

INFORMES del Consejo de Defensa del Estado

OBSERVACIONES SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA DE PORTUGAL A LAS DIRECTRICES DE LA OCDE (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS), CONTENIDAS EN LA CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES^{1, 2}

Consejo de Defensa del Estado

I. Antecedentes Generales

Portugal suscribió la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales el 17 de diciembre de 1997. Luego depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OCDE el 31 de marzo de 2001. Finalmente, el 4 de junio de 2001 publicó la Ley Nº 13/2001, destinada a modificar el D.L. Nº 28/84, de 20 de enero de 1984, el cual sanciona las actividades ilegales contra la economía nacional, para así poder implementar la referida Convención^{3, 4}.

Un análisis detallado de la adecuación de la legislación interna de Portugal a las directrices de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales exige una revisión de varios aspectos. Si se sigue para ello la estructura de la Convención es necesario distinguir, entonces, temas sustantivos y procesales.

En lo sustantivo, la Convención regula (1) el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros, (2) la responsabilidad de las personas jurídicas, (3) las sanciones, (4) la prescripción, (5) el lavado de dinero, (6) la contabilidad y (7) las autoridades responsables.

En lo procesal, la Convención revisa (1) la jurisdicción, (2) la aplicación, (3) la Asistencia Legal Mutua, (4) la Extradición y (5) el Monitoreo y Seguimiento.

Los puntos más importantes dicen relación con el establecimiento del delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y la responsabilidad de las personas jurídicas, sobre los cuales se señalan, a continuación, algunas ideas básicas a considerar.

II. Establecimiento del tipo penal básico

II.1. La Convención para combatir el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales señala en su artículo 1º que "cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito punible conforme a la ley el hecho de que cualquiera persona intencionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquiera ventaja pecuniaria o de otra índole -sea en forma directa o a través de intermediarios- a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero, a fin de que tal funcionario público, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida en la realización de transacciones internacionales".

Luego agrega que "cada Parte adoptará las medidas necesarias para tipificar la complicidad como delito penal, incluida la incitación, ayuda e instigación, o bien, la autorización de un acto de cohecho a un funcionario público extranjero. La tentativa y confabulación para cometer un acto de cohecho a un funcionario público extranjero constituirán delito en la misma medida que lo sean la tentativa y confabulación para cometer un acto de cohecho a un funcionario público de esa Parte".

Finalmente, precisa lo que debe entenderse, para los fines de esta Convención, por "funcionario público extranjero", "país extranjero" y "actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de los deberes oficiales".

Así, "funcionario público extranjero" significa "toda persona que detente un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquiera persona que ejerza una función

pública para un país extranjero, incluyendo para un organismo público o empresa de servicio público; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional". A su vez, "país extranjero" incluye "todos los niveles y reparticiones de gobierno, de nacional a local", en tanto "actuar o abstenerse de actuar en el ejercicio de los deberes oficiales" considera "cualquier uso del cargo de funcionario público, quede o no comprendido dentro de las atribuciones otorgadas a tal funcionario".

II.2. Para dar adecuado cumplimiento a lo establecido en la Convención, Portugal promulgó la Ley Nº 13/2001, la cual agrega un artículo 41-A al Decreto Ley Nº 28/84, destinado a sancionar el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, definiendo, además, qué debe entenderse por funcionarios públicos extranjeros.

En su número 1º establece que "Quien por sí, o por interpósita persona con el consentimiento o ratificación del primero, dé o prometa a un funcionario o a un titular de cargo político, nacional o extranjero, o a un tercero con conocimiento de aquellos, una ventaja patrimonial o no patrimonial para obtener o conservar un negocio, un contrato u otra ventaja indebida en el comercio internacional, será castigado con una pena de prisión de uno a ocho años" ("Quem por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional, é punido com pena de prisão de um a oito anos").

En su número 2º señala que, "para los efectos de lo dispuesto en el número anterior, se consideran funcionarios extranjeros todos los que ejercen una función pública en un país extranjero, los que detentan un cargo administrativo o judicial, ya sea designado o elegido, los que ejercen funciones para una empresa, organismo público o empresa concesionaria, independientemente del nivel nacional o local, como también cualquier oficial o agente de una organización nacional o supranacional de Derecho Público" ("Para efeitos do disposto no número anterior consideram-se funcionários estrangeiros todos os que exerçam uma função pública para um país estrangeiro, quer detenham um mandato, nomeadamente administrativo ou judiciário, para o qual foram nomeados ou eleitos, quer exerçam funções para uma empresa, organismo público ou empresa concessionária de serviços públicos, independientemente do nível nacional ou local, e ainda qualquer funcionário ou agente de uma organização nacional ou supranacional de direito público").

Finalmente, el número 3º señala que "para los efectos de lo dispuesto en el Nº 1 se consideran titulares de cargos públicos extranjeros aquellos que como tales sean calificados por la ley del Estado para el cual ejercen esas funciones" ("Para efeitos o disposto no Nº 1, consideram-se titulares de cargos políticos estrangeiros aqueles que como tal sejam qualificados pela lei do Estado para o qual exercem essas funções").

Es importante destacar que conforme al artículo 2º de la Ley Nº 13/2001 la conducta descrita en el artículo 41-A es calificada como crimen de corrupción para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley Nº 325/95, de 2 de diciembre de 1995, y del párrafo a) del Nº 1 del artículo 1º de la Ley Nº 36/94, de 29 de septiembre de 1994.

La primera disposición sanciona como responsables del delito de lavado de dinero a quienes, conociendo el origen ilícito de fondos de la corrupción, procuren su conversión o transferencia para así disimular su origen ilícito.

La segunda norma faculta al Ministerio Público y a la Policía Judicial, a través de la Dirección Central para el Combate de la Corrupción, Fraudes e Infracciones Económicas y Financieras, para realizar actividades de prevención referidas, entre otros delitos, a los de corrupción.

II.3. En relación al establecimiento del tipo penal en análisis no cabe sino concluir que Portugal ha procurado y logrado recoger en forma adecuada las directrices de la OCDE en su legislación interna. Sin perjuicio de lo cual es posible formular algunos breves comentarios al tipo penal en referencia, para lo cual cabe distinguir los siguientes puntos:

II.3.a. Cohecho Activo

En armonía con la Convención, el tipo penal consagrado en la legislación portuguesa se refiere sólo al cohecho activo, es decir, se castiga sólo al sobornador, dejándose la punición del funcionario extranjero a su propio ordenamiento jurídico⁷.

II.3.b. Sujeto activo (Cualquiera persona: "Quem..")

Desde el punto de vista del sujeto activo, puede señalarse que el delito puede ser cometido por cualquiera persona natural o jurídica. En principio no existiría ninguna categoría de persona natural excluida. En esto se sigue también el criterio de la Convención⁸.

II.3.c. Requerimientos subjetivos (Intencionalidad: "para obter...")

Desde el punto de vista de los requerimientos subjetivos o de intencionalidad, no cabe duda que el tipo del

artículo 41-A castiga sólo la hipótesis del dolo. La naturaleza misma del delito hace inconcebible la concurrencia de la culpa (negligencia) o del dolo eventual. Lo dicho se confirma por la exigencia de otro elemento subjetivo especial, de tendencia o teleológico: un ánimo de lucro particular, referido concretamente a la voluntad de obtener o conservar un negocio, un contrato u otra ventaja indebida en el comercio internacional. Siguiendo la técnica moderna, el tipo no alude explícitamente a intencionalidad o dolo (a diferencia de la Convención). Según se desprende de lo dicho, la explicitación de dicho elemento resulta innecesaria. A mayor abundamiento y en relación con el alcance del dolo en el Derecho Portugués, ténganse presentes los artículos 13 y 14 del Código Penal Portugués⁹ (conforme a lo dispuesto por el artículo 13, el concepto de dolo incluye tanto el denominado "de consecuencias necesarias" como el "eventual").

II.3.d. Verbos rectores del tipo (Ofrecer, prometer u otorgar: "der ou prometer").

En relación con los verbos rectores de la conducta, el tipo se refiere tanto al otorgamiento como a la promesa de dádiva (dar o prometer dar). Dicha actividad se concibe como desvinculada de la efectiva realización por el funcionario de la acción u omisión a él solicitada: basta con el ofrecimiento u otorgamiento de la dádiva para que se configure el delito, no siendo necesario el acontecer del comportamiento solicitado al funcionario. Esto significa que, correctamente y conforme a la tendencia actual del derecho comparado, el tipo penal ha sido concebido como delito formal¹⁰. Esta forma de tipificación simplifica la prueba de la conducta y tiende a evitar la posibilidad de defensas artificiosas destinadas a demostrar la existencia de vínculo entre la dádiva, el comportamiento del funcionario y el lucro o beneficio obtenido.

En todo caso, es posible efectuar dos observaciones en relación con los verbos rectores utilizados: ¿cabe el castigo del sujeto que sólo consiente en dar o prometer la dádiva solicitada por el funcionario? Es decir, ¿qué sucede si es el funcionario el que toma la iniciativa corrupta -ejerciendo o no cierto grado de coacción tácita o explícita- frente a lo cual el particular cede o consiente? La redacción y formas verbales utilizadas parecen comprender sólo el castigo al particular que instiga o toma la iniciativa corruptora.

Este punto ameritaría una aclaración, la que resulta importante, porque, considerando que el funcionario no podrá ser castigado sino en su propia jurisdicción, la argumentación del particular en el sentido de haber sólo consentido en la promesa u otorgamiento de dádiva (punto de muy difícil prueba) podría implicar la absoluta impunidad del delito. Por otra parte, de ser cierta una alegación semejante y de haber mediado coacción por parte del funcionario, la conducta merece al menos una penalidad atenuada.

La segunda observación es más bien formal y se refiere a la falta de necesidad que se advierte en la incorporación del otorgamiento (dar) como verbo rector. Nos parece que en todos los casos basta el ofrecimiento o promesa, ya que necesariamente serán anteriores o simultáneos al otorgamiento.

II.3.e. Naturaleza de la dádiva o beneficio prometido u otorgado (cualquiera ventaja pecuniaria o de otra índole: "vantagem patrimonial ou não patrimonial")

La dádiva o beneficio prometido u otorgado al funcionario puede ser de naturaleza patrimonial o no patrimonial. En esto el tipo portugués sigue a la Convención, la cual se refiere a "cualquiera ventaja pecuniaria o de otra índole"¹¹.

II.3.f. Comisión del tipo a través de intermediarios (sea directamente o a través de intermediarios: "por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação")

El tipo propuesto se ajusta a la Convención en cuanto recoge la hipótesis de comisión vía intermediario ("por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação").

En todo caso, es posible efectuar dos observaciones al respecto:

En primer lugar, la exigencia de consentimiento o ratificación del "mandante" resulta innecesaria y, por lo mismo, confusa. Es evidente que no habrá propiamente intermediación si no ha existido algún acuerdo previo o posterior entre instigador y hechor material. No es necesario explicitar dicha exigencia. Ello sólo produce dificultades en la correcta interpretación de la norma.

En segundo término, es preciso hacer presente que la explicitación de la comisión vía intermediario es innecesaria en el Derecho Penal Portugués. En efecto, la denominada autoría mediata es punible expresamente conforme a lo dispuesto por el artículo 26 del Código Penal Portugués¹².

II.3.g. Destinatario del comportamiento punible (a un funcionario público extranjero, en beneficio de éste o de un tercero: "a funcionário ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles")

En general, el tipo portugués se ajusta a los requerimientos de la Convención en lo relativo al destinatario del comportamiento punible. Sin embargo, innova en algunos aspectos:

En primer lugar, distingue entre funcionarios públicos (extranjeros) (Nº 2 del 41-A) y titulares de cargos políticos (extranjeros) o funcionarios políticos extranjeros (Nº 3 del 41-A). Respecto a los primeros, cabe hacer notar que no se alude a los funcionarios que ejercen cargos en el Poder Legislativo. Sin embargo, es más que razonable pensar que tales funcionarios quedan incluidos en la categoría de funcionarios políticos del Nº 3. En todo caso, el punto parece requerir una aclaración.

En segundo lugar, en cuanto a los denominados funcionarios políticos o titulares de cargos políticos, su concepto está dado por una norma de reenvío a la legislación extranjera correspondiente (Nº 3 del 41-A). Por lo tanto, nunca será completamente claro el alcance de dicha categoría. Así, por ejemplo, es posible que en ciertas legislaciones las personas naturales que ocupan cargos directivos en partidos políticos queden comprendidas por el concepto.

II.3.h. Destinatario final de la dádiva o beneficio (en beneficio de éste (del funcionario público extranjero) o de un tercero: "a funcionário ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles")

Es preciso hacer presente que no es lo mismo el destinatario (final) de la dádiva o beneficio que el destinatario de la oferta o promesa. La Convención señala la posibilidad de que el beneficio vaya destinado a un tercero (y no al funcionario público), pero no se refiere a la posibilidad de que la oferta se haga al tercero (salvo que se le entienda incluido en la figura de intermediario). Alejándose de este criterio, el tipo portugués parece incluir la posibilidad de que la oferta o promesa se haga al tercero, pero no es claro si resulta punible una hipótesis en la que el beneficio (final o último) se destine directamente a un tercero. Es preciso aclarar este punto, ya que de otra forma el tercero no vendría a ser más que un intermediario. En todo caso, se hace presente que la referencia al "conocimiento" del funcionario parece implicar que el tipo incluye la posibilidad de beneficio directo para el tercero. De otra forma no se explica la exigencia de dicho elemento fáctico.

II.3.i. Actuación en el ejercicio de deberes oficiales (a fin de que tal funcionario, en el ejercicio de sus deberes oficiales, actúe o se abstenga de actuar)

El tipo portugués no se refiere directamente a la exigencia de que el funcionario realice una acción u omisión. Por ende, tampoco hay alusión a la exigencia de que actúe en el ejercicio de sus deberes oficiales. En esto se aleja de la Convención.

Considerando que el tipo es suficientemente amplio y que alude directamente al fin pretendido (obtención o mantención de negocio o ventaja comercial) cabe estimar que el otorgamiento o promesa de dádiva a cambio de una mera omisión del funcionario resulta de todas formas punible. El fin de la acción típica absorbería cualquiera ulterior modalidad de comportamiento que dicho fin pueda requerir.

Por otra parte, nos parece que la no alusión explícita a la actuación en el ejercicio de deberes oficiales no presenta problemas, porque ella necesariamente se encuentra implícita en las figuras de cohecho (incluso en las de cohecho activo). No cabe dar otra interpretación, ya que se trata de una exigencia restrictiva del tipo.

II.3.j. Ventaja comercial perseguida (y con ello obtenga o mantenga cualquier negocio u otra ventaja indebida en la realización de transacciones internacionales: "para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional")

En esta parte el tipo portugués cumple exactamente los requerimientos de la Convención. Incorpora una referencia al "contrato", además de las voces "negocio" o "ventaja", lo cual no presenta ninguna clase de problemas. Cabe sí referirse a la exigencia de que ellas sean "indebidas". En esto se sigue a la Convención. Sin embargo, dicho elemento no parece ser de gran aporte. En efecto, dicha exigencia cuestiona la aplicación del tipo en los casos en los que la empresa -ya por las óptimas condiciones de sus propuestas, servicios o productos; ya por ser la más calificada en el ámbito; etc.- habría de todas formas obtenido el negocio o ventaja (es decir, sin haber mediado cohecho). En tal caso podría muy bien argumentarse que no hay cohecho, porque la ventaja comercial se habría obtenido de todas formas.

II.3.k. Complicidad y otras formas de participación

Las distintas formas de participación que la Convención manda tipificar se encuentran básicamente absorbidas por las normas generales del Código Penal Portugués, a saber, el artículo 26 sobre autoría¹³ y el artículo 27 sobre complicidad¹⁴. Sólo resulta dudosa la penalización de la hipótesis de autorización de un acto de cohecho. Bajo ciertos supuestos fácticos, podría entenderse subsumida en la figura de auxilio moral del Nº 1 del artículo 27. En todo caso se precisa una aclaración al respecto.

La tentativa de cohecho a funcionario extranjero resulta punible a partir de las normas generales del Código Penal Portugués, a saber, los artículos 22 (concepto y elementos de la figura)¹⁵ y 23 (penalidad)¹⁶. Sin

perjuicio de lo anterior, alguna duda podría presentar la aplicación del Nº 1 del artículo 23, el cual establece que sólo resulta punible la tentativa de crímenes que, en su grado consumado, tuvieren asignada una pena superior a 3 años. En la medida que la apreciación se haga en abstracto y que se considere el margen superior de la pena asignada, el cohecho a funcionario extranjero será siempre punible en su grado tentado. Si, en cambio, la apreciación se hace en concreto -una vez consideradas las circunstancias particulares concurrentes en el caso- ciertas tentativas podrían quedar impunes. Aunque la primera alternativa aparece como la más razonable, el punto sugiere una aclaración. En cuanto a la penalidad de la tentativa, el Nº 2 del artículo 23 establece que la tentativa se castiga con la pena aplicable al crimen consumado, especialmente atenuada. Dicha atenuación especial se encuentra regulada en el artículo 73 del Código.

III. Sanción a las Personas Jurídicas

III.1. El artículo 2º de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales establece que "cada Parte adoptará las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en los actos de cohecho a un funcionario público extranjero".

III.2. El artículo 3º del Decreto Ley 28/84, el cual, a su vez, recoge la figura penal introducida en su artículo 41-A por la Ley Nº 13/2001, establece la responsabilidad de las personas jurídicas. Dicha norma, al ser aplicable a las ofensas consideradas en el referido Decreto Ley, incluye al cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

El referido artículo 3º establece, en su número 1, básicamente, que "las personas jurídicas, las compañías y las asociaciones de facto son responsables por las ofensas consideradas en el presente Decreto Ley siempre que sean cometidas por sus directorios o representantes en su nombre y en el interés colectivo". (Versión en inglés disponible: "Legal persons, companies, and de facto associations are liable for the offences laid down in this Decree-Law when they are committed by their governing bodies or representative on their behalf and in the collective interest"). Agrega, en el número 2, que "ellas no son responsables si quien comete la ofensa ha actuado contra órdenes expresas o instrucciones de las personas autorizadas". (Versión en inglés disponible: "They are not liable if the offender has acted against express orders or instructions from authorised persons"). Finalmente, en el número 3, señala que "la responsabilidad de tales entidades no excluye la responsabilidad individual de los sujetos que individualmente han participado". (Versión en inglés disponible: "The liability of the entities mentioned in Nº 1 does not exclude individual liability of the offenders and Nº 3 of article 2 is applicable, with the necessary adaptations").

Las sanciones a las personas jurídicas y similares, conforme al artículo 7º Nº 1 del D.L. 28/84 son la reprimenda, la multa y la disolución. (Versión en inglés disponible: "The following main penalties are applicable to legal persons and similar for the crimes provided for in this Decree-Law: a) Reprimand, b) Fine, c) Dissolution").

A más de tales sanciones, el artículo 8º del referido D.L. establece una serie de penas adicionales posibles, entre ellas: la prohibición temporal de ejercer ciertas actividades; la prohibición temporal del derecho a participar en ferias o mercados; la privación del derecho a subsidios públicos; el cierre temporal del establecimiento; la publicación de la sanción, etc.

Conforme al artículo 2 Nº 3 del D.L. 28/84, existe, además, una responsabilidad conjunta por parte de las personas jurídicas por el pago de multas, indemnizaciones y otras penas respecto de las personas naturales que han participado en el delito. (Versión en inglés disponible: "Civil and commercial associations and any of the other entities mentioned in Nº 1 shall be jointly liable under civil law for paying any fines, damages and other payments to which those committing the offences provided for in this Decree-Law are sentenced, under their terms of Nº 2").

La determinación de la pena, conforme indica el artículo 6 del D.L. 28/84, considerará varios factores entre ellos si la ofensa ha causado un cambio anormal de los precios en el mercado; si el ofensor tomó ventaja de la necesidad apremiante del comprador, consumidor o vendedor, con pleno conocimiento de esto; si la ofensa fue cometida en momentos en que existía una insuficiencia de bienes o servicios para abastecer el mercado, incluyendo racionamiento, considerando que el objeto del crimen fue uno de estos bienes o servicios; si la ofensa fue cometida en el ejercicio de deberes, o tomando ventaja de tales deberes, por un empleado del Estado o de cualquiera persona jurídica de Derecho Público, o por el administrador, miembro del Directorio o empleado de compañías del sector público o de compañías en las cuales el Estado tiene una participación mayoritaria, incluyendo corporaciones públicas, empresas nacionalizadas, empresas mixtas en las cuales el Estado es accionista mayoritario, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 9 del D.L. 28/84 establece normas especiales sobre el embargo y confiscación de las "ventajas ilícitas" obtenidas por el ofensor.

III.3. En materia de sanción a las personas jurídicas, se aprecia un desarrollo significativo en la materia en la legislación portuguesa, en armonía con las directrices de la OCDE, las que, a su vez, concuerdan con las recientes tendencias del Derecho Contemporáneo, las cuales procuran reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

III.3.a. El reconocimiento progresivo de la responsabilidad de las personas jurídicas¹⁷

Sobre este punto, vale la pena señalar que en los países desarrollados ha emergido una tendencia, en los últimos años, en orden a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así ha ocurrido tanto en los países anglosajones, como en Alemania, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Japón, Noruega, Polonia y Suecia. Portugal se suma a tales esfuerzos según aparece de las normas analizadas en el punto III.2. En América Latina, en cambio, "la posibilidad de imponer penas a corporaciones es regida casi exclusivamente en normas de derecho no codificado, pues los códigos penales de la región han seguido el principio opuesto"¹⁸. Cuba y Costa Rica constituían una excepción al efecto, pero actualmente, luego de la adopción de nuevos códigos en los años setenta, sólo los Códigos Penales de México (artículo 11) y de Puerto Rico (artículo 37) la consideran^{19, 20}.

El análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta particularmente relevante desde el punto de vista social y criminológico, por cuanto la delincuencia cometida por las personas jurídicas ha crecido en términos cualitativos y cuantitativos en los últimos años. Las estadísticas señalan que los principales delitos en los cuales se ven involucradas las personas jurídicas en el mundo son, entre otros, los delitos contra el medio ambiente, los delitos económicos, la evasión tributaria, la corrupción pública y la obstrucción a la justicia, todos los cuales producen un impacto social profundo, frecuentemente mucho mayor al que resulta del actuar de las personas naturales.

III.3.b. Observaciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Sin perjuicio de los positivos avances incorporados en la legislación interna de Portugal en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe formular algunas observaciones generales sobre el tema, a saber:

En primer lugar, sería conveniente precisar qué tipo de personas jurídicas son las sancionadas. A tal respecto preocupa la posible responsabilidad de las personas jurídicas de Derecho Público, a cuyo respecto existen discusiones importantes sobre su procedencia.

En segundo lugar, de la revisión de los artículos en referencia aparecen algunos términos abiertos que podrían generar, en la práctica, algunas dificultades, tales como "en su nombre y en el interés colectivo" (artículo 3 N° 1 del Decreto Ley N° 28/84), "instrucciones de las personas autorizadas" (artículo 3 N° 2 del Decreto Ley N° 28/84) o la expresión "y similares" (artículo 7 N° 1 del Decreto Ley N° 28/84).

En tercer lugar, se hace necesario establecer criterios más precisos en orden a determinar las sanciones de las personas jurídicas y su vinculación con las de las personas naturales.

Finalmente, y dado que el D.L. N° 28/84 es de fecha 20 de enero de 1984, resulta conveniente indicar cómo los tribunales han aplicado las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la práctica.

IV. Otros temas en lo sustantivo

IV.1. La contabilidad y la sanción de las omisiones o falsificaciones cometidas con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de las compañías nacionales, en cuanto inciden en el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

La Convención, en su artículo 8º, señala que a objeto de combatir con eficacia el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cada Parte adoptará las medidas necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, para mantener libros y registros contables, publicar estados financieros y normas de contabilidad y auditoría, prohibir el establecimiento de cuentas no registradas y el mantenimiento de doble contabilidad o de transacciones inadecuadamente identificadas, el registro de gastos no existentes, cargos con identificación incorrecta de su objeto y el uso de documentos falsos por parte de las compañías sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de cometer cohecho a funcionarios públicos extranjeros u ocultar dicho cohecho.

La Convención reconoce como obligación de los Estados Parte el establecer penas eficaces, proporcionadas y disuasivas, de carácter civil, administrativo o penal, para las omisiones o falsificaciones cometidas con respecto a los libros, registros, cuentas y estados financieros de las compañías nacionales.

El Decreto Ley N° 410/89, de fecha 21 de noviembre de 1989, aprueba un Plan Oficial de Contabilidad el que es aplicable a todas las entidades señaladas en su artículo 2º, cuales son básicamente las Compañías Nacionales y Extranjeras reguladas por el Código de Sociedades Comerciales, las empresas individuales reguladas por el Código de Comercio, los establecimientos individuales de responsabilidad limitada, las empresas públicas, las cooperativas y otras agrupaciones reguladas por el referido Plan. El artículo 3º del referido Decreto Ley excluye de tales entidades a los Bancos, las Compañías de Seguros y otras Entidades del Sector Financiero, sujetas a planes específicos de contabilidad²¹. La contabilidad exigida por el Plan Oficial de Contabilidad debe cumplir con una serie de estándares destinados a verificar su seriedad y

confiabilidad.

A más de lo anterior, el artículo 29 del Código de Comercio obliga a todos los comerciantes a mantener libros de contabilidad que de una manera fácil, clara y precisa señalen sus operaciones comerciales y patrimonio.

La contabilidad de las empresas, conforme al Decreto Ley Nº 487/99, de 16 de noviembre de 1999, debe ser revisada por auditores profesionales, sujetos a la supervisión del Instituto de Auditores Asociados de Portugal.

Finalmente, la Ley Nº 15/2001, de 5 de junio de 2001, la cual regula el régimen general de infracciones fiscales, establece una serie de delitos relativos a una contabilidad inadecuadamente practicada, ya se trate del registro de operaciones no existentes, del establecimiento de libros de contabilidad paralelos, etc.

IV.2. Las sanciones

Conforme al artículo 3º de la Convención, se establecen como obligaciones de las partes el adoptar sanciones varias para asegurar la eficacia de la misma, consistentes en penas, ya en relación a personas naturales y jurídicas, embargo y confiscación de bienes, y sanciones civiles o administrativas complementarias.

El artículo 41-A de la Ley Nº 13/2001 establece, en relación a las personas naturales responsables del delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales una pena de prisión de uno a ocho años, la cual, conforme al artículo 5º del D.L. Nº 28/84, no puede ser reemplazada por multas en los casos en que la ofensa es cometida bajo alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 6, ya referido.

La pena de prisión de un año a ocho años conminada para el delito de cohecho a funcionarios extranjeros resulta bastante superior a la figura interna de cohecho activo prevista en el artículo 374 del Código Penal Portugués²², la cual establece pena de prisión de 6 meses a 5 años. En tal sentido parece que, al menos en su extremo superior, la pena asignada al tipo del 41-A resulta desproporcionada. En consecuencia, si bien la penalidad impuesta cumpliría con los requerimientos de la Convención en cuanto eficaz y disuasiva, no cumpliría cabalmente la exigencia de "ser comparable a las aplicadas al cohecho a funcionarios nacionales".

En relación a las personas jurídicas vayan las observaciones señaladas en el punto III.

IV.3. La prescripción

La Convención destaca, en su artículo 6º, que cualquier regla de prescripción aplicable al delito de cohecho a un funcionario extranjero contemplará un período adecuado de tiempo para investigar y enjuiciar este delito.

Conforme al artículo 118 del Código Penal Portugués el período de prescripción en la especie es de 10 años, en consideración a la duración de la pena asignada al delito. Tal plazo comienza a correr, conforme al artículo 119 del mismo cuerpo legal, a partir del momento de la ejecución del acto. La prescripción puede, eventualmente, ser suspendida o interrumpida, en el evento que concurren algunos de los elementos señalados en los artículos 120 y 121, respectivamente.

Finalmente, de acuerdo al artículo 276 del texto en referencia, la Oficina del Fiscal debe concluir su investigación dentro de los 6 meses contados desde que una persona acusada es detenida o se encuentra bajo detención domiciliaria o, en el evento de no estar bajo tal condición, en 8 meses. Existen, en ciertos casos, plazos más extensos de prescripción, los que pueden llegar así hasta los doce meses.

IV.4. El lavado de dinero

En el artículo 7º de la Convención se establece una regla de reciprocidad internacional en lo relativo al delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros vinculado a las operaciones de lavado de dinero.

Es importante recordar que, conforme al artículo 2º de la Ley Nº 13/2001, la conducta descrita en el artículo 41-A es calificada como crimen de corrupción para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley Nº 325/95, de 2 de diciembre de 1995, el cual sanciona como responsables del delito de lavado de dinero a quienes, conociendo el origen ilícito de fondos de la corrupción, procuren su conversión o transferencia para así disimular su origen ilícito.

El artículo 2º en referencia, en su numeral 3, indica que todo acto u omisión tipificado en el numeral 1 será castigado independientemente de si el delito ha ocurrido en o fuera del territorio nacional.

V. Temas Procesales

En lo que dice relación con los aspectos procesales antes mencionados cabe considerar:

V.1. La jurisdicción

Se establece como obligación de los Estados Parte el adoptar las medidas necesarias para lograr la existencia de una jurisdicción eficaz en el combate del delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

En materia de jurisdicción se aplican las normas contenidas en los artículos 4 a 8 del Código Penal, a más del artículo 3º de la Ley Nº 13/2001, el cual dispone que "independientemente del marco general destinado a regular la aplicación territorial de la ley criminal y las normas relativas a la cooperación judicial internacional, las normas establecidas en el artículo 1º de esta ley serán aplicables a los actos cometidos por ciudadanos portugueses, así como a los actos cometidos por extranjeros que se encuentren en Portugal, independientemente de donde esos actos fueron cometidos". (Versión en inglés disponible: "Regardless of the general framework governing the territorial application of criminal law and provisions set forth regarding international judicial co-operation, the provisions laid down in Article 1 of this Law shall be applicable to the acts committed by Portuguese citizens as well as to acts committed by foreigners found in Portugal, regardless of the place where such acts were committed").

V.2. La aplicación

El artículo 5 de la Convención señala una serie de principios a respetar en la investigación y enjuiciamiento del cohecho a un funcionario público extranjero. Tales procedimientos "no estarán influidos por consideraciones e interés nacional económico, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado o por la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas".

La investigación en la especie es pública, y está a cargo de la Oficina del Fiscal y de la Policía Judicial, las cuales deben actuar conforme a las normas del Código de Procedimiento Criminal. El "principio de la legalidad" es el que regula la investigación y enjuiciamiento del cohecho por lo que los factores señalados en el artículo 5 de la Convención están excluidos de tales procedimientos.

V.3. La Asistencia Legal Mutua

El artículo 9 de la Convención destaca una serie de medidas a adoptar por los Estados parte en orden a facilitar la asistencia legal mutua entre los Estados parte en orden a proporcionarse asistencia legal mutua para así combatir el delito el cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

Portugal otorga asistencia legal mutua en conformidad a los tratados bilaterales y multilaterales de los cuales es Parte. En ausencia de tales tratados, se aplica la Ley Nº 144/99, de fecha 31 de agosto de 1999, la cual fija condiciones para la procedencia de tal asistencia, tomando como principio fundamental y general la reciprocidad aun cuando con ciertas excepciones.

V.4. La Extradición

El artículo 10 de la Convención establece que el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros se considerará comprendido en los delitos extraditables conforme a las leyes de las Partes y los tratados de extradición que existan entre ellas.

Portugal regula la extradición en conformidad a los tratados bilaterales y multilaterales de los cuales es Parte y, en ausencia de tales tratados, se aplica la Ley Nº 144/99, de fecha 31 de agosto de 1999, en cuya virtud cabe considerar al delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros comprendido en los delitos extraditables.

V.5. Las autoridades responsables

Para los efectos de complementar las normas relativas a la asistencia legal mutua y a la extradición, el artículo 11 de la Convención señala que cada Parte notificará al Secretario General de la OCDE sobre la autoridad o autoridades encargadas de formular y recibir peticiones, las que servirán de canal de comunicación en estas materias para esa Parte, sin perjuicio de otros arreglos entre las Partes.

Portugal ha comunicado al Secretario General de la OCDE que la autoridad responsable para los efectos del artículo 11 de la Convención es el Ministro de Justicia.

V.6. El Monitoreo y Seguimiento

El artículo 12 de la Convención señala que las partes cooperarán para aplicar un programa de seguimiento sistemático que vele por y promueva la plena aplicación de la Convención, del cual no se han recibido antecedentes particulares adicionales a los ya referidos en los puntos anteriores.

VI. Comentarios Generales sobre los temas sustantivos y procesales mencionados en los puntos IV y V

En orden a adecuar la legislación interna de Portugal a las directrices de la OCDE fijadas en la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, se ha optado, básicamente, por modificar a través de la Ley Nº 13/2001 un cuerpo legal existente (D.L. Nº 28/84, de 20 de enero de 1984, el cual sanciona las actividades ilegales contra la economía nacional)

incorporando al mismo la figura del cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, haciendo así aplicable a tal delito la regulación marco preexistente a tal reforma.

Tal normativa marco ha sido referida en los puntos IV y V. En general, no revela mayores dificultades. Sin perjuicio de lo anterior, sería adecuado saber cuáles son las dificultades más frecuentes que en la aplicación de cada una de tales reglas se han detectado y, a su vez, cuál ha sido la recepción de la Ley Nº 13/2001 por los diferentes agentes del sistema jurídico y de la comunidad portuguesa en general²³. En cuanto al tema del monitoreo y seguimiento, sería conveniente conocer algunas proposiciones específicas de Portugal al respecto, no obstante ser un tema básicamente de desarrollo colectivo.

VII. Conclusión General

Del análisis realizado aparece claramente que Portugal ha dado adecuado y oportuno cumplimiento a las directrices de la OCDE establecidas en la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, sin perjuicio de la implementación de posibles medidas complementarias o de la realización de algunas correcciones menores en orden a mejorar su legislación interna en tal proceso de adecuación.

1 El presente texto reproduce algunos de los antecedentes remitidos por el Consejo de Defensa del Estado al Ministerio de Relaciones Exteriores relativos a las observaciones sobre la adecuación de la legislación interna de Portugal a las directrices de la OCDE, contenidas en la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, las cuales fueron elaboradas en el Consejo de Defensa del Estado (Subdepartamento de Legislación y Biblioteca), con la colaboración del Ministerio de Justicia (División Jurídica). Se han incorporado, eso sí, algunas referencias adicionales para una mejor comprensión del documento.

2 La OCDE tuvo su origen en la Organización para la Cooperación Económica Europea (OEEC), creada para administrar la ayuda americana y canadiense, en la Europa de la postguerra, en el marco del Plan Marshall. En 1961, se sustituyó tal organización por la OCDE, ampliándose sus objetivos en orden a construir economías estables, promover la economía de mercado, expandir el libre comercio y contribuir al desarrollo tanto de los países industrializados como de aquellos en desarrollo. Actualmente la OCDE cuenta con 30 países miembros, los cuales comparten los principios de la economía de mercado y, además, de una democracia pluralista y del respeto a los derechos humanos.

Uno de los objetivos de la OCDE es combatir la corrupción y en tal entendido sus países miembros adoptaron la "Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales", lo que también hicieron cinco países no miembros: Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y la República Eslovaca.

3 Los fundamentos de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales aparecen resumidos en su preámbulo e incluyen aspectos tan relevantes como son la extensión y efectos del cohecho referido, la responsabilidad internacional en su combate, así como la importancia de desarrollar esfuerzos en este último sentido.

En tal entendido, se destaca en los referidos fundamentos "que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y las inversiones, que da origen a serias complicaciones de carácter moral y político, mina el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales".

A lo anterior, agrega "que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales", destacando al efecto "la recomendación revisada para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, la cual, entre otros aspectos, exigió tomar medidas eficaces para reprimir, prevenir y combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales y, en particular, para la pronta, eficaz y coordinada tipificación del cohecho como delito, de conformidad con los elementos acordados que se señalan en tal recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios legales básicos de cada país."

En el referido ámbito de la cooperación internacional se agrega que corresponde aceptar "con agrado otras iniciativas recientes que favorecen el entendimiento y cooperación internacionales en lo que respecta a combatir el cohecho a funcionarios públicos, incluidas las acciones adoptadas por las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Europea", así como "los esfuerzos de compañías, organizaciones empresariales y sindicales y otras organizaciones no gubernamentales para combatir el cohecho" y "el rol de los gobiernos en la prevención de tentativas de cohecho de parte de individuos y empresas en transacciones comerciales internacionales".

Tal realidad permite reconocer y concluir que (1) "a objeto de avanzar en este campo, se requiere no sólo de esfuerzos a nivel nacional, sino también de cooperación, monitoreo y seguimiento multilaterales" y que (2) "lograr la equivalencia de las medidas que las partes deben adoptar constituye el objetivo y propósito esencial de la Convención, lo cual requiere que la Convención sea ratificada sin derogaciones que afecten esta equivalencia".

4 Sería conveniente conocer por qué la Ley Nº 13/2001 aparece modificando un D.L. Nº 28/84 y, en su caso, indicar si tal ejercicio ha resultado en problemas técnico-legislativos a la hora de la aplicación de la norma modificada.

5 El artículo 1º del Decreto Ley Nº 325/95, de 2 de diciembre de 1995, señala el ámbito de acción de la ley,

referido al delito de lavado de dinero en general. (Versión en inglés disponible: "This act provides for preventive and repressive measures against the laundering of money and other goods proceeding from such criminal offences as are indicated herein, other than those already provided for with respect of the proceeds of trafficking in drugs and precursors").

6 La Ley Nº 36/94, de 29 de septiembre de 1994, establece medidas de combate a la corrupción y a la criminalidad económica y financiera.

7 Sobre este último punto (la punición del funcionario extranjero), sería conveniente conocer qué esfuerzos, si los hay, existen a nivel de los países de la OCDE en orden a sancionar el cohecho pasivo en un delito como el que trata la Convención. Un tratamiento integral del tema de la corrupción a nivel internacional demanda favorecer esfuerzos en tal sentido.

8 Sin perjuicio de lo claro del enunciado, podría confirmarse su amplitud en particular en relación a la inclusión de personas naturales investidas de un cargo público.

9 Artículo 13 del Código Penal Portugués: "Dolo e negligência. Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência". Artículo 14 del Código Penal Portugués: "Dolo: 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização".

10 En esto el tipo penal portugués felizmente supera una cierta ambigüedad presentada por la redacción de la descripción contenida en la Convención. En ella parecía exigirse una cierta vinculación entre la oferta, promesa u otorgamiento de dádiva y la definitiva obtención de lucro por parte del sobornador.

11 Cabe hacer presente, en todo caso, que la tendencia en la doctrina moderna es a restringir la dádiva o beneficio a valores económicos o susceptibles de apreciación económica.

12 Artículo 26 del Código Penal Portugués: "É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução".

13 Ver nota 5.

14 Artículo 26 del Código Penal Portugués: "1 - É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso. 2 - É aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada".

15 Artículo 22 del Código Penal Portugués: "Tentativa: 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2 - São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico, ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores".

16 Artículo 23 del Código Penal Portugués: "Punibilidade da tentativa: 1 - Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão. 2 - A tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada. 3 - A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime".

17 Para mayores detalles sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ver: Onfray Vivanco, Arturo Felipe, "Reflexiones en torno a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", publicado en la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año 2, número 5, páginas 153-167.

18 Righi, Esteban, "Los Delitos Económicos", Ad-Hoc S.R.L. Villela Editor, Buenos Aires, 2000, 125.

19 Existen, eso sí, como se indicó, leyes especiales que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas; es el caso de Brasil cuya Constitución Federal de 1988 y Ley sobre Crímenes Ambientales la consideran.

20 En el caso de los Códigos Penales de Paraguay (artículo 16) y Perú (artículo 27) se considera a la figura de "actuar por otro" y, en este último caso, el sistema de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas en los casos en que la persona natural se vale de la organización criminal para cometer los ilícitos (artículos 102 a 105).

21 Sería conveniente disponer de mayores antecedentes sobre estos planes específicos de contabilidad y su relación con el Plan Oficial de Contabilidad.

22 El Artículo 374 del Código Penal Portugués sanciona la corrupción activa de la siguiente manera: "1 - Quem por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no artigo 372º, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos. 2 - Se o fim for o indicado no artigo 373º, o agente é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias. 3 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364º".

23 En tal sentido cabe destacar el desarrollo reciente de la Sociología del Derecho en Portugal, la cual ha explorado el funcionamiento de los tribunales en forma profunda, constituyéndose en un valioso instrumento de análisis de la realidad del Derecho. Ver, por ejemplo, Boaventura De Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques, João Pedroso y Pedro Lopes Ferreira, "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas", Edições Afrontamento, Porto, 1996.

