suscrita en Cartagena de Indias, el 27 de mayo de 1999.

¹⁰⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción. Ob. Cit.

¹⁰¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ob. Cit.

¹⁰² Portal de la Comunidad Andina.

Disponibile

<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=189&tipo=QU&title=somos-comunidad-andina>. Visitada el 15 de diciembre de 2017

en

La Declaración Presidencial Andina conviene en *“reconocer que las prácticas de corrupción representan un importante costo moral, político y económico para los países de la región, como actividad nociva para la integración económica y el comercio internacional”*¹⁰³.

Por esta razón, *“disponen la urgente adopción por los países andinos de medidas para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, como es el caso específico de las acciones para disuadir a empresas y a servidores públicos de incurrir en actuaciones corruptas en el desarrollo de las relaciones transnacionales”*¹⁰⁴.

“En ese sentido, los mandatarios andinos acordaron ratificar su compromiso con los propósitos de la Convención Interamericana contra la corrupción, adoptando medidas para incorporar en su legislación el delito de soborno transnacional.

*En cuanto al Convenio sobre el Combate al Soborno de Oficiales Públicos Extranjeros en Transacciones de Negocios Internacionales, adoptado en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OECD, la Declaración Andina expresó su voluntad para gestionar la adhesión de los países andinos a dicho convenio”*¹⁰⁵.

De manera complementaria, la Decisión 668 - Plan Andino de Lucha contra la Corrupción, promueve el desarrollo de medidas de carácter legislativo, incidiendo para ello, en las siguientes medidas:

- *“Cumplimiento e implementación de las convenciones internacionales contra la corrupción, ratificadas por los países miembros.*
- *Desarrollo legislativo en estos países de dispositivos específicos en la lucha contra el soborno transnacional*
- *Búsqueda de mecanismos para el juzgamiento y sanción de quienes estén involucrados en la comisión de actos de corrupción, independientemente del país miembro en que se encuentren”*¹⁰⁶.

Asimismo, en el mencionado documento destaca el tratamiento de medidas dirigidas al sector privado, mediante la adopción de mecanismos de autorregulación por parte de las empresas, destinados a asegurar lo siguiente:

¹⁰³ Comunidad Andina, Declaración del Consejo Presidencial Andino. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=1&tipo=TE&title=anticorruptcion>, Visitada el 13 de julio de 2018.

¹⁰⁴ Comunidad Andina, Declaración del Consejo Presidencial Andino. Ob.Cit.

¹⁰⁵ Comunidad Andina, Declaración del Consejo Presidencial Andino. Ob. Cit.

¹⁰⁶ Adoptada en la ciudad de Tarija, Bolivia, el 13 de junio de 2007.

- *“Mantener registros que reflejen las operaciones de contratación pública, adquisición y enajenación de activos y prácticas de competencia desleal.*
- *Mecanismos para sancionar prácticas de corrupción en el sector privado, como la expedición de Códigos de Ética, registro de empresas y empresarios comprometidos en actos de corrupción, incluyendo sanciones, y la difusión del registro, acorde las normas nacionales e internacionales en la materia;*
- *Promover mecanismos de acceso a la información en poder de entidades del sector privado, cuando presten servicios públicos o reciban o administren recursos públicos, de acuerdo a lo establecido en las legislaciones nacionales”¹⁰⁷.*

Esta última medida representa un gran avance para apoyar la investigación de las prácticas de soborno transnacional, en razón a que reforzaría las atribuciones de los organismos técnicos y del sistema judicial para efectuar su trabajo, apelando a medidas coercitivas para obtener información de las entidades del sector privado, cuya información no es de fácil acceso.

3.1.2 Otros instrumentos internacionales anticorrupción

Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESISIC)

Tal como se expresara en el capítulo anterior, al analizar la forma en que regulan el soborno transnacional, los tratados internacionales anticorrupción de los que forma parte el Perú, encontramos que en el caso específico de la Convención Interamericana contra la corrupción, se cuenta con una alternativa concreta para la verificación de su cumplimiento por los propios estados parte, el denominado Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESISIC)¹⁰⁸.

Al respecto, en el caso concreto del Perú, resulta importante tener en cuenta el contenido del informe final acerca de los avances del país, documento que fuera aprobado en la sesión plenaria del 18 de septiembre de 2009 del Mecanismo de seguimiento, durante la Decimoquinta Reunión del Comité de Expertos celebrada en Washington DC del 14 al 18 de septiembre de 2009.

¹⁰⁷ Portal Anticorrupción de las Américas – MESISIC. Disponible en <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp>

¹⁰⁸ Adoptada en la ciudad de Tarija, Bolivia, el 13 de junio de 2007.

Esta instancia que se pronunció específicamente sobre los avances del Perú en la prevención y sanción de las prácticas de soborno transnacional, reguladas en el artículo VIII de la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción.

El informe sobre la implementación en el Perú de las disposiciones de la Convención Interamericana registra el proceso de incorporación al convenio internacional y la suscripción de la Declaración sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el 4 de junio de 2001¹⁰⁹.

Acorde a lo expresado, resulta importante revisar el contenido de las recomendaciones que contiene el informe del MESISIC, dado que incide sobre los avances que el estado peruano informó en materia de regulación del soborno transnacional, respecto de los siguientes puntos específicos directamente vinculados a la regulación y combate del soborno transnacional:

1. *Negación o impedimento de beneficios tributarios por pagos que se efectúen en violación de la legislación contra la corrupción. (Artículo III, párrafo 7 de la Convención)*¹¹⁰

¹⁰⁹ Organización de Estados Americanos OEA/Ser.L. SG/MESICIC/doc.242/09 rev. 4 18 septiembre 2009. Original: español. República del Perú Informe Final (Aprobado en sesión plenaria del 18 de septiembre de 2009). Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_per.pdf, visitada el 15 de julio de 2018

¹¹⁰ El Perú cuenta con un conjunto de disposiciones que regulan la negación o impedimento de beneficios tributarios por pagos efectuados en violación de la legislación contra la corrupción, entre las que destacan:

- Constitución. Artículo 74: Los tributos “se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo” y no surten efecto las normas que violen dicha disposición”. Artículo 79: “Las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones, requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas”.
- Decreto Supremo N° 135-99-EF de 1999 (Texto Único Ordenado del Código Tributario), Norma IV (b): Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios.
Artículo 62: Función fiscalizadora de la SUNAT incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluyendo a quienes gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios (...).
Beneficio tributario: Toda exoneración impositiva y cualquier concepto deducible de la determinación de la base imponible de la renta y otros, que determinen reducciones favorables al monto impositivo del contribuyente.
- Decreto Supremo N° 179-2004-EF de 2004 (Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta), artículos 18 y 19 establecen las inafectaciones y exoneraciones al impuesto a la renta, y el artículo 37 dispone que, para establecer la renta neta de tercera categoría, “(...) se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por ley (...)”.

Al respecto, el mencionado informe alude que el Perú cuenta con una serie de disposiciones que regulan la negativa o impedimento de otorgar beneficios tributarios por pagos que se realicen en violación de la normativa anticorrupción, entre las que destacan:

El mandato constitucional y la normativa tributaria que consagran que los beneficios o exoneraciones tributarias se conceden solo por ley, dejando en manos de las autoridades, específicamente del Poder Legislativo, previo debate público, la posibilidad otorgar beneficios o gasto deducibles del impuesto a la Renta a los pagos de soborno, bajo la pantalla de eventuales por concepto de “comisiones”. Se encarga a la administración tributaria - SUNAT la supervisión de estas actividades, otorgándole inclusive facultades discrecionales.

Son deducibles, entre otros, “los gastos de organización, los gastos preoperativos iniciales, los gastos preoperativos originados por la expansión de las actividades de la empresa y los intereses devengados durante el período preoperativo ...”; y “los gastos de representación propios del giro o negocio, en la parte que, en conjunto, no excedan del 0.5% de los ingresos brutos, con un límite máximo de cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias” (artículo 37, inciso q).

Artículo 44: Las deducciones no admitidas, entre ellas, la relativa a “los gastos cuya documentación sustentatoria no cumpla con los requisitos y características mínimas establecidos por el Reglamento de Comprobantes de Pago”.

Artículo 52: Se presume que los incrementos patrimoniales cuyo origen no pueda ser justificado por el deudor tributario, constituyen renta neta no declarada. Los incrementos no podrán ser justificados con:

- a) Donaciones recibidas u otras liberalidades que no consten en escritura pública u otro documento fehaciente.
- b) Utilidades derivadas de actividades ilícitas.
- c) El ingreso al país de moneda extranjera con origen no esté sustentado.
- d) Ingresos percibidos que estuvieran a disposición del deudor tributario pero que no los hubiera dispuesto ni cobrado, así como los saldos disponibles en cuentas de entidades del sistema financiero nacional o del extranjero no retirados.
- e) Otros ingresos, entre ellos, los provenientes de préstamos que no reúnan las condiciones que señale el reglamento”.

- Decreto Supremo N° 122-94-EF (Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta), Artículo 21, inciso m), desarrolla el inciso g) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta y prevé que se consideran gastos de representación propios del giro del negocio: Los efectuados para representar a la empresa fuera de sus oficinas, locales o establecimientos y presentar una imagen para mantener o mejorar su posición de mercado, incluye obsequios y agasajos a clientes.

No se consideran: los gastos de viaje y las erogaciones dirigidas a la masa de consumidores reales o potenciales, como gastos de propaganda y que la deducción de gastos procederá cuando se encuentren acreditados fehacientemente.

- Decreto Legislativo N° 813 de 1996 (Ley Penal Tributaria), Artículo 4: “La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad y días-multa cuando: a) se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos (...)”-

En este marco, la normativa establece que *“son deducibles, los gastos de organización, los gastos preoperativos iniciales, los originados por la expansión de actividades de la empresa y los gastos de representación propios del giro o negocio, con un límite máximo preestablecido”* (artículo 37, literal q)¹¹¹.

Se consideran gastos de representación propios del giro del negocio: *“los efectuados para representar a la empresa fuera de sus oficinas, locales o establecimientos, y los destinados a mantener o mejorar su posición de mercado, incluidos los obsequios y agasajos a clientes.*

Además se requiere que los gastos para las deducciones sean debidamente sustentadas con documentación que cumplan con los requisitos y características mínimas del Reglamento de Comprobantes de Pago” (TUO de la Ley del Impuesto a la Renta)¹¹².

En el rubro 1.4. Conclusiones y recomendaciones, sobre los beneficios tributarios, el informe de seguimiento del MESISIC, formuló algunas recomendaciones, tales como *“fortalecer las normas para impedir beneficios tributarios por pagos que violan la legislación contra la corrupción. Para tal efecto, se propusieron medidas tales como:*

*Facilitar la detección de sumas pagadas por corrupción que se pretendan utilizar para obtener beneficios tributarios, adoptando procedimientos para revisar las solicitudes de otorgamiento, acceso a las fuentes, cruces de información en sistemas informáticos, coordinación institucional, capacitación, entre otros”*¹¹³.

¹¹¹ TUO Ley del Impuesto a la Renta. Ob Cit, Artículo 37 Literal q.

¹¹² TUO Ley del Impuesto a la Renta. Ob Cit, Artículo 37

¹¹³ El Perú consideró y adoptó medidas para crear, mantener y fortalecer normas para negar o impedir beneficios tributarios por pagos realizados en violación de la legislación contra la corrupción, el Comité propuso lo siguiente:

- a) Adopción de medidas para facilitar a las autoridades competentes la detección de sumas pagadas por corrupción, para obtener beneficios tributarios, como:
 - i. Manuales, guías o lineamientos para revisar las solicitudes de otorgamiento de beneficios, verificar requisitos establecidos, la veracidad de la información y constatar el origen del gasto o pago en el que se fundamenten.
 - ii. Acceso a las fuentes de información necesarias para verificar y constatar la información, así como la petición de información a entidades financieras.
 - iii. Programas informáticos que faciliten la consulta de datos o el cruce de información cuando lo requiera el cumplimiento de su función.
 - iv. Mecanismos de coordinación institucional que permitan la colaboración oportuna de otras autoridades, en aspectos tales como dictámenes de autenticidad de los documentos aportados con las solicitudes.
 - v. Programas de capacitación para alertar sobre las modalidades para disfrazar pagos por corrupción e instruirlos a detectar los pagos en las solicitudes.

Un segundo tema que aborda el mecanismo de seguimiento del MESISIC, es el relativo a la:

- (2) Prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. (Artículo III, párrafo 10 de la Convención).

En torno a la existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas, en el rubro 2.1, el informe expresa que el Perú cuenta con disposiciones sobre prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, destacando las siguientes:

“El Código de Comercio de 1902 obliga a las empresas a mantener registros contables de sus operaciones, llevados por contadores titulados, norma concordante con el Decreto Supremo N° 135-99-EF de 1999 (Texto Único Ordenado del Código Tributario) en las actividades u operaciones vinculadas a la tributación.

Paralelamente, se atribuye a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV), velar por la transparencia de los mercados, así como dictar las normas para elaborar y presentar los estados financieros de las empresas”¹¹⁴.

vi. Canales de comunicación para informar oportunamente a quienes deciden sobre el otorgamiento de los beneficios solicitados, las anomalías que detecten o cualquier irregularidad que pueda incidir en el sentido de la decisión.

114

- 2.1. Existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas
- Código de Comercio de 1902, Artículo 33 obliga a los comerciantes a mantener registros contables de operaciones, serán llevados por contadores titulados (artículo 35). Artículos 37 y 38: Constarán en registros, operaciones sobre enajenación y adquisición de activos, la relación exacta de deudas y obligaciones pendientes, el dinero, valores, créditos, efectos al cobro, bienes muebles e inmuebles, mercaderías y efectos, que constituyan su activo. Artículo 43: Los libros deben llevarse con claridad, por orden de fechas, sin espacios en blanco, interpolaciones, raspaduras, enmiendas, ni alteraciones, sustituyendo o arrancando los folios o de cualquiera otra manera.
 - Decreto Ley N° 26002 de 1992 (Ley del Notariado), artículos 112 al 116 regula la legalización de apertura de libros. Es recogida por el artículo 112 y siguientes del Decreto Legislativo N° 1049 de 25 de junio de 2008.
 - Ley N° 26887 de 1997 (Ley General de Sociedades) Artículo 223; Estados financieros de las sociedades anónimas se preparan y presentan conforme a la legislación aplicable y principios de contabilidad generalmente aceptados.
 - Decreto Supremo N° 135-99-EF de 1999 (Texto Único Ordenado del Código Tributario) Artículo 87, párrafo 4: Deudores tributarios llevan libros de contabilidad u otros y registros exigidos por las leyes, reglamentos o por la SUNAT, registrando operaciones tributarias. Es infracción tributaria, llevar con atraso mayor al permitido por las normas vigentes los libros y registros. Artículo 87 párrafo 7, Obligación de conservar los libros y registros, los documentos y antecedentes de las operaciones susceptibles de generar obligaciones tributarias o relacionadas mientras el tributo no prescriba.
 - Ley No. 26126 de 1992 (Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV), Artículo

Además, existen normas de carácter ético que regulan la actuación de los contadores públicos que establecen sus obligaciones en la administración y conservación de los libros contables y de entregar información a las autoridades competentes en las investigaciones en curso. La legislación penal, tipifica la contabilidad paralela, y el consignar información falsa en los libros contables.

De manera concordante, en el rubro 2.4 Prevención del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, el informe de seguimiento del MESISIC, formuló algunas recomendaciones, consistentes en:

“Establecer controles contables internos para las personas jurídicas que celebren contratos con el Estado, con otros Estados, evitar que el secreto profesional impida a los contadores públicos informar a las autoridades de los actos de corrupción que detecten al desempeñar su labor; campañas de concientización y promoción de la integridad dirigidas al sector privado y finalmente facilitar a los órganos encargados de prevenir y/o investigar el incumplimiento de las medidas que preserven los registros contables y detectar sumas pagadas por corrupción”¹¹⁵.

En el rubro 2.4. Conclusiones y recomendaciones, se aprecia respecto a la implementación por el Perú de lo dispuesto en el

2 le atribuye funciones de estudiar, promover y reglamentar el mercado de valores y controlar a las personas naturales y jurídicas que intervienen (inciso a) velar por transparencia de mercados de valores (inciso d); normas para elaborar y presentar estados financieros que reflejen razonablemente situación financiera, resultados de operaciones y flujos de efectivo de las empresas y entidades de su ámbito (inciso k); y vigilar la actuación de sociedades auditoras, regular el contenido de sus dictámenes y requerirles información o antecedente sobre el cumplimiento de sus funciones (inciso l).

- Ley N° 28951 de 2007 (Ley de Actualización de la Ley N° 13523, de Profesionalización del Contador Público y de Creación de los Colegios de Contadores Públicos), Artículo 5 Fines de las instituciones es velar por el respeto y cumplimiento de las normas de ética profesional.
- Código de Ética Profesional del Colegio de Contadores Públicos del Perú, Artículo 12. Miembros están obligados a guardar secreto profesional y no revelar los hechos, datos o circunstancias de los que tengan conocimiento en el ejercicio de su profesión, excepto la información requerida por las autoridades jurisdiccionales competentes por mandato de la Ley.
- Decreto Legislativo N° 635 de 1991 (Código Penal) Artículo 199 Contabilidad paralela: *“El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días-multa”.*
- Decreto Legislativo N° 813 de 1996 (Ley Penal Tributaria), Artículo 5: Será reprimido con pena privativa (...), el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables: a) Incumpla totalmente dicha obligación; b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables;

¹¹⁵ Informe de seguimiento de recomendaciones del MESISIC para el Perú. Ob Cit, Rubro 2.

artículo III 10 de la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción¹¹⁶, que el Comité de seguimiento del MESISIC recomendó¹¹⁷, la adopción de una serie de medidas puntuales que son similares a las anteriormente descritas en la evaluación de la implementación de las disposiciones de la Convención.

Las recomendaciones del Informe de seguimiento del MESISIC pusieron especial énfasis en “*reforzar la regulación del desempeño*”

¹¹⁶ Convención Interamericana contra la corrupción.

Artículo III Medidas preventivas.

A los fines del Artículo II de la Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos extranjeros, para asegurar que las personas jurídicas mantengan registros que reflejen exacta y con razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y establezcan controles contables internos para que su personal detecte actos de corrupción.

¹¹⁷ - Fortalecer normas para prevenir el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. Se propuso adoptar las siguientes medidas:

a) Establecer la obligación de que las personas jurídicas que contraten con el Estado u otros Estados, o con entidades nacionales o extranjeras con participación estatal, cuenten con controles contables internos adecuados a su naturaleza (artículo III, 10 de la Convención), así como pautas o guías para las auditorías internas para detectar anomalías o actos de corrupción.

b) Medidas para obligar a quienes asientan los registros contables y auditores internos para que, de detectar anomalías, informen al representante legal y los socios (sociedades), o miembros (asociaciones) y denunciarlas ante las autoridades competentes en caso delito.

c) Medidas para que el “secreto profesional” no sea obstáculo para que los profesionales regidos por el Código de Ética del Colegio de Contadores Públicos, puedan poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de corrupción que detecten en desarrollo de su labor.

d) Capacitación a los responsables de asentar los registros contables y dar cuenta de su exactitud, incluyendo la promoción de observar las normas sobre la veracidad de los registros y las consecuencias de su violación.

e) Campañas de concientización y de promoción de la integridad al sector privado y medidas como elaboración de manuales y guías para las empresas sobre las buenas prácticas a ser implementadas para prevenir la corrupción.

f) Medidas para facilitar a quienes previenen y/o investigan el incumplimiento de medidas para garantizar la exactitud de registros contables, a detectar sumas pagadas por corrupción ocultadas por éstos, como las siguientes:

i. Tácticas de investigación, como seguimiento de pagos, cruces de información y de cuentas, así como solicitudes de información a entidades financieras, para establecer la ocurrencia de tales pagos.

ii. Manuales, guías o lineamientos que orienten a los órganos de control a revisar los registros contables para detectar sumas pagadas por corrupción.

iii. Programas informáticos para acceder a la información sobre la veracidad de los registros contables y de comprobantes con los que éstos se fundamenten.

iv. Mecanismos de coordinación institucional que permitan a las instancias competentes obtener fácil y oportunamente la colaboración para verificar registros contables y comprobantes que los fundamenten.

v. Programas de capacitación de funcionarios de los órganos encargados de prevenir y/o investigar la violación de las medidas que garantizan exactitud de los registros contables, para alertar sobre las modalidades para disfrazar en dichos registros los pagos por corrupción y la manera de detectarlos.

*y accionar de las personas jurídicas, así como en el registro de su información (operaciones y actividades) contable y financiera. Situación que permita a los entes competentes facilitar el adecuado control y la mayor transparencia en su desempeño*¹¹⁸.

3. Soborno Transnacional (Artículo VIII de la Convención)

En el rubro, 3.1., relativo a la existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas, el informe de seguimiento expresa que el Perú cuenta entre otras, con disposiciones sobre el soborno transnacional, tales como:

La Ley N° 29316 que incorpora al Código Penal el artículo 397-A, que regula el cohecho activo transnacional, las diversas disposiciones del Código Penal que tipifican y sancionan como delito actividades colaterales como ampararse en el accionar de una persona jurídica, o actuar como su representante en la realización de la actividad delictiva.

El informe concluye en el rubro 3.4. Conclusiones y recomendaciones que *“el Perú ha adoptado medidas sobre el delito de soborno transnacional previsto en el artículo VIII de la Convención, formuló algunas recomendaciones: tales como evaluar la posibilidad de clarificar la expresión funcionario o servidor público de otro Estado, así como seleccionar y desarrollar procedimientos e indicadores de asistencia y cooperación para analizar los resultados objetivos obtenidos en la materia”*¹¹⁹.

¹¹⁸ Primero, la Ley General de Sociedades establece la posibilidad de realizar una auditoría externa a las sociedades anónimas abiertas (artículos 226 y 227), pero no existe obligación de las que celebren contratos con el Estado, con otros Estados, o con entidades nacionales o extranjeras con participación estatal, de contar con controles contables internos adecuados artículo III, 10 de la Convención). Se estimó utilizar pautas o guías para realizar auditorías internas para detectar anomalías o actos de corrupción, estando obligados los contadores a asentar los registros contables y de los auditores internos cuando los detecten, de informar al representante legal y socios (sociedades) o miembros (asociaciones) y denunciarlas ante las autoridades competentes en caso de que puedan constituir delito. Segundo, evitar que el “secreto profesional” impida a los contadores informen a las autoridades, los actos de corrupción que detecten en desempeño de su labor. Tercero, capacitar a quienes asientan los registros contables y dan cuenta de su exactitud, incluyendo la concientización de la importancia de cumplir las normas que garantice su veracidad y las consecuencias de su violación. Cuarto, Campañas de concientización y promoción de la integridad para el sector privado, elaboración de manuales y guías que orienten a las empresas sobre las buenas prácticas a ser implementadas para prevenir la corrupción. Quinto, Facilitar a los órganos encargados de prevenir y/o investigar el incumplimiento de las medidas que garanticen la exactitud de los registros contables y detectar pagos por corrupción ocultos por dichos registros.

¹¹⁹ Informe de seguimiento de recomendaciones del MESISIC para el Perú. Ob Cit, Rubro 3.4.

El rubro 6, del informe se pronuncia sobre figura de la extradición (Artículo XIII de la Convención), incidiendo en que el Perú contaba con un conjunto de disposiciones aplicables, destacando la Constitución Política de 1993 (artículo 37), el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957 de 2004).

Además, se incidió en la existencia en aquella época de los tratados de extradición vigentes suscritos por el Perú con Chile, México, Ecuador, Estados Unidos de América, Panamá, Paraguay, Brasil y Argentina, relación que incluye a los países de la Alianza del Pacífico materia de nuestra investigación¹²⁰.

¹²⁰ 3. Soborno Transnacional (Artículo VIII de la Convención)

3.1. Existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas

El Perú cuenta con la siguiente disposición relativa al soborno transnacional:

- Ley N° 29316 de 2009 (Modifica, incorpora y regula disposiciones para implementar el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos), incorpora al Código Penal el artículo 397-A, que regula el cohecho activo transnacional.
- Código Penal, Artículo 105: Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez aplicará todas o algunas de las medidas siguientes:
 1. Clausura de locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo.
 2. Disolución y liquidación de la persona jurídica.
 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Artículo 27 Código Penal: *“El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada”.*

3.2. Adecuación del marco jurídico y/o de otras medidas

Sobre la disposición por la cual el Perú tipificó el soborno transnacional (artículo VIII), se estimó pertinente para promover los propósitos de la misma; pero requirió clarificar la expresión funcionario o servidor público de otro Estado.

3.4. Conclusiones y recomendaciones

El Perú adoptó medidas sobre el soborno transnacional (artículo VIII de la Convención), pero se consideró atender las siguientes recomendaciones:

- a) Clarificar la expresión funcionario o servidor público de otro Estado.
- b) Seleccionar y desarrollar, a través de los órganos encargados de investigar y/o juzgar el soborno transnacional, al igual que de solicitar y/o brindar la asistencia y cooperación previstas en la Convención; procedimientos e indicadores, cuando sea apropiado y cuando ellos no existan aún, para analizar los resultados objetivos obtenidos en la materia.

5. Notificación de la tipificación del soborno transnacional (Artículo X de la Convención)

5.1. Existencia y previsiones de un marco jurídico y/o de otras medidas

El Perú tipificó como delito el soborno transnacional, (artículo VIII de la Convención), posteriormente notificó dicha tipificación al Secretario General de la OEA, mediante Nota N° 7-5-M/258 en la informa que mediante Ley N° 29316, se incorporó en el Código Penal el “cohecho activo internacional” o “soborno internacional”.

5.3. Con base en el análisis realizado en los acápites anteriores, se concluye que el Perú ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo X de la Convención.

Para efectos de afianzar la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción, así como activar mecanismos concretos en temas como el soborno transnacional, se constituyeron organismos especializados como la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones de la Fiscalía de la Nación (UCJIE)¹²¹, encargada de “centralizar la coordinación y ejecución de las acciones reguladas por el Libro Séptimo del Nuevo Código Procesal Penal”¹²².

Comité del Foro internacional de la OCDE Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina

Incorporación del Perú al Comité del Foro internacional de la OCDE

El 14 de octubre de 2014 con el intercambio de cartas de adhesión entre el Estado peruano, y la OCDE, el Perú se adhirió a la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), convirtiéndose en miembro pleno del Grupo de Trabajo Antisoborno de este organismo internacional¹²³.

La condición de miembro del Grupo de Trabajo Antisoborno, le permite al Perú compartir e intercambiar con los demás estados parte, experiencias exitosas y buenas prácticas en este ámbito.

El año 2009 el Perú presentó su solicitud de adhesión a la Convención Antisoborno de la OCDE, posteriormente, el 2012 el Grupo de Trabajo Antisoborno formuló una serie de observaciones referidas al estado de los siguientes temas:

- *“La regulación del decomiso del valor del producto del soborno,*
- *La incorporación de multas para personas naturales en el delito de cohecho internacional y,*
- *La responsabilidad autónoma de las personas jurídicas”*¹²⁴.

¹²¹ Creada por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 124-2006 del 3 de febrero de 2006.

¹²² Portal del Ministerio Público, Unidad de Cooperación Judicial Internacional y extradiciones, Disponible en: <https://www.mpfj.gob.pe/ucjie/> Visitada el 15 de agosto de 2018

¹²³ Representados por el Titular de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), el Fiscal de la Nación y por su Secretario General, respectivamente.

¹²⁴ Agencia Andina 14 de agosto de 2018. Disponible en: <http://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=635415> visitada el 14 de octubre de 2016

En ese sentido, el estado peruano procedió, a través de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a implementar las acciones para superar dichas observaciones, tales como:

Se modificó el artículo 102° del Código Penal para incorporar el decomiso del valor de los bienes ilícitamente obtenidos, así como regular la sanción pecuniaria para los delitos de corrupción¹²⁵.

En abril de 2016, el Perú cumplió con uno de los requisitos exigidos por la OCDE con la promulgación de la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional¹²⁶.

Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina

Acorde a expresado por la propia organización internacional, el Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina está destinado a reforzar la aplicación y el cumplimiento de las convenciones internacionales y regionales anticorrupción y promover la integridad en América Latina.

“Sobre esta base, la OCDE y la Organización de los Estados Americanos (OEA) firmaron en 2007 un memorando de entendimiento para instaurar un marco de cooperación para aplicar las iniciativas anticorrupción. El acuerdo apoya la consecución de objetivos comunes, tales como:

- *La modernización del Estado,*
- *La prevención y represión de la corrupción, y*
- *La promoción de la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CIACC o Convención de la OEA) y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)”¹²⁸.*

En este sentido, es importante destacar que el mencionado Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina constituye un mecanismo de diálogo, sobre la forma de cómo

¹²⁵ Código Penal. Artículo modificado por el Artículo 1 de la Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 102.- Decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito
El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello”.

¹²⁶ Agencia Andina 14 de agosto de 2018. Disponible en:
<http://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=635415> visitada el 14 de octubre de 2016

¹²⁸ Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina. Disponible en:
<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/programa-anticorrupcion-ocde-para-america-latina.htm> visitada el 11 de octubre de 2018

enfrentar el cohecho de funcionarios públicos extranjeros, entre los países signatarios de las convenciones de la OCDE, de la OEA y de las Naciones Unidas.

De esta manera, forman parte de este mecanismo, representantes de instituciones, tales como: Ministerios, organismos públicos y organizaciones no gubernamentales de América Latina, cubriendo así entidades gubernamentales, como del sector público, que se encuentran directamente involucradas en las actividades derivadas del soborno transnacional.

El Programa Anticorrupción de la OCDE también se orienta a desarrollar el diálogo y la colaboración con los actores del sector empresarial, en el entendido que su labor sobre la problemática jurídica para aplicar la Convención OCDE, complementa las actividades relacionadas con la prevención de la corrupción en las transacciones internacionales, que involucra la adopción de mecanismos de prevención interna en las empresas¹²⁹.

Incorporación del Perú

En concreto, en el caso del Perú, el 10 de mayo de 2018, el Congreso de la República aprobó Resolución Legislativa N° 30769¹³⁰, el proyecto de Ley N° 02529/29-PE, por el cual el Poder Ejecutivo propone la aprobación de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

Por su parte, el Poder Ejecutivo ratificó la Convención, mediante Decreto Supremo N° 011-2018-RE¹³¹ y el Ministro de Economía y Finanzas realizó el depósito respectivo el 28 de mayo de 2018, en la ciudad de París, durante el 10° Foro Económico Internacional de América Latina y el Caribe de la OCDE.

En este sentido, con la formalización de su participación en la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el Perú puede contar con un instrumento normativo que complemente la normativa nacional en la materia, que haga posible sancionar a funcionarios internacionales por los delitos de cohecho activo y pasivo en los que participen, inclusive como intermediarios, en las transacciones comerciales entre dos países.

¹²⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina, Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/programa-anticorrupcion-ocde-para-america-latina.htm> visitada el 13 de julio de 2018.

¹³⁰ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 16 de mayo de 2018.

¹³¹ Publicado el 19 de mayo de 2018.

Esta situación, permitirá en el futuro a las autoridades nacionales competentes afrontar en mejores condiciones, situaciones como la imposibilidad de sancionar a un funcionario extranjero por cohecho activo o pasivo, en una transacción comercial, por no ser funcionario del Estado objeto del soborno, sino solo un intermediario de esta práctica de corrupción transnacional.

Cumbre de las Américas 2018 “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”.

Los días 13 y 14 de abril de 2018, se realizó en la ciudad de Lima, la VIII Cumbre de las Américas, mecanismo de coordinación de los mandatarios de la región para abordar temas diplomáticos y comerciales de importancia regional; evento que congregó a treinta y tres 33 Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, que abordaron como tema central: “La gobernabilidad democrática frente a la corrupción”.

Las cumbres, que se celebran cada tres años, *“permiten a los mandatarios de la región definir en conjunto una agenda hemisférica al más alto nivel que aborda los desafíos urgentes e impulsa un cambio positivo”*¹³².

En este contexto, se aprobó en la sesión plenaria del 14 de abril de 2018, el Compromiso de Lima: “Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción”, documento de 57 puntos que reafirma el compromiso de los estados de la región para con los tratados en materia de lucha contra la corrupción, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹³³.

Asimismo, los estados de las Américas se comprometen a asumir esfuerzos conjuntos en una serie de rubros de interés en materia de cooperación regional en la lucha contra la corrupción, entre cuales se incorpora todo un capítulo sobre el tratamiento del soborno transnacional, tal como se comenta a continuación:

En el numeral E el documento, relativo a la Cooperación jurídica internacional, específicamente al combate al cohecho, al soborno internacional, al crimen organizado y al lavado de activos; y recuperación de activos, comprende una serie de medidas, entre las cuales se observa que:

¹³² Cumbre de las Américas. Lima Perú 2018. Disponible en: <http://www.viiicumbreperu.org/> visitada el 09 de julio de 2018

¹³³ Organización de Estados Americanos. Compromiso de Lima. Disponible en: http://www.summit-americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf visitada el 09 de julio de 2018

Los presidentes de América reafirman su voluntad de unir al más alto nivel gubernamental los esfuerzos regionales para impulsar la lucha contra la corrupción.

Para este objetivo, los Estados que representan convienen en identificar y postular la conveniencia de continuar implementando los mecanismos de aplicación previstos en las convenciones internacionales y regionales sobre la materia, y de las que son parte (especialmente ONU y OEA).

En este nuevo escenario refuerza sus respectivos mecanismos de seguimiento de los avances en su efectivo cumplimiento, incidiendo particularmente en la prevención y combate del soborno transnacional¹³⁴.

En relación a este último aspecto, destacan en el pronunciamiento emitido, la atención dedicada por los mandatarios de América a impulsar acciones conjuntas en los siguientes temas:

-
- ¹³⁴ E. Cooperación jurídica internacional; combate al cohecho, al soborno internacional, (...); y recuperación de activos, que comprende medidas tales como:
34. Avanzar en (...) la prevención y el combate del soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, continuando la implementación, antes de la IX Cumbre, de las recomendaciones del Mecanismo de Revisión de la Implementación de la Convención de la ONU contra la Corrupción y del MESICIC.
 35. Adoptar un marco legal para responsabilizar a las personas jurídicas por actos de corrupción, (conforme a las convenciones ONU e Interamericana), incluidos el cohecho interno e internacional, de no preverlo la legislación nacional.
 36. Prestación de asistencia Jurídica y acorde con los ordenamientos internos, a las investigaciones y procedimientos en asuntos civiles y administrativos de los actos de corrupción cometidos por personas físicas o jurídicas.
 37. Promover cooperación entre autoridades judiciales, administrativas, policías, fiscalías y unidades de inteligencia financiera en las investigaciones y procedimientos sobre (...) lavado de activos, cohecho y soborno transnacional.
 38. Promover entre las autoridades el intercambio de información, cooperación y coordinación para la investigación y persecución de actos de corrupción.
 39. Promover la cooperación entre las instituciones financieras, de supervisión financiera y las encargadas de investigar y enjuiciar los actos de corrupción para una respuesta rápida y efectiva en las investigaciones internacionales y recuperación de activos.
 40. Fortalecer el marco internacional de cooperación jurídica e institucional para prevenir que los sistemas financieros regionales puedan utilizarse para transferir y ocultar los fondos provenientes de actos de corrupción, incluyendo los tipos penales contemplados en las convenciones internacionales contra la Corrupción.
 41. Impulsar la adopción o fortalecimiento de medidas por las instituciones competentes, para permitir el embargo preventivo, la extinción de dominio y la confiscación de activos producto de la corrupción.
 42. Profundizar la participación de los Estados en las redes e iniciativas multilaterales contra el lavado de activos, mediante la asistencia en la identificación, rastreo, embargo preventivo, confiscación, decomiso y recuperación de activos.

La asistencia jurídica y la cooperación entre las autoridades competentes de sus países en las actividades de investigación de los delitos de corrupción, poniendo énfasis entre otros, en temas como el señalamiento de la responsabilidad que asiste a las personas jurídicas involucradas en estas prácticas de corrupción.

También se incide en la asistencia y cooperación entre las autoridades competentes en el intercambio de información para investigar los delitos de soborno transnacional, así como la aplicación de medidas de prevención para prevenir el ocultamiento de fondos provenientes de prácticas de corrupción en los sistemas financieros, además de las destinadas a la recuperación de activos.

3.2 Marco normativo vigente peruano

3.2.1 La regulación nacional del soborno transnacional en el Perú.

Una vez analizado el marco normativo que regula las obligaciones internacionales el Perú en materia de lucha contra la corrupción, en especial en lo que refiere al tratamiento del soborno transnacional, es pertinente centrar la atención en la revisión de la legislación vigente en el país, sobre esta materia.

Normativa vigente

En este punto abordamos el estado actual de la regulación en la normativa nacional de las principales figuras vinculadas a la práctica del soborno transnacional, de esta forma tenemos lo siguiente:

Cohecho activo transnacional

La Ley n° 29316, Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América, en su artículo 1°, resuelve entre otros, incorporar el artículo 397- A al Código Penal, dispositivo que regula el Cohecho activo transnacional.

En este sentido, tenemos que la regulación del soborno transnacional se inició en el Perú, con la figura del cohecho activo transnacional, con la Ley N° 29316.

Tal como lo indica en su enunciado, la norma citada se emitió, como resultado del proceso de negociaciones que sostuvo la República del Perú con el gobierno de los Estados Unidos de América con el propósito de implementar el acuerdo de promoción comercial entre ambos países.

El artículo 1° de la citada Ley, incorpora al Código Penal, entre otras disposiciones, el artículo 397-A, que define para la normativa peruana, el Cohecho activo transnacional, como figura central el soborno transnacional, en los términos siguientes:

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público, donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años”¹³⁵.

Por su parte el artículo único de la Ley N° 30111 - Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos, actualiza la regulación el delito, incorporando como su enunciado lo expresa la pena de multa en la comisión de este delito.

“Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. ()¹³⁶*

El Decreto Legislativo N° 1243 que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos contra la administración pública y crea el Registro único de condenados inhabilitados, incorpora la inhabilitación para quien

¹³⁵ Ley N° 30111 - Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Disponible en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/LEY_29316.pdf. Visitada el 11 de octubre de 2018.

¹³⁶ Ley N° 29326 - Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2013/11/27/ley-n-30111-ley-que-incorpora-la-pena-de-multa-en-los-delitos-cometidos-por-funcionarios/>. Visitada el 11 de octubre de 2018.

incurra en la comisión del cohecho pasivo transnacional, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 397-A. Cohecho activo transnacional

El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”¹³⁷.

De la revisión del dispositivo y de sus sucesivas modificatorias, se puede apreciar, que la regulación del soborno transnacional en el Perú, reviste un carácter abierto en la medida que establece que cualquier persona, bajo la descripción de “el que”, “bajo cualquier modalidad”, incidiendo con ello en la posibilidad de que cualquier persona pueda ser sujeto activo del delito de soborno transnacional, recurriendo para ello a la configuración de cualquier modalidad, mediante la cual incurra en la práctica de ofrecer, otorgar o prometer.

Es decir se le otorga a la regulación nacional un factor de intemporalidad que puede desdoblarse en una oferta o promesa anterior a la realización de la prestación que se quiere obtener del funcionario público extranjero, o en la entrega con posterioridad a su ejecución.

Esta práctica puede darse de manera directa o a través de tercero “indirectamente”, siendo que el sujeto pasivo puede ser un funcionario público de otro Estado o de un organismo internacional.

¹³⁷ Decreto Legislativo N° 1243 – Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos contra la administración pública y crea el Registro único de condenados inhabilitados, incorpora la inhabilitación para quien incurra en la comisión del cohecho pasivo transnacional. Disponible en: <http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2016/10/22/1444966-1.html>. Visitada el 11 de octubre de 2018.

Para estos efectos, el contenido del soborno reviste la condición de un donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido, en el sentido que lo que es materia e entrega, no corresponde a lo previsto o permitido por la ley, en consideración a las actividades del funcionario o servidor público extranjero que lo recibe.

En relación al beneficiario, el beneficio indebido puede ser directamente en provecho del funcionario o servidor público que lo recibe o se le promete, o también en el de otra persona.

El objeto de esta práctica se dirige a que el servidor o funcionario realice u omita actos propios de su cargo o empleo, contraviniendo sus obligaciones (cohecho propio) o inclusive, cumpliendo sus obligaciones (cohecho impropio).

La finalidad del otorgamiento del soborno a un funcionario o servidor público extranjero, se orienta a obtener o retener a favor de quien lo hace, un negocio u otra ventaja indebida, asociándola a la existencia de actividades económicas o comerciales internacionales.

Progresivamente la legislación nacional conviene en incorporar la pena de multa, así como la inhabilitación para quienes incurran en estas conductas.

Soborno internacional pasivo

La legislación nacional procede a incorporar la figura complementaria del soborno transnacional, el soborno internacional pasivo. De esta forma el artículo 2° de la Ley N° 29703, dispone la incorporación del artículo 393-A al Código Penal, con el texto siguiente:

“Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

*El funcionario o servidor Público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el perjuicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”.*¹³⁸

¹³⁸ Ley N° 29703 - Ley que incorpora al Código Penal respecto del delito contra la administración pública. Disponible en: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/27215812/normanac076.pdf>. Visitada el 11 de octubre de 2018.

Posteriormente, el artículo único de la Ley N° 30111 incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. ()*¹³⁹

De manera complementaria, el Decreto Legislativo N° 1243 que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública y crea el Registro único de condenados inhabilitados, incorpora la inhabilitación para este delito, de la siguiente manera:

“Artículo 393-A. Soborno internacional pasivo

*El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*¹⁴⁰

¹³⁹ Ley N° 30111 - Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Disponible en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/LEY_29316.pdf. Visitada el 11 de octubre de 2018.

¹⁴⁰ Decreto Legislativo N° 1243 – Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos contra la administración pública y crea el Registro único de condenados inhabilitados, incorpora la inhabilitación para quien incurra en la comisión del

En este sentido, se puede apreciar que, acorde con las obligaciones contraídas por el Perú, en virtud de los tratados internacionales de los que forma parte; la normativa nacional incorpora progresivamente a la regulación de la figura del soborno transnacional, la modalidad del soborno internacional pasivo, complementándola también, con la sanción económica e inhabilitación para el ejercicio de la función.

3.2.2 Corrupción el sector privado.

En torno a los esfuerzos de las autoridades nacionales por afrontar la necesidad de regular en específico la interacción de la corrupción de las entidades del Estado con los agentes del sector privado; la Secretaria de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros PCM, instancia rectora de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, anunció que el Poder Ejecutivo estudiaba emitir una norma para sancionar la corrupción en el sector privado y considerando como delito, el accionar de una persona en perjuicio de la empresa.

En este sentido, explicó que la normativa considerará como una conducta que denota la corrupción, cuando una determinada persona actúe, entre privados, en perjuicio del interés de la empresa y busque beneficiar a una tercera o terceras personas.

Añade que “eso no estaba tipificado como corrupción, pero ahora se hace. La idea es que el sector privado cuente con herramientas para denunciar cuando hay personas que, en perjuicio de los interés de la propia empresa, actúan en confluencia con terceros”¹⁴¹.

Consecuentemente, se publicó el Decreto Legislativo N° 1385, que sanciona la corrupción en el ámbito privado, que modifica el Código Penal para regular como delito aquellos actos de corrupción entre privados que afectan el correcto desempeño de las relaciones comerciales y la competencia leal entre empresas¹⁴².

cohecho pasivo transnacional. Disponible en:
<http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2016/10/22/1444966-1.html>.
Visitada el 11 de octubre de 2018.

¹⁴¹ Afinan norma para sancionar corrupción en sector privado. Portal Diario Oficial El Peruano. 18 de agosto de 2018 Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-afinan-norma-para-sancionar-corrupcion-sector-privado-70246.aspx> Visitada el 11 de octubre de 2018.

¹⁴² Decreto Legislativo N° 1385 – Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el sector privado. Artículo 1. Disponible en:
<http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2016/10/22/1444966-1.html>.
Visitada el 11 de octubre de 2018.

De esta manera, el artículo 2° de la citada norma incorpora los artículos 241-A y 241-B en el Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 241-A.- Corrupción en el ámbito privado

El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales”¹⁴³.

Los cambios en la normativa penal nacional, también incluyen los supuestos de que se produzcan prácticas de corrupción al interior de los entes privados, que para el caso de nuestra investigación, sobre el soborno transnacional, recae en la actuación de las empresas, que otorgan sobornos. Así se regula de la siguiente manera:

“Artículo 241-B.- Corrupción al interior de entes privados

El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o

¹⁴³ Decreto Legislativo N° 1385 – Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el sector privado. Ob.Cit. Artículo 2.

indirectamente acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto en perjuicio de la persona jurídica, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, promete, ofrece o concede a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto en perjuicio de la persona jurídica.

En los supuestos previstos en este artículo solo se procederá mediante ejercicio privado de la acción penal¹⁴⁴.

De esta manera, el Estado peruano opta por regular lo que denomina la corrupción en el sector privado, tipificando la conducta, penalizando y sancionando las actividades ilícitas de sus agentes, mediante práctica de “cohecho activo o pasivo” en su quehacer en la empresa privada, y que fundamentalmente vayan en perjuicio de las actividades o intereses de éstas; siendo que de una parte que incidan en:

- (i) La adquisición o comercio de bienes o mercancías,
- (ii) La contratación de servicios o relaciones comerciales y de la otra que, teniendo una naturaleza más particular, perjudiquen a la persona jurídica específicamente.

La situación expuesta, que regula la corrupción en las actividades irregulares de los agentes del sector privado, adquiere mayor importancia si es que proyectamos su incidencia en las relaciones comerciales internacionales que emprenden estas empresas, con agentes, entidades o funcionarios del sector público de otros países, en las que la corrupción en la competencia entre privados puede

¹⁴⁴ Decreto Legislativo N° 1243 – Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos contra la administración pública y crea el Registro único de condenados inhabilitados, incorpora la inhabilitación para quien incurra en la comisión del cohecho pasivo transnacional. Disponible en: <http://www.elperuano.com.pe/NormasElperuano/2016/10/22/1444966-1.html>. Visitada el 11 de octubre de 2018.

distorsionar las relaciones comerciales con los entes del Estado, con la entrega de dádivas a sus funcionarios.

Un punto complementario a considerar en relación a la corrupción en el sector privado, y que puede constituir una herramienta de prevención para controlar su ocurrencia, es el establecimiento de cláusulas anticorrupción en los contratos de infraestructura que celebren con las entidades del Estado.

Clausulas anticorrupción en contratos de infraestructura

Es importante destacar en este punto, de la información que figura en el Observatorio de Integridad, la introducción de las cláusulas anticorrupción, en los contratos de las ejecución de los proyectos de infraestructura.

Esto se da de conformidad a la recomendación VII. de la Comisión Presidencial de Integridad, organismo gubernamental encargado de *“proponer medidas concretas para promover la integridad y el respeto a los principios éticos en la función pública con la finalidad de fomentar la transparencia y prevenir y sancionar la corrupción”*¹⁴⁵.

La recomendación que pretende *“evitar la corrupción en las obras públicas de infraestructura y fortalecer la autonomía de los organismos reguladores en la materia, asegurando que los contratos de las grandes obras públicas de infraestructura cuenten con cláusulas anticorrupción, comprometiendo en esta tarea a las instituciones del Poder Ejecutivo y a las entidades del sector privado”*¹⁴⁶.

De esta manera, el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley de Contrataciones del Estado - Ley 30225, dispone en el numeral 32.3 del artículo 32° de la norma, que los contratos regulados por la citada ley incluyen necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras, las cláusulas referidas a: b) Anticorrupción, conforme a lo previsto en el reglamento¹⁴⁷.

Asimismo, el numeral 36.2 del artículo 36° de la Ley, respecto a la resolución del contrato, *“establece que cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados, siendo el caso establecer que no corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción*

¹⁴⁵ <https://plataformaanticorruccion.pe/wp-content/uploads/2017/07/Informe-Final-Comision-Presidencial-de-Integridad.pdf>. Visitada el 09 de julio de 2018

¹⁴⁶ Plataformaanticorruccion.pe. Comisión Presidencial de Integridad. Ob.Cit. Recomendación VII

¹⁴⁷ Decreto Legislativo N° 1341 – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-30225-ley-de-con-decreto-legislativo-n-1341-1471548-1/> Visitada el 11 de diciembre de 2018. Artículo 32 Numeral 32.3

*de funcionarios o servidores propiciada por el contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley; supuesto que se inserta en los casos de soborno por particulares*¹⁴⁸.

*De manera concordante, el numeral 40.5 del artículo 40° que regula la responsabilidad del contratista, establece que en todos los casos, los contratos incluirán una cláusula de no participación en prácticas corruptas, conforme al numeral 32.3 del artículo 32 de la presente Ley, bajo sanción de nulidad*¹⁴⁹.

Otro aspecto importante a considerar en el tema de la corrupción en el sector privado, tratado en el presente trabajo, es el relativo a:

Norma Técnica Peruana ISO 37001 - “Sistema de gestión Antisoborno”

El 12 de julio de 2018, el Ministerio de la Producción (PRODUCE) mediante el Instituto Nacional de Calidad (INACAL) anunció la Norma Técnica Peruana ISO 37001 “Sistema de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso”, conocida como “Norma Antisoborno” destinada a prevenir, detectar y enfrentar casos de soborno en una organización.

Se indica que la Norma Técnica Peruana (NTP) establece los requisitos y brinda una guía o modelo para prevenir actos de soborno en las organizaciones, públicas, privadas y ONG. Esta situación implica que dichas organizaciones implementen una serie de políticas, procedimientos y controles razonables y proporcionales de acuerdo con los riesgos que enfrentan cada día en su organización, con el propósito de obtener la Certificación de un Sistema de Gestión Antisoborno, que les permita contar con mayores oportunidades de negocio y generar mayor confianza entre sus clientes y proveedores¹⁵⁰.

3.2.3 Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

Un tema complementario, pero que entendemos es consustancia, para una efectiva regulación y combate del soborno transnacional en el Perú, es el de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que intervienen en esas prácticas de corrupción con incidencia internacional.

¹⁴⁸ Decreto Legislativo N° 1341. Ob. Cit. Artículo 36 Numeral 36.2

¹⁴⁹ Decreto Legislativo N° 1341 Ob. Cit. Artículo 40 Numeral 40.5

¹⁵⁰ Norma Técnica Peruana ISO 37001 - “Sistema de gestión Antisoborno”. Portal de Instituto Nacional de la calidad. Disponible en: <https://www.inacal.gob.pe/principal/noticia/norma37/> Visitada el 11 de diciembre de 2018.

De esta manera, el 20 de abril de 2016, se aprobó la Ley N° 30424 - Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de soborno activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1352.

La norma amplía este tipo de responsabilidad, por *“considerar que se debe establecer un nuevo campo de responsabilidad administrativa que regule, además del delito de cohecho activo transnacional, la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas que participan en otros delitos de corrupción, como el cohecho activo genérico y cohecho activo específico, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que vaya más allá de la responsabilidad que corresponda a las personas que realicen estos actos en su nombre”*¹⁵¹.

Posteriormente, la citada ley cambió su denominación, pasando a llamarse Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, siendo que el artículo 1° modificado extiende la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en el Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos, entre otros; los delitos de Colusión, Aprovechamiento indebido del cargo, Cohecho activo transnacional, Cohecho activo específico y Tráfico de influencias, respectivamente¹⁵².

Sujeto activo.

En este sentido, la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas *“considera como tales a las entidades de derecho privado, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”*¹⁵³.

Al respecto, cabe resaltar que se deja establecido expresamente que, el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad, no impiden en ningún caso, la atribución de responsabilidad a la misma¹⁵⁴.

¹⁵¹ Ley N° 30424 - Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de soborno activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1352. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/> Visitada el 12 de diciembre de 2018.

¹⁵² Por mandato de la Ley N° 30835, publicada el 02 de agosto de 2018.

¹⁵³ Ley N° 30835 Ob. Cit.

¹⁵⁴ Ley N° 30424 Ob. Cit. Artículo 2

Con esta medida, se disuade la práctica fraudulenta en la que incurren algunas empresas, de cambiar su denominación para eximirse de responsabilidad.

En el caso específico de la atribución de responsabilidad administrativa, que es materia de atención en este punto, el artículo 3° señala que las personas jurídicas son responsables administrativamente, entre otros (supuestos), por el delito de cohecho activo transnacional, cuando haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

“Sus personeros o representantes oficiales, persona natural sometida a la autoridad y control de los anteriores, y por la actividad de estos terceros, cuando los personeros o representantes oficiales de la empresa hayan incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control.

Las matrices de las entidades asumen responsabilidad siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Sin embargo, añade, que las personas jurídicas no son responsables cuando las personas naturales hubiesen cometido el cohecho en beneficio propio o de un tercero distinto a la persona jurídica”¹⁵⁵.

En este punto, es importante precisar que, tal como expresamente lo sostiene el artículo 4° de la ley, que consagra la autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, respecto de la responsabilidad penal de la persona natural¹⁵⁶.

De manera complementaria, se debe considerar el modelo de prevención que deben adoptar personas jurídicas para evitar incurrir en prácticas de corrupción, como el soborno transnacional. El modelo, de acuerdo con el numeral 17.2 del artículo 17° de la Ley N° 30424, debe contener como mínimo los siguientes elementos:

“1. Un encargado de prevención, autónomo, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica.

¹⁵⁵ Ley N° 30424. Artículo 3°. Las personas jurídicas son responsables administrativas por el delito de cohecho activo transnacional, por las actividades de:

- a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, filiales o subsidiarias.
- b. La persona natural sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.
- c. La persona natural señalada anteriormente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

¹⁵⁶ Ley N° 30424. Artículo 4°.

2. *Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión del soborno transnacional.*
3. *Implementación de procedimientos de denuncia.*
4. *Difusión, capacitación periódica, evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.*

17.4 En las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se aplica sin perjuicio de la labor de los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control. Se excluye la responsabilidad de la persona jurídica, cuando las personas naturales que la integran cometen el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado”¹⁵⁷.

Posteriormente, el 10 de enero de 2019, se publicó mediante Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, el Reglamento de la Ley N° 30424 - Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, que contiene el desarrollo de los procedimientos a ser aplicados por las empresas para adoptar modelos de prevención, mediante la mejora de su organización y procedimientos internos para cautelar su accionar probo y reducir riesgos, con la consiguiente asignación de responsabilidades.

Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente.

Otro tema importante a considerar en la responsabilidad de las personas jurídicas sancionadas administrativamente, es la constitución y funcionamiento de registro correspondiente, conforme lo establece la Quinta Disposición Complementaria y Final de la mencionada Ley N° 30424.

En este caso, el Poder Judicial implementa un registro informático público para la inscripción de las medidas impuestas a las personas jurídicas, incluyendo el nombre, clase de medida y duración, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, además de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente¹⁵⁸.

3.2.4 Aspectos pendientes de regulación o implementación

Tal como se indicara en los capítulos precedentes, resulta importante señalar la necesidad de identificar algunos aspectos a ser reforzados en la regulación de la figura del soborno transnacional y sus mecanismos complementarios, señalándose los siguientes:

¹⁵⁷ Ley N° 30424. Artículo 17° Numeral 17.4.

¹⁵⁸ Ley N° 30424. Artículo 17° Quinta Disposición Complementaria y Final.

- Perfeccionar la regulación de la figura del cohecho internacional pasivo, para sancionar a aquellos funcionarios públicos nacionales que actúen solicitando o recibiendo sobornos para contravenir el ejercicio de sus funciones en beneficio de empresas extranjeras.
- Regular la participación de particulares nacionales (empresarios y otros), como intermediarios o gestores en las transacciones efectuadas entre las empresas extranjeras y funcionarios públicos nacionales que constituyan soborno transnacional
- Adoptar mayores medidas coercitivas para sancionar a las empresas nacionales y extranjeras que participen en actividades de soborno transnacional en el país, como suspensión de operaciones en el país, congelamiento o decomiso de bienes y cuentas.

En relación a los mecanismos de cooperación internacional, se consideró lo siguiente:

- Adoptar una legislación uniforme en materia de soborno transnacional con los países de la región, siguiendo los lineamientos de la Convención Interamericana contra la corrupción, a fin de facilitar un lenguaje común, que permita activar mecanismos más dinámicos y efectivos de cooperación.
- Perfeccionar los mecanismos de cooperación jurídica internacional que gana posible el fluido trámite de entrega de información entre las autoridades de cada estado, así como de las solicitudes de extradición que puedan presentarse en el marco de una investigación por soborno transnacional por parte de algún ciudadano que no se encuentre al alcance de la justicia del país que investiga los hechos.

A manera de conclusiones del presente capítulo, podemos apreciar lo siguiente:

1. Resulta pertinente que la legislación peruana pueda incorporar medidas destinadas a hacer posible la oficialización de mecanismos de articulación entre las instituciones vinculadas al control de la corrupción, tales como el Poder Judicial, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales – OSCE, Ministerio de Justicia y sus Procuradurías Públicas, Ministerio del Interior, cada en sus respectivos ámbitos de competencia.
2. El sistema así constituido, permitirá poner en práctica medidas coordinadas y oportunas para viabilizar la prevención, detección y sanción de actos de soborno de funcionarios públicos.

3. De manera tal que se pueda identificar los puntos críticos de la gestión pública susceptibles de actos de corrupción (como el caso de la ejecución de obras públicas emblemáticas, control de la ejecución de los presupuestos asignados).
4. Se podrá agilizar los procedimientos de detección y procesamiento de los funcionarios y servidores públicos, así como particulares responsables (responsabilidad de las personas jurídicas), además de las medidas complementarias de auto regulación y sanción a personas jurídicas y decomiso de bienes provenientes de la corrupción.



CONCLUSIONES

1. El soborno transnacional es un fenómeno corruptor cuyos efectos trasgreden las fronteras nacionales, dado que altera las reglas del libre comercio entre las empresas que participan en un proceso de selección y contratación de bienes, servicios y obras, así como atenta contra la seguridad jurídica de las transacciones económicas internacionales; por lo que constituye un factor que no puede ser regulado solamente en términos de la legislación nacional.

En ese sentido, requiere de su adecuada regulación en los tratados internacionales anticorrupción, así como la implementación en las legislaciones nacionales de los compromisos asumidos en estos acuerdos.

2. Acorde a la información obtenida de los estudios y consultas realizadas a representantes de sectores empresariales de diversos países, el soborno transnacional tiene como una de las mayores áreas de acción, los procesos de selección para la ejecución de obras de infraestructura pública, en razón a la complejidad de las operaciones y actividades de índole técnico especializado, así como la envergadura de los presupuestos públicos involucrados para la contratación de dichas obras.
3. El soborno de funcionarios públicos propiamente dicho, tiene un múltiple efecto negativo, pues distorsiona la correcta asignación de los recursos del Estado, disminuye la calidad de los servicios públicos, encareciéndolos y por tanto disuade de su consumo a los sectores de menores ingresos.

Además afecta directamente la credibilidad de sus funcionarios de alto rango, incluyendo a ex mandatarios y ministros de Estado que son procesados por cargos de recibir sobornos de empresas extranjeras y por ende socava directamente la legitimidad de sus instituciones.

4. El bien jurídico tutelado del soborno transnacional tiene dos vertientes, el primero, el correcto funcionamiento de la administración pública del país a cuyo personal se entrega un soborno, que tiene como inconveniente la protección de la administración pública de otro país, al no ser competente el Estado que regula. El segundo es la lealtad en el comercio internacional, para cuya protección los Estados convienen, primero unilateralmente, luego vía multilateral, en preservar la equidad las reglas de juego en la materia.
5. Los países de la Alianza del Pacífico buscan adecuar su regulación para adecuarse a los términos que establecen los acuerdos internacionales anticorrupción de los que forman parte. Sus legislaciones acogen y se adaptan a los modelos adoptados en las citadas convenciones internacionales anticorrupción, con algunas particularidades que sirven para enriquecer el análisis a nivel de la legislación comparada.

6. En lo que concierne a los aportes de las legislaciones nacionales, debiera considerarse como en la normativa chilena respecto al alcance de la figura del soborno transnacional, que comprende a la persona que ofreciere dar un beneficio económico a un funcionario público extranjero por haber efectuado o haber incurrido en acciones u omisiones en el ejercicio de su función.

Es decir no sólo se queda en la posibilidad de otorgar el soborno, como lo denotaría el término “ofrecer”, sino que también lo extiende a la entrega del beneficio que puede ser con posterioridad inclusive a la comisión u omisión de actos en el ejercicio de sus funciones.

Además, se comprende el supuesto de aquel agente que en las mismas condiciones, consintiere en dar el referido beneficio, dando a nuestro entender la posibilidad de regular y sancionar las actividades de los intermediarios en este tipo de actividades.

7. Entre los principales aportes identificados en los instrumentos internacionales anticorrupción, se encuentra lo siguiente:

Respecto de los elementos constitutivos del soborno transnacional:

- La Convención de la ONU alude a la promesa, ofrecimiento o entrega intencional a funcionario público extranjero o de una organización internacional.
- La Convención de la OCDE añade que la participación delictiva se extiende a la incitación, ayuda y encubrimiento o la autorización de soborno de este funcionario extranjero.
- La Convención Interamericana la relaciona con una operación económica o comercial, sin el carácter de negocio internacional.

Respecto al régimen de sanciones aplicable al soborno transnacional:

- La Convención de la OCDE dispone que si no existiere responsabilidad penal para personas jurídicas, estarán sujetas a sanciones no-criminales, que incluyen las de naturaleza pecuniaria.
- La Convención de la ONU dispone la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de aquellos de sus integrantes que incurran en delito.

Sobre los mecanismos de asistencia jurídica o judicial recíproca:

- La Convención de la OCDE requiere la asistencia rápida y efectiva en investigaciones y procedimientos.
- La Convención interamericana, establece la asistencia al trámite de solicitudes de las autoridades que investigan o juzgan actos de corrupción, así como la cooperación técnica para su prevención, detección, investigación y sanción.
- La Convención de la ONU prevé la asistencia judicial en las investigaciones, procesos y actuaciones de los delitos que regula.

Sobre la adopción de medidas complementarias que impidan el soborno de funcionarios públicos extranjeros:

- La Convención Interamericana requiere asegurar que las sociedades mercantiles y otras administren registros y establecer controles internos para detectar actos de corrupción.
- La Convención de la OCDE incluye medidas para establecer que los bienes derivados del soborno y su valor, sean sujetos a embargo y decomiso o sanciones pecuniarias.
- La Convención de las Naciones Unidas respecto al Sector Privado, dispone adoptar medidas para conservar la documentación administrativa y financiera de las entidades.

8. En los últimos años el Perú viene adaptando progresivamente a su legislación interna una serie de compromisos asumidos en virtud de los tratados internacionales anticorrupción de los que es parte.

Consecuentemente ha legislado sobre las figuras del soborno internacional activo, el soborno o cohecho internacional pasivo, así como la responsabilidad de las personas jurídicas que intervienen en estas prácticas de corrupción.

9. Existe la necesidad de reforzar la legislación nacional en materia de regulación de soborno transnacional, que figura fundamentalmente en el Código Penal y leyes complementarias, a fin de prevenir, detectar y sancionar oportuna y apropiadamente estas conductas, así como de afianzar las posibilidades de cooperación internacional en su adecuada represión con los países de la región, especialmente con aquellos que integran la Alianza del Pacífico.
10. La regulación del soborno transnacional en el Perú, reviste un carácter abierto en la medida que establece con carácter genérico que cualquier persona: “el que”, “bajo cualquier modalidad”, lo que permite la posibilidad de que cualquier persona pueda ser partícipe de la conducta del soborno transnacional, recurriendo para ello a la configuración de cualquier modalidad, mediante la cual incurra en la práctica, consistente en ofrecer, otorgar o prometer; es decir se le otorga a la regulación nacional un factor de intemporalidad que puede desdoblarse en una oferta o promesa anterior a la realización de la prestación que se quiere obtener del funcionario público extranjero con la entrega del soborno, o en la entrega posterior a la ejecución de esta prestación.
11. Resulta pertinente que la legislación peruana pueda incorporar medidas destinadas a hacer posible la oficialización de mecanismos de articulación entre las instituciones vinculadas al control de la corrupción, tales como el Poder Judicial, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales – OSCE, Ministerio de Justicia y sus Procuradurías Públicas, Ministerio del Interior, cada en sus respectivos ámbitos de competencia.

El sistema así constituido, permitirá poner en práctica medidas coordinadas y oportunas para viabilizar la prevención, detección y sanción de actos de soborno de funcionarios públicos, pudiéndose

identificar los puntos críticos de la gestión pública susceptibles de actos de corrupción. Además de agilizar los procedimientos de detección y procesamiento de los funcionarios y servidores públicos, así como particulares responsables.

12. Constituye un hecho importante la incorporación en la legislación peruana de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, a fin de que éstas puedan ser pasibles de la identificación respectiva, así como de la imposición de sanciones concretas que repriman y desestimulen su utilización como instrumentos idóneos para concretar las prácticas de soborno de funcionarios públicos extranjeros.

A este respecto, debe considerarse como lo hace la legislación colombiana en la materia, la responsabilidad y consiguiente imposición de sanciones de las personas jurídicas en función al grado de conocimiento de sus órganos de administración respecto del soborno en la transacción internacional y el daño originado o el beneficio logrado, como factores a considerar.

13. Resulta necesario considerar que el Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción 2018- 2021 incorpore expresamente dentro de sus puntos de interés, específicamente en los ejes y objetivos estratégicos; la necesidad de implementar políticas destinadas concretar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado peruano en virtud de los tratados internacionales en materia anticorrupción.
14. Entre estas medidas debiera contemplarse la oficialización de mecanismos de articulación entre las instituciones vinculadas al control de la corrupción, de medidas coordinadas y oportunas para viabilizar la prevención, detección y sanción de actos de soborno, identificando puntos críticos (obras públicas emblemáticas) y agilización de procedimientos de detección y proceso de los responsables.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Vita, Juan. Tratados Internacionales y Ley Interna. Lima, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Camargo, Pedro Pablo. Tratado de Derecho Internacional. Bogotá. Temis 1983. 02 tomos.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Curso de Derecho Internacional Público. Tecnos 1991.
- Díaz Castillo, Ingrid, Odebrecht: El escándalo del siglo. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MmQSuSaw/MHE>
- Díez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid, Tecnos. 1983. 2 tomos.
- Dimant, Eugen. "The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective". Economics, No. 2013-59, 2013. Disponible en: <http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2013-59>.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. Coord. La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos. Salamanca, Ratio Legis, 2000,
- Gadea Benavides, Héctor. El Foreign Corrupt Practice Act y la responsabilidad penal de la empresa. Themis Revista de Derecho. N° 68° Diciembre de 2015. Páginas: 153-162 https://app.vlex.com/#WWW/vid/651876997/graphical_version
- García Montufar, Guillermo. Derecho Internacional Público. Lima, Gráfica Horizonte, 2002.
- González Serrano, Claudia Yelica Lusic Nadal, Guía de Apoyo Jurídico y Análisis para Investigaciones relativas al Delito de Soborno Transnacional, Santiago de Chile, octubre de 2014. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2016/16-02538_S_ebook.pdf
- Kaufman; Daniel. Montoriol-Garriga Judit. Recanatini Francesca. How does bribery affect public service delivery?. November 21, 2005, disponible en: www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/peru-services-nov21.pdf
- Kaufmann, Daniel, "Myths and Realities of Governance and Corruption," MPRA Paper 8089, University Library of Munich, Germany. 2005. Disponible en: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/8089/1/MPRA_paper_8089.pdf
- Malem Seña, Jorge F. Globalización, comercio internacional y corrupción, Barcelona, Gedisa, 2000

- Manfroni, Carlos A. Werksman, Richard. La Convención Interamericana contra la Corrupción - Anotada y Comentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997
- Manfroni, Carlos A. Soborno Transnacional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998
- Núñez García-Sauco, Antonio, La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinario. Salamanca. Ratio Legis, 2004.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD. Consequences of corruption at the sector level and implications for economic growth and development. 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264223781>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina, Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/programa-anticorrupcion-ocde-para-america-latina.htm>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE. “La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América Latina”. s/f. Disponible en http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2017), Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, Paris. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264271470-es>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD. Integrity in Public Procurement. Good Practice Form A to Z. Paris, 2017
- Ofosu-Amaah, W. Paatii, Combating corruption: a comparative review of selected legal aspect of state practice and major international initiatives, Washington D.C. The World Bank, 1999
- Portocarrero S. Felipe. Ed, El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú. Lima. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2005.
- Remiro Brotons, Antonio y otros. Derecho Internacional. Madrid. McGraw, 1977.
- Rodríguez Puerta, Ma. José. El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios, Pamplona: Aranzadi, 1999

- Rojas Amandi, Víctor. Los tratados internacionales sobre corrupción. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/8.pdf>
- Rojas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Lima. Grijley, 2003
- Tiedelmann, Klaus. Poder Económico y Delito. Barcelona, Editorial Ariel, S.A.
- Sacerdoti, Giorgio. La Convención OCDE de 1997 sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales
En: Agenda internacional -- Año 8, no. 17 (2002) p. 23-36
- Solis López, Augusto Pavel, Odebrecht y la IIRSA Norte y Sur: Un caso de corrupción y su influencia en las relaciones bilaterales con Perú en Infraestructura durante los años 2005-2007 Tesis para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú 2017
- Tanzi, Vito. Corruption, growth, and public finances, Washington, D.C.: IMF, 2000
- Usunier, Jean-Claude – Verna Gerard, La Corrupción: Compromisos nacionales y conexiones internacionales, en: La grande triche (Éthique, corruption et affaires internationales) (capítulo 2), Éditions La Découverte, Paris, noviembre 1994
- Villavicencio Terreros, Felipe, Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Lima: OEA. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos: PUCP. IDEI, 2001

LEGISLACIÓN, PROYECTOS DE LEY Y DOCUMENTOS

- Anteproyecto de Ley Orgánica Anticorrupción. Vicepresidencia de República Bolivariana de Venezuela. Caracas, 12 de abril 2001.
- Código Penal de la República Argentina, Ley 25.825 Modificación. Sancionada: Noviembre 19 de 2003. Promulgada de Hecho Diciembre 10 de 2003.
- Código Penal Colombiano Ley N° 599 de 2000 24 de julio, modificado por Ley 1778 de 2016 de 02 de febrero de 2016
- Convención de Viena de Derecho de los Tratados 1969.
- Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. Caracas, 26 Marzo 1996.

- Convención para Prevenir el Soborno a Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (OECD) 17 diciembre 1997.
- Convención de las Naciones Unidas sobre Lucha contra la Corrupción. 2003.
- Declaración del Consejo Presidencial Andino. Mayo 1999. Comunidad Andina.
- Decisión 668. "Plan Andino de Lucha contra la Corrupción". Comunidad Andina.
- Decreto Legislativo N° 1352 Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.
- Naciones Unidas. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Resumen Perú. Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Cuarto Período de sesiones, Viena, del 27 al 30 de mayo de 2013. Disponible en:
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/27-31May2013/V1383743s.pdf>
- Estudio sobre la posible adecuación de la Legislación Penal Chilena a la disposición de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.
- Naciones Unidas. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 15 a 29). Disponible en:
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/27-31May2013/V1382059s.pdf>
- Fondo Monetario Internacional: Código de Buenas Prácticas. Adoptado por el Comité Provisional el 26 de septiembre de 1999. Disponible en:
<https://www.imf.org/external/np/mae/mft/code/spa/code2s.pdf>
- Índice de Fuentes de Soborno 2011. Transparencia Internacional. Disponible en: <http://transparencia.org.es/ifs-2011/>
- Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros. OCDE 2015. Disponible en:
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>.
- La responsabilidad de las personas jurídicas en América Latina. Organization for economic co-operation and development. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf
- Legislación Modelo Sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, Organización de Estados Americanos, 22 de agosto 1998. Disponible en:
<http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>

- Ley de Prácticas Corruptas Estados Unidos. (Foreign Corrupt Practices Act) 1977.
- Ley N° 17.060 Normas referidas al uso indebido del poder público (Corrupción) Uruguay 1998
- Ley Num. 19.829 Chile, 30 de septiembre de 2002.
- Ley N° 29316. Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos.
- Ley N° 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas Jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.
- Decreto Supremo N° 002-2019-JUS - Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas.
- Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021 Decreto Supremo N° 044-2018-PCM
- Política Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción. Decreto Supremo N° 092-2017-PCM
- Portal Diario El Comercio. <https://elcomercio.pe/>
- Portal Diario Oficial El Peruano. <https://elperuano.pe/>
- Portal Diario La República. <https://larepublica.pe/>
- Portal Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/>
- Programa Interamericano de Lucha contra la Corrupción. Lima, julio 1997.
- Proyecto de Ley N° 3428 que regula el Soborno Transnacional en el Perú.
- Resolución N° 3514 Medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas. 2441ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas 15.Dic.1975
- Tratados bilaterales de extradición vigentes, disponible en el Portal de la Organización de los Estados Americanos – OEA, disponible en: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_Rel_a_Tra_Bila_Ext_Vig.pdf

ANEXO N° 01

Las mediciones del efecto del soborno a nivel internacional. Transparencia Internacional.

A manera de antecedente de las mediciones de los índices de soborno transnacional, cabe señalar la distinción efectuada por Jorge Malem, citado por Víctor Rojas Amandi respecto de las causas del fenómeno de la “gran corrupción”, destacando entre éstas, las siguientes:

“a) Que las empresas transnacionales cuentan con un potencial económico mayor que muchos Estados. b) Que los negocios internacionales cada día crecen más. c) Que en los países subdesarrollados los salarios de la burocracia suelen ser muy bajos y las condiciones del trabajo no son buenas. d) Las asimetrías económicas, jurídicas, sociales y políticas. e) Las transacciones de divisas a través de sistemas informáticos”¹⁵⁹.

a. Índice de percepción de la corrupción 2018¹⁶⁰

En relación a los países se América se aprecia que los que corresponde a la materia de nuestro estudio (los integrantes de la Alianza del Pacífico), a excepción de Chile, se encuentran en una posición muy desfavorable en la percepción de sus ciudadanos y agentes económicos en la percepción sobre el estado de la corrupción y su tratamiento en sus respectivas naciones.

De esta manera se aprecia lo siguiente:

#	PAÍS	REGION	2018	2017	2016	2015
9	Canadá	América	81	82	82	83
22	Estados Unidos	América	71	75	74	76
23	Uruguay	América	70	70	71	74
25	Barbados	América	68	68	61	N/A
27	Chile	América	67	67	66	70
29	Bahamas	América	65	65	66	N/A
41	San Vicente y Gran	América	58	58	60	N/A
45	Dominica	América	57	57	59	N/A
48	Costa Rica	América	56	59	58	55
50	Saint Lucia	América	55	55	60	N/A
53	Grenada	América	52	52	56	N/A
61	Cuba	América	47	47	47	47
70	Jamaica	América	44	44	39	41
73	Surinam	América	43	41	45	36
78	Trinidad y Tobago	América	41	41	35	39

Rojas Amandi, Víctor. Los Tratados internacionales anticorrupción.. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/8.pdf>, visitada el 21 de octubre de 2017 p 166

<https://www.transparency.org/cpi2018> Visitada el 15 de febrero de 2019.

85	Argentina	América	40	39	36	32
93	Guyana	América	37	38	34	29
93	Panamá	América	37	37	38	39
99	Colombia	América	36	37	37	37
105	Brasil	América	35	37	40	38
105	Perú	América	35	37	35	36
138	México	América	28	29	30	31

b. Índice de percepción de corrupción 2017

Transparencia internacional realiza periódicamente un estudio respecto a la percepción de la corrupción a nivel internacional, mediante sondeos de opinión (encuestas) dirigidos a ciudadanos, determinados estamentos y diversos especialistas de la sociedad, destacando los sectores empresariales, como agentes económicos, respecto a las dificultades que tienen en su interacción con el Estado y sus entidades (Índice de percepción del sector público), así como sus demás competidores para realizar sus actividades económicas y comerciales.

En el Índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional para el año 2017, dado a conocer por dicha organización internacional el 21 de febrero de 2018, clasifica a ciento ochenta (180) países y territorios según sus niveles percibidos de corrupción en el sector público según expertos y empresarios, usando para dicho efecto una escala de 0 a 100, donde 0 es altamente corrupto y 100 es muy limpio. Este año, el índice encontró que más de dos tercios de los países obtuvieron puntajes por debajo de 50, con un promedio de 43 puntos, estimando que esta tendencia se mantiene¹⁶¹.

i. Índice de percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional. Américas.

En el caso específico de las Américas el estudio de Transparencia Internacional indica que pese a los esfuerzos de algunos países de la región, se mantienen en general los bajos estándares logrados en el año anterior, en relación con las demás naciones del orbe, en la medida que los estados no adoptan en su mayoría una política integral contra la corrupción, sino implementan políticas aisladas a nivel legislativo o mediante creación de órganos especializados, destacando que el caso Odebrecht derivó en sanciones a empresarios y políticos de las más altas esferas implicados en sobornos y financiación electoral ilícita a cambio de contratos públicos en Brasil, Ecuador y Perú; pero que constituyen medidas que en su conjunto, no presentan una solución contra esta problemática.

¹⁶¹ Transparencia Internacional. Corruption Perceptions Index 2016. Disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017, visitada el 12 de noviembre de 2017.

Por ello, estima que “es crucial promover un enfoque integral que atienda los problemas estructurales fundamentales, como el financiamiento de la política, las contrataciones públicas y el fortalecimiento de instituciones jurídicas independientes, sólidas y flexibles”¹⁶².

Corruption Perceptions Index 2017: Global Scores

Country	ISO3	Region	CPI Score 2017	Rank	standard error	Lower CI	Upper CI	number of sources
Canada	CAN	AME	82	8	1.49	80	84	8
United States of America	USA	AME	75	16	3.24	70	80	9
Uruguay	URY	AME	70	23	2.67	66	74	7
Barbados	BRB	AME	68	25	3.24	63	73	3
Chile	CHL	AME	67	26	2.03	64	70	9
Bahamas	BHS	AME	65	28	5.39	56	74	3
Costa Rica	CRI	AME	59	38	2.98	54	64	7
Saint Vincent and the Grenadin	VCT	AME	58	40	3.39	52	64	3
Dominica	DMA	AME	57	42	2.55	53	61	3
Saint Lucia	LCA	AME	55	48	4.27	48	62	3
Grenada	GRD	AME	52	52	3	47	57	3
Cuba	CUB	AME	47	62	2.36	43	51	5
Jamaica	JAM	AME	44	68	3.96	37	51	7
Suriname	SUR	AME	41	77	4.08	34	48	4
Trinidad and Tobago	TTO	AME	41	77	5.47	32	50	6
Argentina	ARG	AME	39	85	2.92	34	44	8
Guyana	GUY	AME	38	91	1.84	35	41	5
Brazil	BRA	AME	37	96	4.24	30	44	8
Colombia	COL	AME	37	96	2.77	32	42	8
Panama	PAN	AME	37	96	1.79	34	40	7
Peru	PER	AME	37	96	3.35	32	42	8
Bolivia	BOL	AME	33	112	2.98	28	38	6
El Salvador	SLV	AME	33	112	3.25	28	38	7
Ecuador	ECU	AME	32	117	2.66	28	36	7
Dominican Republic	DOM	AME	29	135	2.56	25	33	7
Honduras	HND	AME	29	135	2.32	25	33	8
Mexico	MEX	AME	29	135	1.69	26	32	9
Paraguay	PRY	AME	29	135	3.1	24	34	6
Guatemala	GTM	AME	28	143	2.19	24	32	7
Nicaragua	NIC	AME	26	151	1.29	24	28	8
Haiti	HTI	AME	22	157	2.05	19	25	6
Venezuela	VEN	AME	18	169	1.6	15	21	8
GLOBAL AVERAGE			43.07					

Fuente:

https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

c. Índice de percepción de corrupción 2016

Para el año 2016, el Índice de percepción de la corrupción se realizó en ciento setenta y seis 176 países del mundo, estando también dirigido a determinados estamentos de la sociedad, indagando sobre las dificultades que encuentran en su interacción con el Estado (Índice de percepción del sector público).

¹⁶² Transparencia Internacional. No hay cambios en las percepciones pese a los avances en américa. Disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/no_hay_cambios_en_las_percepciones_pese_a_los_avances_en_america, visitado el 13 de diciembre de 2017

La clasificación internacional fue obtenida según los niveles de corrupción percibidos por los ciudadanos de sus países consultados a dicho efecto. Para dicho periodo, el estudio indica que sus resultados *“destacan la conexión entre la corrupción y la desigualdad, que se alimentan mutuamente para crear un círculo vicioso entre la corrupción, la distribución desigual del poder en la sociedad y la distribución desigual de la riqueza”*.¹⁶³

ii. Índice de percepción de la Corrupción 2016 de Transparencia Internacional. Américas.

Esta situación, se traduce en el caso específico de los países de América en su conjunto, zona hacia donde se orienta nuestro estudio, se aprecia que en su enfoque regional; Transparencia Internacional, recoge la ubicación de nuestros países en comparación con el universo de países del orbe, entregándonos el siguiente cuadro:

**Índice de Percepción de la Corrupción 2016
Transparency International América**

Pos País	Pos Reg	País/Ter	Ps IPC 2016	Encue Utiliza	Desviac estandard	Intervalo mínimo	confianza al 90% máximo	Rango mínimo	Rango máximo
9	1	Canadá	82	7	2,03	79	85	73	90
18	2	EE. UU.	74	9	3,15	69	80	64	90
21	3	Uruguay	71	6	2,68	66	75	59	77
24	4	Bahamas	66	3	5,2	57	74	59	76
24	4	Chile	66	8	2,65	61	70	54	76
31	6	Barbados	61	3	6,91	50	73	48	71
35	7	Santa Lucía	60	3	6,8	49	71	47	69
35	7	S Vicente G	60	3	1,66	57	63	58	63
38	9	Dominica	59	3	0,85	58	60	58	61
41	10	Costa Rica	58	7	3,17	53	63	46	69
46	11	Granada	56	3	4,63	48	63	47	62
60	12	Cuba	47	5	2,9	42	52	40	54
64	13	Surinam	45	4	7,53	32	57	32	65
79	14	Brasil	40	8	4,34	33	47	25	61
83	15	Jamaica	39	6	1,84	36	42	34	47
87	16	Panamá	38	6	2,29	34	42	32	47

¹⁶³ Transparencia Internacional. Corruption Perceptions Index 2016, disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016, visitada el 13 de diciembre de 2018.

90 17	Colombia	37	8	2,27	34	41	28	47
95 18	Argentina	36	8	1,76	33	39	29	46
95 18	El Salvador	36	7	2,76	31	40	22	45
101 20	Perú	35	7	2,04	32	39	29	45
101 20	Trinidad y To	35	5	2,48	31	39	29	43
108 22	Guayana	34	6	3,57	29	40	25	47
113 23	Bolivia	33	8	2,85	28	37	18	44
120 24	R. Dominicana	31	6	1,89	28	34	24	37
120 24	Ecuador	31	6	1,96	28	35	22	37
123 26	Honduras	30	7	3,05	25	35	19	41
123 26	México	30	8	1,56	28	33	24	37
123 26	Paraguay	30	6	2,68	25	34	22	37
136 29	Guatemala	28	6	2,58	24	32	19	35
145 30	Nicaragua	26	7	1,98	23	29	19	35
159 31	Haití	20	5	1,81	17	23	15	24
166 32	Venezuela	17	7	1,41	15	20	13	22

Fuente: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/america_ipc-2016.pdf

El estudio señala que el puntaje promedio en el Índice de Percepción de la Corrupción de 2016 para los países de América fue de 44 de un total de 100, siendo que cualquier cantidad inferior a 50, denota que los gobiernos de la región no tienen éxito en luchar contra la corrupción; destacando la situación de Venezuela, con 17 puntos, con el más bajo índice en la región.

Se cita a manera de ejemplo de acciones adoptadas por los países de la región ante esta situación, que en la Cumbre Anticorrupción de Londres en mayo de 2016, Argentina, Brasil, Colombia y México asumieron el compromiso de aumentar la transparencia en torno a los verdaderos propietarios de compañías fantasmas anónimas, que, en su caso, reciben u otorgan sobornos¹⁶⁴.

De la revisión del cuadro en cuestión, se aprecia en relación a los países materia de nuestro estudio, que a excepción de Chile que se encuentra en un lugar privilegiado, en el cuatro puesto regional con 66 puntos, solo por debajo de Uruguay con 71; siendo que Colombia, Perú, México y Brasil se encuentran por debajo de los 50 puntos y

¹⁶⁴ Transparencia Internacional. Americas sometimes bad news is god news, disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_goo_d_news, visitada el 12 de diciembre de 2017.

algunos casos por debajo de los 40 (Brasil 40, Colombia 37, Perú 35 y México 33), lo cual denota el débil margen de confiabilidad de los ciudadanos en la probidad de sus instituciones, identificándolas como obstáculos para la realización de sus actividades.

De la comparación de los cuadros de los índices de percepción de soborno correspondientes a los años 2016 y 2017, en lo que corresponde a los países materia de nuestro estudio, que permanecen sin mayores variaciones las condiciones establecidas inicialmente, siendo las posiciones privilegiadas de Uruguay y Chile en los primeros lugares de confianza; frente a las deficientes participaciones de Brasil, Colombia, Perú y México.

d. Índice de Fuentes de Soborno 2011

El Índice de Fuentes de Soborno 2011 de Transparencia Internacional, realizado en base a encuestas realizadas a 3.000 ejecutivos de empresas de países desarrollados y en desarrollo, *“indicó que el soborno de funcionarios públicos durante el transcurso de actividades comerciales en el extranjero sería una práctica habitual.*

El estudio clasificó a 28 de los principales países exportadores a nivel internacional y regional en función de la posibilidad de que sus compañías paguen sobornos en el extranjero. A nivel mundial, las empresas de China y Rusia, que durante 2010 invirtieron US\$ 120.000 millones en el exterior, se perciben como las más propensas a participar en sobornos en el extranjero, siendo que las empresas de los Países Bajos y Suiza fueron consideradas como las menos favorables a pagar sobornos”¹⁶⁵.

i. Índice de Fuentes de Soborno 2011 por Países

Las puntuaciones se obtienen a partir de las respuestas ofrecidas por ejecutivos de empresas a la pregunta de con qué frecuencia las compañías de un determinado país, con las cuales mantienen una relación comercial, participan en sobornos (0=siempre, 10=nunca)

Posición	País/territorio	Puntuación Índice Fuentes Soborno 2011
1	Países Bajos	8,8
1	Suiza	8,8
3	Bélgica	8,7
4	Alemania	8,6
4	Japón	8,6
6	Australia	8,5

¹⁶⁵ Transparencia Internacional. Índice de fuentes de Soborno. Disponible en: http://www.transparencia.org.es/INDICE%20DE%20FUENTES%20DE%20SOBORN%202011/ASPECTOS_M%C3%81S_DESTACADOS_%20IFS_2011.pdf, visitada el 12 de diciembre de 2017.

6	Canadá	8,5
8	Singapur	8,3
8	Reino Unido	8,3
10	EE. UU.	8,1
11	Francia	8,0
11	España	8,0
13	Corea del Sur	7,9
14	Brasil	7,7
15	Hong Kong	7,6
15	Italia	7,6
15	Malasia	7,6
15	Sudáfrica	7,6
19	Taiwán	7,5
19	India	7,5
19	Turquía	7,5
22	Arabia Saudita	7,4
23	Argentina	7,3
23	Emiratos Árabes Unidos	7,3
25	Indonesia	7,1
26	México	7,0
27	China	6,5
28	Rusia	6,1
	Promedio	7,8

Fuente: <http://www.libertadciudadana.org/archivos/actfund/BPI2011.pdf>
Pag. 7 y 8

De la información precedente, se puede apreciar que el Índice de fuentes de soborno 2011, ubicaba a las empresas del Brasil (7.7) en un lugar expectante, por debajo del promedio (7.8) con una alta propensión a incurrir en prácticas de soborno, dentro del promedio de las 28 naciones bajo estudio, solo por encima de las empresas argentinas (7.3) y mexicanas (7.0), en el caso de América Latina, siendo el caso de tener en cuenta que, la medición citada, acoge una percepción anterior a la aparición del escándalo Lavajato.

ii. El impacto del soborno

“En la encuesta, diversos líderes de empresas internacionales indicaron que existe una práctica generalizada de pago de sobornos a funcionarios públicos por parte de empresas con el fin de, por ejemplo, conseguir la adjudicación de licitaciones públicas, evitar el cumplimiento de reglamentaciones, agilizar procesos gubernamentales o influir en la determinación de políticas.

Pese a esta situación, las empresas también tienden a pagar sobornos a otras empresas, con lo cual, el estudio advierte que la corrupción no es únicamente un problema que atañe al sector público, sino también al sector empresarial, lo cual trae consigo que

se generen importantes riesgos financieros, así como se afecte la reputación para las empresas involucradas”¹⁶⁶.

iii. Índice de Fuentes de Soborno 2011 por Sectores empresariales

Las puntuaciones de la encuesta realizada, para este caso se obtienen a partir de las respuestas ofrecidas por ejecutivos de empresas a la siguiente pregunta: Con qué frecuencia las compañías de un determinado sector, con las cuales mantienen relaciones comerciales, participan en sobornos? (0 = siempre, 10 = nunca)

Pos.	Sector	Puntuación del sector
1	Agricultura	7,1
1	Industria ligera	7,1
3	Sector aeroespacial civil	7,0
3	Tecnología de la información	7,0
5	Sector bancario y de finanzas	6,9
5	Silvicultura	6,9
7	Servicios para el consumidor	6,8
8	Telecomunicaciones	6,7
8	Transporte y almacenamiento	6,7
10	Sector de armamento, defensa y militar	6,6
10	Pesca	6,6
12	Industria pesada	6,5
13	Sector farmacéutico y de atención de salud	6,4
13	Generación y transmisión de energía	6,4
15	Minería	6,3
16	Petróleo y gas	6,2
17	Sector inmobiliario, de propiedades y servicios empresariales y jurídicos	6,1
17	Servicios públicos	5,3
19	Contratos de obras públicas y construcción	
Promedio	6,6	

Fuente: <http://www.libertadciudadana.org/archivos/actfund/BPI2011.pdf> Pag. 16

Se aprecia entonces que el Índice de Fuentes de Soborno 2011 incide en 19 sectores específicos, en los cuales las empresas participan en sobornos y ejercen influencia indebida sobre los gobiernos, destacando en el estudio, según se indica, que las empresas que ejecutan obras públicas y del sector construcción, obtuvieron la puntuación más baja en la consulta, es decir se trata del área de actividades más proclive a la generación de prácticas de soborno, entendiendo en este caso que la carencia en la regulación y el deficiente cumplimiento pueden afectar seriamente la seguridad pública.

¹⁶⁶ Empresas de Rusia y China lideran ranking de sobornos. Artículo Portal Comunicarse. Disponible en: <https://www.comunicarseweb.com/biblioteca/empresas-de-rusia-y-china-lideran-ranking-de-sobornos>, visitada el 12 de diciembre de 2017.

En este último punto, es importante tener en cuenta que la envergadura económica de las inversiones que demandan las obras públicas, así como la omisión en el cumplimiento de las reglamentaciones existentes o la carencia de disposiciones adecuadas que limiten la transparencia en los procesos de selección de empresas para la adjudicación de concesiones, así como la adecuada ejecución de los términos contractuales, con la permisividad de los funcionarios gubernamentales a cargo de su seguimiento y verificación; constituyen factores; constituyen factores que hacen de este rubro el más importante o recurrente en la práctica de soborno.

d. Índice de Fuentes de Soborno 2006

Por su parte, el Índice de Fuentes de Soborno (IFS) en el mundo del año 2006 de Transparencia Internacional, *“analizó la propensión de empresas incorporadas en los principales 30 países exportadores a entregar sobornos en el extranjero. El valor del IFS para cada país (cuanto menor es el índice, mayor es la propensión al empleo de sobornos); destacándose para los fines de nuestra investigación, lo siguiente:*

En líneas generales, el estudio indica que las empresas de los países menos desarrollados recurren más al empleo de sobornos que las empresas de los países industrializados, siendo en este sentido, México, en el puesto 17, el país menos desarrollado cuyas empresas tenían un comportamiento más limpio¹⁶⁷.

Clasificación de países en Índice de Fuentes de Sobornos

Clasificación	País	Puntaje promedio	Porcentaje exportación global 2005*	Ratifica Convención de la OCDE	Ratifica Convención de la ONU
1	Suiza	7.81	1.2	X	
2	Suecia	7.62	1.3	X	
3	Australia	7.59	1.0	X	X
4	Austria	7.50	0.5	X	X
5	Canadá	7.46	3.5	X	
6	Reino Unido	7.39	3.6	X	X
7	Alemania	7.34	9.5	X	
8	Países Bajos	7.28	3.4	X	

¹⁶⁷ <http://www.iberglobal.com/index.php/contenidos/globalizacion-y-negocios/146-nuevo-indice-de-fuentes-de-soborno-de-transparency-international>

9	Bélgica	7.22	3.3		
	EE.UU.	7.22	8.9	X	
11	Japón	7.10	5.8	X	
12	Singapur	6.78	2.2	X	X
13	España	6.63	1.9		
14	Emiratos A.U.	6.62	1.1		
		6.50	4.3	X	X
15	Francia	6.47	0.3	X	
16	Portugal	6.45	2.1	X	X
17	México	6.01	2.8		X*
18	Hong Kong	6.01	0.4		
	Israel	5.94	3.6	X	
20	Italia	5.83	2.8	X	
21	Corea del sur	5.75	1.8		
22	Arabia Saudita	5.65	1.2	X	X
23	Brasil	5.61	0.5		
24	Sudáfrica	5.59	1.4		
25	Malasia	5.41	1.9		**
26	Taiwán	5.23	0.7	X	
27	Turquía	5.16	2.4		X
28	Rusia	4.94	5.5		X
29	China	4.62	0.9		
30	India				

Fuente: Cuadro publicado por Interglobal.

<http://www.iberglobal.com/index.php/contenidos/globalizacion-y-negocios/146-nuevo-indice-de-fuentes-de-soborno-de-transparency-international>

Del estudio comparado de los índice de percepción de soborno de los años 2006 y 2011, que persiste la percepción acerca de que las empresas de México Brasil son las más proclives a otorgar soborno a funcionarios públicos de otros países, para obtener ventajas.

Sobre el impacto del soborno transnacional en los países, es necesario citar lo sostenido en el Informe de la OCDE sobre el Cohecho Internacional de 2017, que incide en lo siguiente al citar el documento OECD Issues Paper on Corruption and Economic Growth:

“[E]l verdadero costo social de la corrupción no puede medirse por las cantidades pagadas en concepto de soborno, ni siquiera por el valor del erario público robado. Más bien, la pérdida de resultados derivada de la asignación indebida de los recursos, las distorsiones de incentivos y otras ineficiencias causadas por la corrupción representan su verdadero costo para la sociedad”¹⁶⁸.

En este contexto, agrega el estudio que el promedio de 10.9% del valor de la operación gastado en sobornos significa que la persona o la empresa que comete el cohecho de alguna forma tendría que recuperar o compensar estos costos. Algunas empresas podrían hacer esto pagando menos a los empleados en países con leyes laborales más débiles.



¹⁶⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE (2015), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>, pag. 27

ANEXO N° 02

La incidencia del soborno transnacional en el comercio internacional

Tal como se manifestara en líneas precedentes la práctica del soborno transnacional tiene una negativa incidencia en el desarrollo del comercio internacional. Altera las reglas de juego para las partes que interviene en un negocio internacional, como en el caso de las empresas y demás postores, para beneficiar un interés particular que muchas veces está alejado, sino contrapuesto de los intereses que persiguen promover los Estados y sus entidades, al intervenir en un negocio internacional, en procura de contratar bienes, servicios u obras públicas.

Esta realidad, demanda una serie de retos para la regulación de este fenómeno corruptor para los Estados, primer a nivel interno para controlar el correcto desempeño de sus nacionales y empresas que operan en su jurisdicción, garantizando la transparencia de estos agentes económicos en estas intervenciones.

Consecuentemente, esta situación, se proyecta a nivel internacional con el compromiso de los Estados en garantizar a sus pares estatales, la equidad en las reglas de juego con los demás países, labor que se proyecta en la aprobación y aplicación de las convenciones internacionales anticorrupción.

En este sentido, Rodrigo Medina Jara, al comentar la experiencia chilena en materia de incorporar los convenios anticorrupción en su legislación nacional, añade: , que es la lealtad que debe existir entre empresas la que se ve defraudada, lealtad *“para competir únicamente por precio y calidad y no con desplazamiento fraudulento de las otras; la lealtad que debe existir entre países para evitar el engrandecimiento de una economía a costa de la corrupción el sector público de otros, y por su puesto la lealtad con el público, que paga en precio o en impuestos los productos que fueron adquiridos o autorizados por sus gobiernos con la sola consideración del monto de un soborno”*¹⁶⁹.

Una apreciación interesante al respecto, la introduce Carlos Manfroni al sustentar la razón por la que un Estado entiende que debe asumir la competencia para regular el soborno que realiza una empresa domiciliada en su país o cuyos capitales sean mayoritariamente de sus nacionales, respecto de un funcionario público de otro país.

Esta situación se da porque reconoce en sí misma una responsabilidad objetiva, basada en el principio de responsabilidad internacional de los Estados, la que residirá, fundamentalmente, en la capacidad objetiva de control

¹⁶⁹ Jara Medina. Rodrigo. La Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. Disponible en: http://www.oocities.org/transparenciachile/Convencion_OCDE.html

que tiene el Estado sobre sus empresas y en la capacidad objetiva de sus empresas para controlar a otras en el exterior.

Se incide en dos aspectos, uno primero la capacidad de un Estado de ejercer control sobre las empresas domiciliadas en su territorio, de las empresas cuyos capitales sean mayoritariamente de propiedad de sus nacionales, y un segundo nivel la capacidad de estas empresas de controlar a sus filiales o subsidiarias y, por ende a sus funcionarios en el exterior. Bajo estos supuestos un país puede regular y consiguientemente sancionar las prácticas de soborno de una de sus empresas fuera de sus fronteras.

Coincide con esta última apreciación lo manifestado en el numeral 10 del Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, que sostiene lo siguiente:

“Resulta más difícil establecer la responsabilidad de Estados específicos por la corrupción dentro de las empresas transnacionales. Por una parte, cada Estado es responsable del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos y, en consecuencia, debe luchar contra los actos de corrupción de las empresas transnacionales que funcionan en su territorio. Por otra parte, es bastante evidente que para combatir de forma adecuada y eficaz la corrupción en las empresas transnacionales hay que aplicar medidas de carácter transfronterizo e internacional”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos. A/HRC/28/73. 5 de enero de 2015. Disponible en: http://www.oocities.org/transparenciachile/Convencion_OCDE.html

ANEXO N° 03

1.1 Impacto y efectos del caso Odebrecht en el Perú

A manera de introducción es importante destacar el efecto de los actos de soborno en los usuarios de los servicios públicos en el Perú.

Al respecto, en el estudio denominado Como afecta el soborno la prestación de los servicios públicos?, trabajo que recoge las reacciones de los usuarios de los servicios públicos prestados por trece (13) agencias gubernamentales en Perú, se sostiene que el soborno puede penalizar a los usuarios más pobres dos veces, en primer lugar actuando como un impuesto regresivo (que desalienta el consumo del servicio y se torna más oneroso para los sectores de menores ingresos) y en segundo lugar, como un mecanismo discriminatorio para el acceso a los servicios básicos¹⁷¹.

La situación descrita afecta directamente la aplicación de las políticas públicas destinadas a lograr un desarrollo económico y social equilibrado, pues los efectos del soborno en la prestación de servicios que presta el Estado, al encarecerlos, discriminan y postergan el acceso a estos servicios a las poblaciones más necesitadas.

1.1.1 Descripción de accionar y consecuencias de la labor de la empresa Odebrecht en el Perú

En relación al tema específico de los impactos y efectos del accionar de las empresas Brasileñas en el Perú, el portal de Radio Programas del Perú (RPP), teniendo como fuente el portal Kabarhukum.com, ha recogido una serie de cifras y características importantes sobre los montos, sectores e instancias de contratación de las inversiones y accionar de las empresas brasileñas en el Perú, bajo el título: *“Un año después, el caso Odebrecht sigue sacudiendo la política peruana”*¹⁷².

a. Antecedente

El documento señala a manera de antecedente que el 21 de diciembre de 2016, el Departamento de Justicia de Estados Unidos de América informó que la empresa constructora brasileña Odebrecht reveló a las autoridades de su país, que pagó la cantidad de US\$ 788 millones en

¹⁷¹ Kaufman; Daniel. Montoriol-Garriga Judit. Recanatini Francesca. How does bribery affect public service delivery?. November 21, 2005. p 1
www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/peru-services-nov21.pdf, visitada el 19 de diciembre de 2017

¹⁷² Portal de Radio Programas del Perú, 21 de diciembre de 2017, disponible en: <http://rpp.pe/politica/judiciales/que-es-el-caso-odebrecht-y-como-afecta-al-peru-noticia-1090099> visitada el 21 de diciembre del 2017

coimas a funcionarios gubernamentales de doce países de América Latina y África.

La investigación de las operaciones realizadas por la citada empresa se inició en junio de 2013 en Brasil y dio lugar a que la Policía local primero detecte y posteriormente desmantele una red de sobornos a funcionarios públicos conformada por las empresas constructoras más importantes de dicho país, que mediante esta organización puedan obtener para sí las principales licitaciones públicas en su país y en el exterior, invirtiendo luego el dinero obtenido de dichas actividades en la constitución y funcionamiento de negocios de lavado de autos (Lavajato o autolavado).

b. Incidencia en el Perú

Pagos realizados

En el caso del Perú, los pagos efectuados alcanzaron los US\$ 29 millones para ganar la licitación de obras públicas entre los años 2004 y 2015, periodo que abarca los gobiernos de los presidentes Alejandro Toledo (2001-06), Alan García (2006-11) y Ollanta Humala (2011-16).

Funcionarios públicos involucrados

En el Perú, el director de Odebrecht en el país durante casi 20 años, Jorge Simoes Barata, indicó que le pagó US\$ 20 millones al ex presidente Alejandro Toledo a fin de obtener la concesión de los tramos II y III de la Carretera Interoceánica. Marcelo Odebrecht, ex CEO de la empresa dijo que le dio US\$ 3 millones a la ex primera dama Nadine Heredia para financiar en 2011 la campaña electoral de su esposo, Ollanta Humala.

Es el caso tener en cuenta que tal como lo sostiene Augusto Solís López, las relaciones de confianza que la empresa brasilera desarrolló con los principales funcionarios del gobierno peruano.

De esta manera los agentes brasileños tuvieron como operador principal en el Perú a Jorge Simoes Barata, máximo ejecutivo de ODEBRECHT que desde el 2002 dirigió la filial Odebrecht Perú y luego la división para toda Latinoamérica con sede en Lima Odebrecht Latinvest.

El mencionado ejecutivo que se encargó de concretar lo señalado por Norberto ODEBRECHT en la TEO: *“una conexión entre política y empresa que permita la buena salud de la compañía. Barata pudo concretar una red de contactos en las altas esferas de los gobiernos de Toledo y García; que en consonancia a sus buenas relaciones permitieron que su compañía en consorcio con otras compañías peruanas como Graña & Montero; ganara las licitaciones y concesiones de diversos proyectos de infraestructura en el periodo estudiado, entre ellos las IIRSA Norte y Sur; y luego pudieran conseguir firmar adendas*

*que trajeron excelentes ganancias a ODEBRECHT y sus socias peruanas: Graña & Montero, Ingenieros Civiles y Contratistas Generales y JJC Contratistas Generales*¹⁷³.

Es importante tener en cuenta que Solís López agrega que en este punto se debe señalar quiénes eran los interlocutores peruanos con los que Barata establecía relaciones de confianza. Indicando que vale aclarar que estos interlocutores no necesariamente han tenido conducta o decisión ilegal; pero que por pertenecer al cuadro de poder central, tenían que ser considerados dentro de las relaciones de confianza por su capacidad de decisión¹⁷⁴.

Las investigaciones de prensa y la transparencia en la agendas presidenciales, refieren que Barata visitó en varias oportunidades a los ex mandatarios Toledo y García; incidiendo en que también los visitó anteriormente por ser aportante a sus campañas presidenciales para las Elecciones Generales (2001 y 2006 respectivamente), pudiendo añadirse al respecto, que la misma práctica realizó durante las elecciones generales 2011, según testimonios de mencionado funcionario e informaciones periodísticas.

Por su parte, el gobernador regional del Callao, Félix Moreno fue acusado por la Fiscalía de haber recibido cerca de US\$ 3 millones para otorgarle a la constructora el proyecto de Costa Verde. Los primeros detenidos por el caso fueron Jorge Cuba, ex viceministro de Comunicaciones y Edwin Luyo, ex integrante del Comité para la Licitación de la Línea 1 del Metro de Lima, acusados de recibir sobornos para concesionar la obra.

Pedro Pablo Kuczynski, Presidente de la República (2016-2018), ministro de Economía (2004-2005) y presidente del Consejo de Ministros (2005-2006), años en los que la empresa Odebrecht ganó la concesión de la carretera Interoceánica Sur (tramos 2 y 3). El entonces presidente negó haber recibido dinero de la constructora para sus campañas electorales del 2011 y 2016, así como tener vínculo laboral con la empresa, para luego reconocer que asesoró a ésta en el proyecto H2 Olmos.

Posteriormente, se reveló que Odebrecht realizó pagos por US\$ 782 mil a Westfield Capital, empresa de Kuczynski, por concepto de consultorías entre los años 2004 y 2007 respecto de los proyectos Olmos e Interoceánica Norte (tramos 2 y 3).

¹⁷³ Solís López, Augusto Pavel, Odebrecht y la IIRSA Norte y Sur: Un caso de corrupción y su influencia en las relaciones bilaterales con Perú en Infraestructura durante los años 2005-2007 Tesis para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales. Pontificia Universidad Católica del Perú 2017, p 55 y ss.

¹⁷⁴ Solís López, Augusto Pavel, Ob cit p. 56

Como corolario de los acontecimientos, el entonces mandatario presentó el 21 de marzo de 2018 su renuncia al cargo, ante la inminencia de ser vacado por el Congreso de la República, que la aceptó el 23 de marzo; ante revelaciones sobre pagos efectuados por la empresa Odebrecht, a una empresa de su propiedad por concepto de asesorías cuando ejercía el Ministerio de Economía y Finanzas en el gobierno del presidente Alejandro Toledo.

De esta manera, se tiene que en diciembre de 2017, la constructora Odebrecht, informó al Congreso del Perú que había pagado la suma de US\$ 4,8 millones a dos empresas de asesoría vinculadas al ex presidente. Se indicó que se pagaron US\$ 782.207 a Westfield Capital, empresa de asesoría de banca de inversión ubicada en Miami, Estados Unidos, y propiedad del mandatario peruano, pagos que correspondieron a siete consultorías realizadas entre noviembre de 2004 y diciembre de 2007, siendo que otra firma, First Capital, ubicada en la misma dirección de Westfield, recibió más de US\$ 4,4 millones por asesorías a Odebrecht en proyectos en Perú entre el 2004 y 2013.

Se debe tener en cuenta que algunos de los pagos ocurrieron cuando el ex presidente era funcionario del gobierno del expresidente Alejandro Toledo. Posteriormente, en marzo de 2018, un documento de la Unidad de Inteligencia Financiera de Perú mostró supuestas transferencias de dinero de Westfield Capital y First Capital a cuentas personales del ex presidente, añadiendo que las empresas transfirieron US\$ 3 millones a Kuczynski entre 2005 y 2017, año en que el ya era presidente de Perú¹⁷⁵.

Los casos precedentes constituyen indicios de los primeros funcionarios públicos peruanos, que en su oportunidad, son acusados o en todo caso, se encuentran involucrados en denuncias de haber recibido pagos de empresas extranjeras para facilitar, mediante su accionar u omisión en el ejercicio de sus funciones, las operaciones de estas empresas en el país.

Montos involucrados

Entre 2005 y 2014, tanto el Gobierno Nacional, como los gobiernos regionales y gobiernos locales le otorgaron concesiones de obras a la constructora brasileña Odebrecht por la cantidad de US\$ 12,534 millones. Entre ellas, destaca la obra de mayor valor que fue el Gasoducto Sur Peruano, que inició sus actividades el 2014, por US\$ 7,239 millones.

¹⁷⁵ Publicada en el Portal de BBC Mundo, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43491464>, visitada el 12 de mayo de 2018

Es el caso señalar que la empresa Odebrecht opera en el Perú desde 1979 y continuaba sus actividades a la fecha de la citada publicación del portal de RPP, encontrándose involucrada en la ejecución de cinco grandes obras: el Gasoducto Sur Peruano, la Vía de Evitamiento de Cusco, Vías Nuevas de Lima (conjunto de Obras en la Panamericana Norte, Sur y en la Ramiro Priale), Vía Costa Verde (tramo Callao).

Colaboradores nacionales.

El mencionado portal de RPP, expresa sobre el particular, lo siguiente: *“En el caso concreto, son cuatro las empresas peruanas que se asociaron con Odebrecht para la ejecución en el país de cinco megaproyectos:*

- . **Graña y Montero** (Interoceánica Sur y Norte, Metro de Lima y Gasoducto Sur).
- . **JJC Contratistas Generales** (Interoceánica Sur)
- . **ICCGSA** (Interoceánica Sur)
- . **Compañía San Martín** (Interceptor Norte)”¹⁷⁶

Al respecto, sobre su participación en las operaciones de la empresa Odebrecht en el Perú, se informa que la fiscalía sospecha que los principales directivos de estas empresas, además de colaborar con la recaudación del dinero para el pago de las coimas, para obtener la licitación de la carretera Interoceánica apelando al término de "riesgos adicionales", conocían las operaciones de lavado de dinero.

En este sentido, se aprecia que las citadas empresas nacionales y sus directivos involucrados en los hechos, se constituyen como un nuevo actor de estas prácticas de corrupción transnacional: los colaboradores locales, cuya participación consiste en facilitar las condiciones para que se realicen las operaciones de las empresas extranjeras en el país, facilitando dinero, infraestructura, contactos o vinculaciones con la clase política o empresarial local para facilitar los pagos ilícitos a funcionarios públicos locales, con el pleno conocimiento de la ocurrencia y significancia de estas operaciones y del propósito ilícito que estas conllevan.

En este punto, resulta importante destacar lo señalado en el diagnóstico realizado en el documento denominado Política Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción, aprobado por Decreto Supremo N° 092-2017-PCM de 13 de setiembre de 2017, en el que se afirma textualmente:

¹⁷⁶ Portal Radio Programas del Perú. Disponible en: <https://rpp.pe/politica/judiciales/cuales-fueron-los-principales-socios-de-odebrecht-en-peru-noticia-1035300>, visitada el 12 de mayo de 2018

“Por lo tanto, la recurrente presencia de este binomio (corrupción – criminalidad organizada) no solo en la administración pública sino – por ejemplo– en las organizaciones políticas y otros ámbitos, conlleva a la obligación del Estado de afrontar su prevención, combate y sanción desde una política nacional que sirva como base para el desarrollo de planes, acciones y estrategias más eficaces, pues como indica el autor Manuel Villoria Mendieta:

“La forma de operar los grupos criminales ha cambiado y su conexión con el poder político corrupto se ha reforzado merced a su internacionalización. Todas estas ideas previas nos permiten recordar la naturaleza política del crimen organizado y su principal riesgo: la destrucción del Estado moderno o su aún mayor debilitamiento, de forma tal que deje de garantizar el monopolio de la violencia legítima, reduzca sus fuentes de riqueza a través de su sistemático ataque a los derechos de propiedad, y deslegitime su actuación, (...)”¹⁷⁷.

Los cuadros siguientes nos entregan información detallada acerca de la ubicación y montos de las obras otorgadas a la empresa Odebrecht en el Perú, incidiendo en cuál fue la instancia nacional con la que contrataron a dicho efecto, ya sea el gobierno central, regional o local, destacándose en relación a la naturaleza de la obra contratada, las relacionadas en su mayoría a la infraestructura vial – carreteras, seguidas de las obras de saneamiento, destacando el gasoducto Sur Peruano, como la de mayor envergadura.

LAS OBRAS DE ODEBRECHT EN EL PERÚ

PRECIO DE OBRA EN MILLONES DE DÓLARES

Gasoducto Sur Peruano	\$ 7 239 millones
Central hidroeléctrica – Chaglla	\$ 1 247 millones
Proyecto Chavimochic III Etapa	\$ 715 millones
Metro de Lima - Línea 1, tramo 2	\$ 583 millones
Vía nuevas de Lima	\$ 499 millones
Metro de Lima - Línea 1, tramo 1	\$ 410 millones
IIRSA Sur - Tramo 3	\$ 395 millones
IIRSA Sur - Tramo 2	\$ 263 millones
IIRSA Norte	\$ 258 millones
Proyecto de irrigación Olmos	\$ 222 millones
Carretera Camaná-Tacna	\$ 172 millones
Carretera Callejón de Huaylas-Chacas,	\$ 143 millones

¹⁷⁷ Diario oficial El Peruano. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-la-politica-nacional-de-integrid-decreto-supremo-n-092-2017-pcm-1565307-1/> Visitada el 02 de junio de 2018.

Vía de evitamiento – Cusco	\$ 113 millones
Vía Costa Verde - Tramo Callao	\$ 112 millones
Mantenimiento carretera Hualapampa Ayabaca	\$ 92 millones
Carretera Cuñumbuque - San José de Sisa	\$ 37 millones
Sistema de agua potable Iquitos	\$ 34 millones

Fuente: <http://rpp.pe/politica/judiciales/que-es-el-caso-odebrecht-y-como-afecta-al-peru-noticia-1090099> 21 de diciembre del 2017

UBICACIÓN DE OBRAS RESPONSABLE DE LA CONTRATACIÓN Y AÑO

OBRA	CONTRATADO POR	PRECIO US\$	AÑO
Gasoducto Sur Peruano	Gobierno Central	7 239 000 000	2014
Proyecto Chavimochic III Etapa	Gobierno Regional	715 000 000	2014
Carretera Camaná-Tacna subtramo 1	Gobierno Central	172 000 000	2013
Vías nuevas de Lima	Municipalidad	499 000 000	2012
Vía Costa Verde - Tramo Callao	Gobierno Regional	112 000 000	2011
Vía de evitamiento – Cusco	Gobierno Regional	113 000 000	2010
Mantenimiento carretera Hualapampa-Ayabaca	Gobierno Central	92 000 000	2010
Central hidroeléctrica – Chaglla	Gobierno Central	1 247 000 000	2009
Metro de Lima - Línea 1, tramo 2	Gobierno Central	583 000 000	2008
Proyecto de irrigación Olmos	Gobierno Regional	222 000 000	2007
Carretera Callejón de Huaylas-San Luis	Gobierno Regional	143 000 000	2006
Metro de Lima - Línea 1, tramo 1	Gobierno Central	410 000 000	2005
Carretera Cuñumbuque - San José Sisa	Municipalidad	37 000 000	2005
Sistema de agua potable Iquitos	Municipalidad	34 000 000	2005
IIRSA Sur - Tramo 3	Gobierno Central	395 000 000	2005
IIRSA Sur - Tramo 2	Gobierno Central	263 000 000	2005
IIRSA Norte	Gobierno Central	258 000 000	2005

Odebrecht en Perú

La historia del conglomerado brasileño en nuestro país

En 1979 comienza a operar en Perú con la construcción de la Central Hidroeléctrica Charcani V en Arequipa.

Sede central: Salvador, Brasil
 Fundación: 1944
 Sectores: Ingeniería, Industria y Construcción
 Presente en 23 países

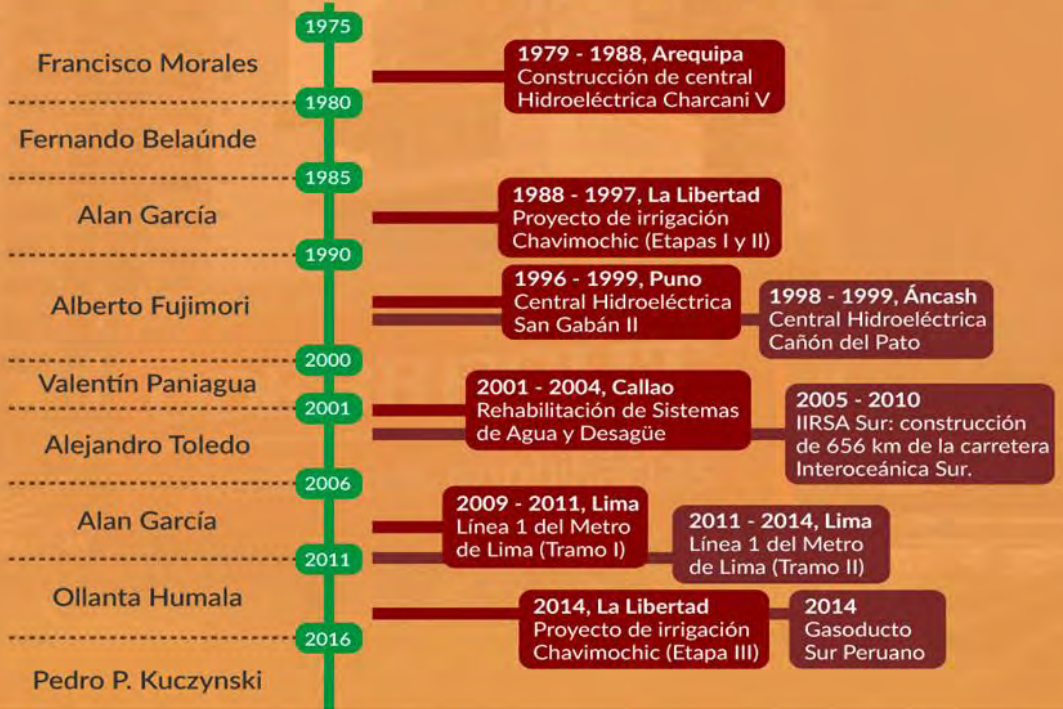


Ha participado en más de 60 obras en el país.

(Entre obras realizadas, actuales y en proyecto)



Estas son algunas obras que se iniciaron y/o ejecutaron durante el gobierno de...



Funcionarios públicos investigados

“Amplían investigación a 19 árbitros por el Caso Odebrecht. La fiscalía señala que ex funcionarios del MTC también habrían sido parte de una “organización criminal” para favorecer a la constructora brasileña. El equipo especial anticorrupción del Ministerio Público amplió la investigación a un grupo de árbitros para determinar si es que favorecieron a Odebrecht a través de fallos que habrían permitido a la empresa brasileña cobrar millones de dólares al Estado. En su indagación preliminar, la fiscalía ha incluido a 19 árbitros.

También están comprendidos en la indagación dos ex funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC): el ex procurador Jaime José Valés Carrillo y el ex director de Concesiones Celso Gamarra Roig, además de tres ex ejecutivos de Odebrecht: Ronny Javier Loor Campoverde, Eleuberto Martorelli y Raymundo Nonato Trindade Serra, que son investigados por los presuntos delitos de cohecho, lavado de activos y asociación ilícita.

Para el Ministerio Público, los 24 investigados “formarían parte de una organización ilícita”, ya que previamente a la formación de los tribunales, las tres partes –árbitros, MTC y empresa– se habrían reunido y concertado para determinar el procedimiento del arbitraje, así como el sentido de los fallos.

La fiscalía señala que el ex procurador recibió dinero a cambio de no impugnar los laudos favorables a Odebrecht. Sobre el ex director de Concesiones, afirma que este instruyó a los árbitros para que laudaran a favor de Odebrecht, con lo que incumplió así sus funciones en pro de los intereses del Estado.

“Gamarra Roig [ex director del MTC] y Loor Campoverde [Odebrecht] instruyeron a los árbitros para que emitan una decisión favorable a Odebrecht, que previamente había sido acordada entre las partes. El arbitraje iba a ser el ropaje legal para cobrar al Estado”, reveló el aspirante a colaborador N° 14-2017.

En otro momento de su declaración, el mismo delator informó que, en reuniones previas a la emisión de los laudos arbitrales, existía concertación entre el MTC y Odebrecht. Precisó que entre los ex funcionarios del Estado y la constructora acordaron emitir un laudo por US\$12¹⁷⁸178.333, los que el MTC pagó de inmediato, sin impugnar.

El Ministerio Público ha solicitado un peritaje a 24 laudos arbitrales para determinar si hubo alguna irregularidad. También ha requerido a la Unidad de Inteligencia Financiera verificar si los denunciados tienen cuentas en el extranjero o empresas „offshore”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Diario El Comercio, publicada el 04 de mayo de 2018, disponible en: <https://elcomercio.pe/politica/amplian-investigacion-19-arbitros-caso-odebrecht-noticia-517558>, visitada el 12 de mayo de 2018.

1.1.2 Las debilidades existentes para regular y controlar el accionar de Odebrecht en el país.

La acelerada e inusitada insurgencia de las denuncias del caso Lavajato, así como las operaciones de la empresa Odebrecht y demás empresas brasileras en los países próximos de la región, así como en el Perú, más allá del escándalo mediático y político que representa para nuestros países, involucra además la participación directa o indirecta, en su caso, de autoridades y funcionarios públicos de los más altos niveles gubernamentales, líderes de organizaciones políticas y empresariales, propietarios de medios de comunicación, periodistas, entre otros personajes.

Es importante destacar la especial atención de las operaciones de estas empresas en los procesos de selección y ejecución de obra pública en otros países de la región, que como en el caso del Perú, redundaron en importantes obras de infraestructura, especialmente carreteras de penetración e integración con lugares apartados del país, así como de integración regional (Carretera interoceánica), cuyas operaciones implican la disposición de ingentes montos del presupuesto público.

La labor anotada involucra también una reflexión acerca de la necesidad de identificar cuáles son los medios jurídicos y técnicos con los que el país cuenta para enfrentar eficazmente esta problemática, que constituye un reto para la consolidación de nuestro Estado de derecho, dado que sus efectos atentan directamente contra la legitimidad democrática, la credibilidad de las autoridades e instituciones políticas y la correcta aplicación de recursos públicos en las políticas de desarrollo.

En relación a este punto, resulta pertinente preguntarnos si el Perú se encuentra preparado desde la perspectiva de la regulación, para controlar este fenómeno corruptor, es decir si se cuenta con los medios legales y técnicos suficientes para su adecuada prevención, detección y sanción a nivel interno, así como si se dispone de los medios para desarrollar niveles de cooperación internacional eficaz con los países de la región, especialmente con los que pretende activar y dinamizar esquemas de cooperación e integración económica en procura de incrementar sus niveles de comercio internacional.

Se enfrentan problemas tales como: adoptar definiciones uniformes y aplicables en temas como la tipificación del delito, así como la de funcionario público extranjero, afianzar la cooperación y articulación de acciones oportunas entre aquellas entidades nacionales que por sus propias facultades y atribuciones legales, se encuentran comprometidas en la lucha contra la corrupción, así como con las autoridades y funcionarios competentes de otros países.

También destacan el seguimiento de los procesos de licitación y contratación de obras públicas que demandan una gran inversión, el control y vigilancia de las empresas que operan en el país, así como medidas coercitivas y efectivas que impidan o prevengan las operaciones ilegales en el país.

El Perú progresivamente incorpora a su legislación nacional, la regulación del soborno transnacional, en sus figuras de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos internacionales, además de la regulación de temas como tales: responsabilidad de personas jurídicas que intervienen en estas prácticas de corrupción, entre otros mecanismos.

Asimismo, cabe reflexionar si las consecuencias del escándalo Lavajato, es decir el accionar de la empresa Odebrecht y las demás empresas brasileras en su interacción con funcionarios públicos y empresarios peruanos en condición de intermediarios, pudieron o pueden ser afrontadas adecuadamente por las instituciones y por la legislación nacional en la materia; encontrándonos en este contexto, con la necesidad de perfeccionar los siguientes aspectos:

Perfeccionar la regulación de la figura del cohecho internacional pasivo, para sancionar a aquellos funcionarios públicos nacionales que actúen solicitando o recibiendo sobornos para contravenir el ejercicio de sus funciones para beneficiar a empresas extranjeras.

Regular la participación de particulares nacionales (empresarios y otros), como intermediarios o gestores en las transacciones efectuadas entre las empresas extranjeras y funcionarios públicos nacionales que constituyan soborno transnacional

Adoptar mayores medidas coercitivas para sancionar a las empresas nacionales y extranjeras que participen en actividades de soborno transnacional en el país, como suspensión de operaciones en el país, congelamiento o decomiso de bienes y cuentas.

Mecanismos de cooperación internacional

Adoptar una legislación uniforme en materia de soborno transnacional con los países de la región, siguiendo los lineamientos de la Convención Interamericana contra la corrupción, a fin de facilitar un lenguaje común, que permita activar mecanismos más dinámicos y efectivos de cooperación.

Perfeccionar los mecanismos de cooperación jurídica internacional que gana posible el fluido trámite de entrega de información entre las autoridades de cada estado, así como de las solicitudes de extradición que puedan presentarse en el marco de una investigación por soborno transnacional por parte de algún ciudadano que no se encuentre al alcance de la justicia del país que investiga los hechos.