

# Sistemas penales comparados



## Corrupción en el sector privado

### Alemania

Dimitris Ziouvas, LL.M.  
(Friburgo de Brisgovia)  
Abogado, Universidad de Colonia

#### I. Sistemática del derecho penal de corrupción

No hay conocimientos seguros acerca de la dimensión de la corrupción en Alemania. Sin embargo, ha de suponerse un gran número de casos desconocidos. La corrupción no es un término jurídico legalmente definido, sino un término antejurídico que es usado sobre todo en las ciencias sociales. El término "corrupción" —que proviene del verbo latín *corrumpere*—frecuentemente se utiliza como sinónimo para los términos cohecho activo y pasivo. La corrupción se hace notar en todas las relaciones de la vida: en el estado (administración pública), en la economía y en la sociedad. El legislador alemán hasta el momento no ha previsto tipos penales especiales en contra de la corrupción en el ámbito de la sociedad (como por ejemplo el cohecho de árbitros en el deporte), lo cual es correcto. Sin embargo, fue reformado el derecho penal en contra de la corrupción por medio de la *Ley de lucha contra la corrupción* (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KorrBekG), ley del 13 de agosto de 1997 (BGBl. I, pág. 2038) con el objetivo de mejorar las posibilidades de una contención jurídica-penal de la corrupción en la administración y en la economía privada. Otras leyes como por ejemplo la *Ley contra el cohecho comunitario* (EUBestG) del 10 de septiembre de 1998 (BGBl. II, S. 2340), ley que traspone el Protocolo del 27-09-1996 referente al Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas o la *Ley contra el cohecho internacional* (IntBestG) del 10 de septiembre de 1998 (BGBl. II, S. 2327), ley que traspone el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) del 17 de diciembre de 1997 sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios extranjeros en el tráfico interna-

cional de negocios, han ampliado el campo de aplicación del derecho penal alemán por medio de la transposición del derecho penal internacional de corrupción.

En lo siguiente únicamente se explicarán las normas penales alemanas contra la corrupción en el sector privado. En primer lugar, el derecho penal alemán combate la corrupción en la economía privada por medio de "tipos penales de corrupción" específicos, como por ejemplo el cohecho de empleados (II) o los acuerdos limitativos de la competencia en subastas (III). El fraude de subasta en determinadas circunstancias también se sanciona como falta del derecho antimonopolio (IV), mientras que la privatización de la administración pública frecuentemente difumina la frontera entre los delitos de cohecho en el servicio público y en las transacciones comerciales (V). Además, la corrupción va acompañada de una criminalidad importante, que está incluida en los tipos penales generales (VI).

#### II. Cohecho activo y pasivo en la economía privada

La Ley de lucha contra la corrupción (la KorrBekG) ha introducido un nuevo capítulo 26.º ("*Delitos contra la competencia*", §§ 298 - 302) en el Código Penal alemán (StGB). El § 299 StGB se corresponde con el anterior § 12 UWG (Ley alemana contra la competencia desleal), que regulaba el tipo de cohecho activo y pasivo en la economía privada. Este cambio de ubicación persigue reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la corrupción en el ámbito comercial no afecta solamente a las empresas, sino que representa un comportamiento socialmente dañoso. La norma tiene un amplio campo de protección: protege tanto la competencia como institución, a los competidores, al jefe del sobornado así como a todos frente a un encarecimiento de los bienes y servicios. El tipo viene determinado como un delito abstracto de riesgo: ciertas relaciones de competencia determinadas por la demanda y la oferta no deben ser falsificadas (vulneradas). Por tanto,

no es decisivo, si el sobornado de hecho trata de forma preferente al autor ni lo es el hecho de que al menos un competidor presente su propia oferta. El § 299, inciso 1.º, StGB regula el cohecho pasivo de empleados, mientras que el inciso 2.º regula el cohecho activo de empleados. La ventaja puede estar prevista para el empleado o para un tercero. El autor del cohecho activo debe actuar "con fines competitivos". Esta intención competitiva contiene dos componentes: Primero el *dolus eventualis*, referente a que hay o habrá competidores; segundo *dolus directus*, en el sentido de ser preferido en tal caso. El cohecho activo y pasivo se castigan con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena pecuniaria. El § 300 StGB prevé las circunstancias agravantes: para casos especialmente graves está prevista una pena privativa de libertad de hasta cinco años. En estos casos permite el § 302 StGB que se sancione con una pena patrimonial (§ 43 a StGB) y la confiscación de todo tipo de bienes (§ 72 d StGB), cuando se trate de un profesional o de una banda. El § 301 StGB instituye para el § 299 StGB el requisito de querrela. Diferente a la antigua regulación es la persecución penal por "interés público especial": también se puede realizar de oficio. En esto se puede ver de nuevo el bien jurídico sobreindividual del delito.

### III. Acuerdos ilícitos limitativos de la competencia en subastas

En muchos procesos —especialmente en el sector de las obras públicas— el cohecho iba a menudo acompañado de acuerdos ilícitos limitativos de la competencia. El § 298 StGB que fue introducido por medio de la *KorrBekG* ("Acuerdo de limitación de la competencia en subastas") constituye el cierre de una discusión abierta desde 1922, de si un tipo penal especial del así llamado fraude en subasta (*Submissionsbetrug*) debía ser añadido. En la práctica, sin embargo, la posibilidad abierta por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en los años 1992 (ver BGH, NJW 1992, 921) y 1994 (ver BGH, NJW 1995, 737) de sancionar estas conductas como estafa, naufragaba por regla general en la prueba del perjuicio patrimonial, pues a menudo era imposible la determinación del precio de la competencia. Por otra parte, la incriminación autónoma de la "estafa de subastas" fracasó reiteradamente ante la dura oposición de los responsables de la política económica. El bien jurídico que principalmente protege el § 298 StGB es la libre competencia. Además también protege el patrimonio del organizador del concurso y de los demás competidores potenciales. El ti-

po está construido como un delito de riesgo abstracto.

Alguien incurre en el hecho delictivo del § 298, inciso 1.º, StGB, cuando en un concurso sobre bienes o servicios comerciales, incluyendo éstos también las prestaciones de profesionales, presenta una oferta basada en un acuerdo ilícito que pretende que el organizador acepte una oferta determinada. No es necesario que el acuerdo ilícito se oculte al organizador del concurso, ya que al final son especialmente punibles los casos, en los cuales el oferente coopera con un empleado del organizador de forma que el conocimiento del empleado puede atribuirse al organizador. En *relación con la estafa* (§ 263 StGB) no sólo se renunció al requisito del daño patrimonial y la intención de enriquecimiento, sino también al engaño y al error como elementos del tipo de delito. El acuerdo ilícito es en sí impune, sólo la entrega de la oferta es punible según el § 298, inciso 1.º, StGB. El delito es castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena pecuniaria. Complementariamente, el § 298, inciso 3.º, StGB contiene una regla de arrepentimiento activo. Conforme al § 74 c, inciso 1.º, número 5 a, de la Ley alemana de organización de los tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*), la competencia para el enjuiciamiento de los delitos contenidos en los §§ 298, 299 StGB está atribuida a las salas de lo Penal económico.

### IV. Sanción de acuerdos limitativos de la competencia en el derecho antimonopolio

Los acuerdos limitativos de la competencia también violan la prohibición de formación de monopolio contenida en el § 1 de la Ley alemana de defensa de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*). Conforme al § 81, inciso 1.º, número 1, de la *GWB*, la formación de tales monopolios constituye una falta sancionable con multa. Ésta tiene carácter subsidiario frente al delito (§ 21 OWiG). Como es conocido, el derecho penal alemán no reconoce la responsabilidad penal de personas jurídicas. Sin embargo los acuerdos ilícitos acordados entre empresas sí pueden ser sancionados conforme al § 30 de la Ley alemana de faltas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG*). Según esto, en algunos casos, puede imponerse una multa a una persona jurídica o asociación de personas por motivo de delito o falta cometida por sus órganos. Conforme al § 130 de la *OWiG* también puede incurrir en falta, quien como propietario de una explotación o empresa no toma medidas de supervisión contra acuerdos ilícitos de las personas a su car-

go. Esta norma muestra que el propietario y los funcionarios directivos de la empresa responden por la evitación de delitos de funcionarios subalternos. Conforme al § 82 *GWB* corresponde exclusivamente a las autoridades de defensa de la competencia la imposición de multas a empresas conforme al § 30 *OWiG* por motivo de acuerdos de fraude de subasta. Por tanto, en los casos de punibilidad conforme al § 298 *StGB* por motivo de un acuerdo de subasta contrario al derecho antimonopolio, la competencia de instrucción y sanción para la imposición de una pena a personas físicas corresponde al ministerio fiscal y a la sala de lo Penal económico, mientras que la competencia para la imposición de una multa a una empresa conforme al § 30 *OWiG* corresponde a la autoridad de defensa de la competencia. Para evitar dificultades y conflictos de competencia, es necesaria una buena cooperación entre el ministerio fiscal y la autoridad de defensa de la competencia.

#### V. El cohecho en la frontera entre la Administración y la Economía privada

Los parágrafos 331 y ss. *StGB* reprimen el *cohecho en la administración pública*. El ámbito de aplicación de los tipos que sancionan la corrupción en los servicios públicos viene determinado por la interpretación del término de funcionario. Saber si están cumplidos los requisitos de este término puede presentar dificultades particularmente cuando el estado se sirve de formas de organización del derecho privado para el cumplimiento de sus funciones. En el año 1992, el BGH ha decidido que la forma de organización de derecho privado de una constructora perteneciente a un estado confederado y que se dedica a la construcción de viviendas de protección social indica que su gerente no es un funcionario (BGHSt. 38, 199, 203). La *KorrBekG* ha completado el § 11, inciso 1.º, n.º 2 c, *StGB*, dejando claro que la forma de organización escogida para el cumplimiento de las funciones no es decisiva, con lo cual sigue un criterio funcional. A pesar de ello, en el año 1999, el BGH (BGH, NJW 1999, 2378) volvió a negar la calidad de funcionario de un empleado de la sociedad anónima estatal del aeropuerto de Frankfurt/Main (Flughafen Frankfurt/Main AG), alegando que en este último caso, a pesar de la función pública, falta la dirección municipal o estatal. Igualmente se presentan importantes dificultades a la hora de determinar cuando una persona privada ejerciendo funciones públicas es considerada funcionario. Esto es particularmente relevante en el caso de arquitectos e ingenieros, que colaboran en proyectos de obra públicos. Si bien el criterio funcional podría indicar la calidad de funcionario, el

BGH en una sentencia más reciente (BGHSt. 43, 96) ha precisado que la aplicación de los §§ 331 y ss. *StGB* requiere que la persona privada no sólo ejerza funciones públicas, sino que también ha de estar *integrada* en la organización administrativa por medio de un *acto administrativo de nombramiento*. La interpretación estricta del § 11 inciso 1.º, n.º 2 c, *StGB* posibilita la punibilidad de estos casos fronterizos conforme al § 299 *StGB* por motivo de cohecho activo o pasivo en la economía privada.

#### VI. Tipos penales generales

El daño social causado por la corrupción en el sector privado no se limita a la falsificación de la competencia y el encarecimiento, sino que también se hace notar por medio de una amplia criminalidad que la acompaña. Administración desleal, estafa, falsificación de documentos e incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad son los delitos más frecuentes que pueden darse en relación con los §§ 298, 299 *StGB*. Conforme al § 263 *StGB*, la estafa es castigada con pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena pecuniaria. Las dificultades de prueba referentes a este tipo penal, particularmente en cuanto a la determinación del daño fueron mencionadas anteriormente bajo III. Ya que la estafa únicamente protege al patrimonio del organizador, existe un concurso ideal de delitos con los tipos especiales de corrupción en el caso de un suceso uniforme. Igualmente están muy estrechamente relacionados el cohecho pasivo (§ 299, inciso 1.º, *StGB*) y la *administración desleal*. El empleado, que, a la hora de hacer un pedido de bienes o de servicios comerciales, de forma desleal da preferencia al autor del cohecho activo, viola los intereses patrimoniales a su cargo, por lo cual, conforme al § 266 *StGB*, le podría ser impuesta una pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena pecuniaria. Si, por no existir una relación de competencia entre el favorecido y los competidores, la preferencia no se practica "con fines competitivos", únicamente resta la punibilidad por administración desleal. El mismo marco penal es aplicado a los casos de *falsificación de documentos* conforme al § 267 *StGB* y a la *autorización falsa de documentos* conforme al § 271 *StGB*. Cuando es deficiente la *contabilización*, que también puede ser encargada a un tercero, podrá ser impuesta una pena privativa de libertad de hasta dos años o pena pecuniaria conforme al § 283 b *StGB*. Si esto ocurre en tiempos de crisis económica puede incurrirse en *quiebra* conforme al § 283 *StGB*.

## VII. Resumen y perspectivas de cara al futuro

La reforma del derecho penal alemán de corrupción ha cerrado lagunas de punibilidad y ha posibilitado una lucha más efectiva contra la corrupción en la economía privada. Los tipos penales generales acompañan los tipos especiales de corrupción y completan la protección proporcionada por el derecho penal. Sin embargo, el instrumento alemán anti-corrupción presenta algunos puntos débiles. Tales son la necesidad de esclarecer el término de funcionario y la división de la competencia para la instrucción y sanción de acuerdos de subasta entre el ministerio fiscal y las salas de lo Penal por una parte y las autoridades de defensa de la competencia por la otra.

De cara al futuro, no puede excluirse una ampliación de los tipos penales de competencia incluidos en el capítulo 26.º del StGB por medio de un cambio de ubicación de los tipos penales contenidos en el UWG y una ulterior criminalización del derecho antimonopolio. Igualmente es posible una remodelación de los tipos penales existentes, tal como lo propuso Tiedemann en su comentario al § 299 StGB en relación con la renuncia al requisito de la competencia.

## Bibliografía general (en alemán)

**ACHENBACH/WANNEMACHER** (editores), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª entrega 1999; **GRAUPE**, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988; **JAESCHKE**, Der Submissionsbetrug, 1999; **KREKELER/TIEDEMANN/ULSENHEIMER/WEINMANN** (editores), Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht, 5.ª entrega 1990; **MÜLLER-GUGENBERGER/BIENECK** (editores), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 3.ª entrega 2000; **PIETH/EIGEN** (editores), Korruption im internationalen Geschäftsverkehr, 1999; **TIEDEMANN** (editor), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union (Freiburg-Symposium), 2002; **IDEM**, Wirtschaftsbetrug, 1999; **IDEM**, Wettbewerb und Strafrecht, 1976; **WABNITZ/JANOVSKY** (editores), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2000; **WALTER**, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999; **WALTHER**, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, 2000; **WASSMER**, Untreue bei Risikogeschäften, 1997;

**WIEDEMANN** (editor), Handbuch des Kartellrechts, 1997.

## Doctrina especial

**ACHENBACH**, Pönalisierung von Ausschreibungsabsprachen und Verselbstständigung der Unternehmensgeldbuße durch das KorrBG, WuW 1997, 958; **IDEM**, Die Verselbstständigung der Unternehmensgeldbuße bei strafbaren Submissionsabsprachen-ein Papiertiger?, wistra 1998, 168; **DÖLLING**, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), 334; **KERNER/RIXEN**, Ist Korruption ein Strafrechtsproblem?, GA 1996, 377; **KÖNIG**, Neues Strafrecht gegen die Korruption, JR 1997, 397; **KORTE**, Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts, NStZ, 1997, 513; **OLDIGS**, Die Strafbarkeit von Submissionsabsprachen nach dem neuen § 298 StGB, wistra 1998, 291; **RANSIEK**, Zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2 c StGB, NStZ 1997, 519; **SCHAUPENSTEINER**, Das KorrBG, Kriminalistik 1997, 699; **TIEDEMANN**, ZRP-Rechtsgespräch, Submissionskartell als Betrug?, ZRP 1992, 149; **IDEM**, Literaturbericht: Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbsrecht), ZStW 86 (1974), 990; **WALTER**, Angestelltenbestechung, internationales Strafrecht und Steuerstrafrecht, wistra 2002, 321; **WOLTERS**, Die Änderungen des StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, JuS 1998, 1100.

## Argentina

**Dr. Luis Fernando Niño**

*Profesor de Postgrado*

*(UBA - UNLZ - UB - U. Salamanca- U. Zulia)  
Búsqueda de datos y primer borrador: Abog.  
Mariana Grasso (UBA)*

I. En términos estadísticamente relevantes, es indiscutible que la corrupción latente en el sector privado de la economía argentina no ha recibido hasta el presente condigna respuesta jurídica.

Diversos factores han contribuido a ello, aunque —si bien se mira— esa pluralidad se funde en una red de elementos, cuya interacción dificulta ostensiblemente la detección y procesamiento de hechos fraudulentos, al interior del complejo universo que nos convoca, y convierte en excepcional el juzgamiento y condenación de los individuos responsables.

Del más importante de tales componentes ya ha dado cuenta quien suscribe en el número 3 de esta Revista<sup>1</sup>. El azote de lo que allí se caracterizaba como la depravada irrupción del interés privado de los funcionarios en el ámbito de las tareas que les han sido confiadas, ha sido y es una pieza de aparición recurrente en la proliferación de sucesos de fraude en empresas de toda magnitud, básicamente en lo que atañe a la debida fiscalización de la regularidad de las prácticas contables, la tributación y la competencia.

Obviamente, la corrupción en la función pública no es característica exclusiva de este país ni de la región. Asuntos emblemáticos como el de los procesos italianos en torno a la logia P-2 y la iniciativa conocida como "Manos Limpias" ("*mani pulite*"), y, más recientemente el *affaire* Enron y los que lo sucedieron en vertiginosa sucesión, en los Estados Unidos de Norteamérica, pusieron al desnudo algunas manifestaciones de ese extendido problema ético-social y jurídico, que, aunque originadas en sectores privados, no tardaron en mostrar su vinculación con sectores del poder público. Sin ánimo de incurrir en cinismo, tal vez sea juicioso admitir que el rasgo distintivo en América Latina lo conforman la generalización de tales ilicitudes y la grotesca proporción de los montos destinados a satisfacer tan reprobables conductas<sup>2</sup>.

El fenómeno de la globalización y el camino iniciado en el seno del Mercosur, en punto a la consolidación de un derecho comunitario, tras las huellas trazadas por la Unión Europea en ese campo, incorporan un segundo nivel de dificultad, de cara a la prevención del fraude privado. Se inscribe en ese plano la tendencia a armonizar las legislaciones societarias, de modo análogo al emprendido por aquel bloque, en procura de erigir un estatuto tipo para las sociedades anónimas, que incluya la uniformidad del régimen de las sociedades comerciales en general, tendente a hacer equivalentes las garantías de socios, acreedores y terceros<sup>3</sup>.

La existencia de grupos multinacionales incorpora un tercer ingrediente a la complejidad del panorama que enfrentamos, al involucrar cuestiones privativas de Derecho Internacional Privado, incluida la jurisdicción internacional sobre sociedades constituidas en el extranjero<sup>4</sup>, específicamente receptada en el art. 1.º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

II. Frente a la indeseable realidad contemporánea del delito empresario, pese a las múltiples y polifacéticas variables que presenta y a despecho de la obligación internacional asumida por el Estado argentino al ratificar, a través de la Ley 24.759, la Convención Interamericana contra la

corrupción, el ordenamiento jurídico no ha registrado mutaciones equivalentes a la difusión y envergadura del fraude privado.

El Código Penal, que, aunque acribillado por incontables reformas parciales, mantiene su vigencia desde 1922, conserva tipos penales tradicionales, en ciertos casos remozados y, en otros, ampliados en su proyección a partir de la remisión de leyes especiales que, amén de su escasa aplicación, distan de abarcar las distintas modalidades progresivamente arrojadas por la realidad económica actual.

Dicho ordenamiento general contiene: las figuras de estafa genérica y defraudaciones especiales, acuñadas en los artículos 172 y 173<sup>5</sup>; las estafas de seguros del art. 174; la quiebra fraudulenta del art. 176, que incluye forma culposa, regulada en el art. 177 y la responsabilidad de directores, síndicos, administradores, miembros de comisión fiscalizadora, gerentes de la sociedad, establecimiento fallido, banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra y contadores o tenedores de libros que hubieren cooperado en la ejecución de los actos prohibidos, receptadas en el art. 179; el concurso civil fraudulento y la insolvencia fraudulenta del art. 179; la connivencia del acreedor y del deudor y representante de la persona jurídica en el marco de concordatos, convenios o transacciones judiciales del art. 180; la malversación de caudales públicos —arts. 260 al 264—; las figuras contra la fe pública y los fraudes al comercio y a la industria regulados en el artículo 300, que incluyen el agiotaje (inc. 1.º), el ofrecimiento fraudulento de efectos (inc. 2) y el balance o informe falso (inc. 3); la figura de autorizaciones indebidas del art. 301 y las figuras de pago con cheques sin provisión de fondos del artículo 302.

La reseña no resultaría completa si no se mencionaran otras figuras, tanto del propio plexo normativo básico cuanto de leyes complementarias, que contienen descripciones afines a la problemática que nos ocupa. A ellas consagraremos los párrafos siguientes.

El art. 210 del citado cuerpo de leyes prevé la figura de asociación ilícita. Si bien se encuentran reguladas formas específicas —agravadas— de este tipo básico en supuestos de puesta en peligro de la Constitución Nacional (art. 210 bis); de conspiración para cometer el delito de traición (art. 216), de rebelión (art. 233), de lavado de activos de origen ilícito (art. 278, párrafo 1, inc. b), y otras formas reguladas en leyes especiales, como la de tenencia y tráfico de estupefacientes (L. n.º 23.737 del año 1998), no se ha receptado legislativamente la figura de asociación secreta del sistema italiano, que se aplicara en la investigación conocida como "Manos Limpias".

Por ley 9643 (B.O. 2/11/1914) se declararon incorporadas al Código Penal las disposiciones sobre *warrants* y certificados de depósitos, con sanciones que incluyen la pérdida de autorización para continuar funcionando como empresa emisora de aquéllos, el pago de los daños y perjuicios de que sean responsables ante los depositantes, y las mismas penas de prisión previstas en el tipo básico para los directores o gerentes que hubieren participado en las conductas descriptas en la norma<sup>6</sup>.

Por ley 25.246 (B.O. 5/11/2000), que ganó difusión bajo el rótulo de "ley de lavado de dinero", se integró al texto del referido código una modificación sustancial de los artículos 277 y 278, tradicionalmente consagrados a la figura de encubrimiento<sup>7</sup>.

Dentro del catálogo de las denominadas leyes especiales en el esquema normativo argentino, se cuenta la Ley 11.723, del año 1933, sobre propiedad científica, literaria y artística. Pese a la falta de toda regulación en materia de fraudes informáticos, en los últimos lustros tramitaron múltiples procesos por conductas relacionadas con el uso indebido de *software* registrado. Aunque algunos de ellos culminaron en sentencias condenatorias, la controversia quedó provisoriamente zanjada con el dictado del fallo "Pellicori, Oscar A." (Fallos CSJN 320:2948, de 23 de diciembre de 1997), en el que el máximo Tribunal de la Nación señaló la ausencia de regulación penal sobre la materia<sup>8</sup>.

A lo señalado precedentemente es oportuno aditar que la Ley de Protección de Datos Personales (L. n.º 25.326 (B.O. 2/11/2000) sumó dos nuevos preceptos al Código Penal, uno de ellos incluido entre los delitos contra el honor (art. 117 bis) y el restante entre los que afectan a la libertad (art. 157 bis). Dado que el sujeto activo no ha sido formulado en forma expresa, parte de la doctrina ha estimado que las personas jurídicas podrían hallarse incluidas<sup>9</sup>, resultando así damnificadas por maniobras tales como la inserción de datos falsos en un archivo, el acceso, mediante violación de sistemas de confidencialidad y seguridad, a un banco de datos personales, o la revelación de información registrada en el mismo. No es ocioso apuntarlo aquí, dada la versatilidad de las maniobras fraudulentarias en el medio empresarial.

El Régimen Penal Cambiario, conformado por las Leyes 19.359 y 22.338 (B.O. 18/11/1982), incluye normas sobre responsabilidad de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, y la sanción de la persona jurídica con pena de multa y suspensión de hasta diez años o cancelación de la autorización para operar o intermediar (art. 2, inc. "f")<sup>10</sup>.

Por su parte, la Ley 20.680 (B.O. 25/6/74), reguladora del abastecimiento, incluye un sistema mixto de sanciones (contravencionales y penales) que incluye a las personas jurídicas (clausura del establecimiento comercial —art. 5, inciso "c"— y pérdida de personería —art. 8— y a los directivos que hubieren intervenido dolosa o culposamente en la concreción de los tipos por ella previstos. Conviene resaltar lo cuestionable de la técnica legislativa empleada en lo referente a la conversión del esquema de infracciones en delitos. La fórmula utilizada "*en caso de que los hechos adquieran por su naturaleza o por sus consecuencias especial gravedad*" (art. 5, inc. "j") es ambigua y objetable, en consecuencia, a la luz del principio de legalidad, por transgredir el postulado de *lege certa*.

La Ley 22.262 (B.O. 6/8/1980), de defensa de la competencia, prescribe multas a las personas jurídicas (art. 42, inc. 2.º) y prisión a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros de consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión de alguno de los hechos punibles, consistentes en atentados contra el libre juego de la oferta y la demanda en los mercados.

El Código Aduanero (Ley 22.415, publicada en B.O. 23/3/1981) prevé en su art. 876, parágrafo 1, inciso "i", para el caso de contrabando o infracción a otras disposiciones aduaneras, el retiro de la personería jurídica y —en su caso— la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio; los arts. 887 y 888 prevén respectivamente, la responsabilidad solidaria con sus dependientes por las penas pecuniarias que pudieren corresponder. Tal solidaridad de los directivos sólo queda exceptuada si probaran que a la fecha de comisión no desempeñaban esas funciones o no revestían tal condición.

Conforme a la Ley 24.241 (B.O. 3/6/1993), que instituye el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, la responsabilidad de las personas jurídicas recae en la de los directivos que hubieran intervenido en las conductas prohibidas, consistentes en incumplimiento de deberes en la integración de fondos destinados al sistema, integración inadecuada de ellos, atentados contra la libertad de elección de la empresa administradora de tales fondos, entre otras, hallándose previstas las modalidades dolosa y culposa, y contemplándose penas de prisión que alcanzan los diez años para directores, gerentes y otras autoridades de una persona jurídica, cuando el delito se hubiera cometido a través de ella (art. 144).

A su turno, las Leyes n.º 24.557 (B.O. 4/10/95), de riesgos del trabajo, y n.º 24.769 (B.O. 15/1/97), que establece el Régimen Penal Tributario, repiten el régimen de responsabilidad de las personas

jurídicas previsto en la recién citada Ley 24.241, dejando a salvo las sanciones administrativas fiscales que pudieran corresponder.

III. Párrafo aparte merece la llamada "ley de subversión económica", registrada bajo el número de orden 20.840 (B.O. 2/10/74), bajo el subtítulo de "Seguridad Nacional - Penalidades para las actividades subversivas". Dictada tras el deceso del Presidente Juan Perón, dicha norma contempló originariamente, a través de fórmulas vagas e imprecisas, cuadros de virtual subversión armada, ideológica y económica. Derogada casi íntegramente en 1984, en virtud de la ya referida Ley 23.077 del año 1984, sólo mantuvieron vigencia las disposiciones relativas a la tercera especie de actos calificados bajo tal epígrafe, con escasas modificaciones introducidas por las Leyes 21.459 y 24.286<sup>11</sup>.

Tras los graves sucesos acaecidos en diciembre de 2001, que provocaron la renuncia del Presidente Fernando de la Rúa, y sobrevenido el colapso económico-financiero del que se ha hecho eco la prensa mundial, las autoridades de la más importante entidad crediticia internacional, el Fondo Monetario Internacional, impusieron, como una de las condiciones para refinanciar la deuda externa argentina, la derogación de lo que restaba en pie de aquella norma. Esa firme condición de los principales representantes de la banca acreedora condujo a los legisladores nacionales, meses atrás, a dictar la Ley n.º 25.602<sup>12</sup>.

Más allá de la principal modificación introducida, al transformar la figura, anteriormente formulada como de peligro, en un tipo de lesión, lo que interesa poner de relieve, puesto que atañe centralmente al motivo de este informe, es que la pérdida de vigencia de ese maltrato instrumento normativo tuvo lugar en el marco de procesamientos a banqueros privados dispuestos en diversos trámites judiciales, a raíz de la fuga de depósitos ocurrida durante los últimos años y notoriamente agravada durante 2001, en la República Argentina. Respecto de tales encausados, la nada providencial exigencia del organismo monetario internacional ha aventado el riesgo de un avance procesal de previsibles consecuencias.

Paradójicamente, los únicos registros de trámites parlamentarios activos relacionados con el fraude empresarial han girado hasta el presente torno a la ley derogada; en tanto, ha caducado el único proyecto que proponía modificar el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas<sup>13</sup>, que, como vimos, deambula sin rumbo fijo, al carecer de un tratamiento integral y adecuado a las nuevas realidades del universo empresarial<sup>14</sup>.

IV. En un rápido repaso al catálogo de tipos penales que fueron materia de procesamiento en los

casos de fraude con mayor repercusión pública en el país observamos la siguiente constante: estafa, asociación ilícita, ley de subversión económica y ley penal tributaria.

Innovando por sobre esas figuras tradicionales, se encuentra a estudio de la Comisión de legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación el Exp. 73-D-2000, publicado en Trámite Parlamentario N.º 1 reproducido en Trámite Parlamentario N.º 18, sobre régimen penal en materia de tráfico de influencia en la función pública y uso de información privilegiada<sup>15</sup>.

En la misma publicación se incluye el Mensaje n.º 536 del 25 de marzo de 2002 y un proyecto de ley proponiendo la sustitución del artículo 258 bis del Código Penal, sobre comisión del delito de dádiva. (12-P.E.-02)<sup>16</sup>

Si bien estas iniciativas parecen orientarse en una dirección propicia para encarrilar el tratamiento jurídico-penal de la materia en estudio, es indudable que la viabilidad de cualquier reformulación legislativa —más allá de la eficacia de su efectiva aplicación— dependerá del reconocimiento de todas las dimensiones de la temática de la corrupción en el fraude privado<sup>17</sup>; en este punto —parafraseando a BERGEL y BAIGÚN— "cualquier desconocimiento de la realidad pecará de ingenuo y sólo exhibirá la ineficacia de la regulación"<sup>18</sup>.

La historia nos enseña que es preciso abjurar de la ilusoria creencia de obtener, a partir de una mera variación en el plano normativo, la solución de los conflictos sociales. Sin el compromiso republicano y democrático de las agencias del control social formal, y —en lo específico— sin supervisiones y pesquisas eficaces, el delito empresarial perpetuará su destino de impunidad, en desmedro de los intereses comunitarios.

#### Notas

1. NIÑO, Luis F.: Informe sobre Argentina acerca del "Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa", Enero 1999, pp. 127 y ss.

2. Los Profesores David BAIGÚN y Salvador BERGEL afirman que, dejando de lado los supuestos específicos que involucran a funcionarios estatales, dada la conformación de ciertos delitos societarios, el Estado asume el carácter de sujeto pasivo junto a la sociedad cuando sus intereses son lesionados por la acción del administrador en supuestos de manejo de bancos e instituciones financieras (en "El fraude en la administración societaria, el artículo 173, inc. 7, del código penal, en la órbita de las sociedades comerciales", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 130).

3. NISSEN, Ricardo Augusto: "Curso de Derecho Societario", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 44. Otra experiencia modelo para el aún incipiente mercado común sudamericano está representada por el Código sobre Dumping y Subvenciones y Derechos Compensatorios, celebrado en la Ronda de Tokio. Argentina adhirió a ese cuerpo legal mediante la Ley 24.176, en tanto que por Ley 24.425 incorporó los acuerdos establecidos en el ámbito del GATT, celebrados en la República Oriental del Uruguay.

4. BOGGIANO, Antonio: "Sociedades y grupos multinacionales", *Ibid.* Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 105.

5. En este último precepto vale destacar una muestra de los defectos que conlleva la inserción puntual de figuras, a manera de "parches" legislativos adosados al texto original: se trata de la inclusión de la figura de desbaratamiento de derechos acordados. Incorporada en 1968 por ley de un gobierno de facto —la n.º 17567— como inciso 11.º del art. 173, a raíz de los fraudes cometidos con la puesta en vigencia de los denominados trusts receipts, prontamente se advirtió la ineficacia de la reforma para cubrir algunas de las expresiones delictivas que la impulsaron, tal como pusieran de manifiesto oportunamente José ARGIBAY MOLINA, Carmen ARGIBAY y Esteban VERGARA en "El crédito documentado y el trust receipt en el Código Penal", *Ibid.* Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 49 y ss. A la sazón, por ley 24.441 de 1995, se agregaron tres incisos más al mismo artículo, los que incluyen defraudaciones vinculadas a las normativas de financiamiento para la construcción de viviendas; los respectivos tipos penales prevén responsabilidad penal para titulares fiduciarios, administradores de fondos comunes de inversión, dadores de contratos de leasing, personas autorizadas para ejecutar extrajudicialmente inmuebles y tenedores de letras hipotecarias.

6. Este instrumento legal es otro claro ejemplo del sinuoso curso histórico seguido por algunas normas, al compás de sucesivas fracturas del orden institucional y de la correlativa promulgación de legislación represiva, genéricamente derogada al restablecerse dicho orden. Su vigencia, interrumpida en 1968 y 1976, respectivamente, por las leyes de facto 17567 y 21338, fue reinstaurada por la sanción de las Leyes 20509 y 23077.

7. La reforma importó la sustitución de la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI del Código Penal, que pasó a denominarse "Inabundancia y Lavado de Activos de Origen Delictivo". Incluye un régimen penal administrativo que prevé responsabilidad pecuniaria para las personas jurídicas cuyos órganos o ejecutores hubieran aplicado bienes de origen delictivo, sin participación previa en el ilícito, "con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito" (art. 278, inc. 1.º). Cuadra añadir que la modalidad culposa, prevista en la reforma de marras, fue observada por Decreto 370/2000 del Poder Ejecutivo.

8. Si bien la Corte Suprema de Justicia nacional ejerce un control jurisdiccional difuso, en jurisprudencia constante ha establecido que sus fallos suponen el acatamiento de los Tribunales inferiores, salvo que el apartamiento se funde en razonamientos distintos de los analizados por la propia Corte: Fallos CSJN: 212:51; 239:353; 240:7; 245:429; 279:40; y R.401-XX "Rolón Zappa", rta. 30/9/86, entre otros precedentes; de ahí que, en la práctica, sus decisiones marcan tendencia jurisprudencial.

9. Sobre el tópico existe una minuciosa monografía de RIQUERT, Marcelo Alfredo, "Protección penal de la intimidad en el espacio virtual (cyberspace)", 2002, ejemplar mimeografiado de su tesis en el Master de Derecho Penal de la Universidad de Salomónica desarrollado en Mar del Plata, Argentina, en el bienio 2001-2002.

10. Conforme el art. 43 del Código Civil, según ley 17.711 "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administran, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos."

11. La ley en cuestión conminaba, en su art. 6.º, con pena de prisión de dos a seis años y multa de setenta y cinco mil pesos a cinco millones de pesos, si no resultare un delito más severamente penado, a quien "... con ánimo de lucro o maliciosamente, con riesgo para el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios, enajenare indebidamente, destruir, dañar, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital, o comprometiére injustificadamente su patrimonio."

12. Ley n.º 25.602. Art. 1.º: Derógase la Ley N.º 20.840. Art. 2.º: Agrégase el siguiente texto como inciso 6.º del artículo 174 del Código Pe-

nal: "El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios, destruir, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuir el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital" (B.O. 20/6/02). Resta acotar que la pena estatuida en el art. 174 del ordenamiento penal de fondo, al que se ha incorporado el nuevo precepto, es de dos a seis años de prisión.

13. Exp.-Dip. 7652-D-00. Trámite Parlamentario 186. Fecha publicación: 29/11/2000—Proyecto de ley presentado por el Diputado Franco Caviglio sobre modificación al Código Penal—Incorporación del artículo 41 ter: responsabilidad y sanciones a las personas jurídicas involucradas en hechos delictivos.

14. En contrapunto con el incierto panorama legislativo argentino en la materia, se yergue la condena a cinco años de funcionamiento supervisado y medio millón de dólares en multas—el máximo rigor punitivo permitido por la ley—impuesta a la empresa "Arthur Andersen", por obstrucción de justicia a raíz de su manejo de documentos relacionados con el antes mencionado caso "Enron", en los Estados Unidos de Norteamérica. La firma sancionada había sido acusada de destruir documentos relacionados con "Enron" durante el año 2001 y de impedir una investigación de la Comisión de Bolsas y Valores. (V. "The Associated Press", Houston, Estados Unidos, 16 de octubre de 2002, en <http://ar.news.yahoo.com/021016/4/34ak.html>.) Una reciente publicación de Toruato Enrique FINO (h), cuyo título es suficientemente ilustrativo del estado de la situación en Argentina, reseña distintos casos jurisprudenciales extranjeros, en los que se impuso sanciones a personas jurídicas, y señala las discusiones abiertas en torno a la discusión de la naturaleza jurídica de ese sistema punitivo. (FINO, T. E. (h): "Las sanciones a las empresas: un ejemplo valioso para la Argentina", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 20 de junio de 2001, pp. 3-4).

15. La iniciativa, que lleva la firma de la diputada del partido ARI Marcela Bordenave, contiene el siguiente texto: "TRÁFICO DE INFLUENCIAS. Artículo 1.º—Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta de cinco a quince años el funcionario que por sí o por persona interpuesta determine, influya o condiciona decisiones administrativas o judiciales con el fin de obtener algún beneficio para sí o terceros. Art. 2.º—El tercero que ejerciera la influencia tipificada en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena, más una multa equivalente al triple del beneficio obtenido a consecuencia del uso de la influencia. Art. 3.º—Se considerarán casos especiales de tráfico de influencias y sufrirán la pena establecida en el art. 1.º: a) El funcionario público que por sí o persona interpuesta interceda ante cualquier autoridad para el otorgamiento de una licitación, concesión o cualquier otra modalidad de contratación que efectúe el Estado para obtener un beneficio para sí o para terceros; b) El funcionario público que utilizando durante el ejercicio de sus funciones, y hasta dos años después de haber dejado las mismas, la información de la que haya obtenido conocimiento en razón de su cargo, obtuviera un beneficio económico para sí o para terceros. La pena establecida en el artículo 1.º se agravará un tercio cuando el uso de la información cause perjuicio al Estado. Con la misma pena más la multa equivalente al doble del beneficio obtenido será reprimida cualquier persona que hiciera uso de ventaja propia o de terceros de la información o datos recibidos. Art. 4.º—Modifícase el artículo 256 del Código Penal, quedando redactado de la siguiente forma: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o reducción de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años el funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. Art. 5.º—Derógase el artículo 268 (1) del Código Penal. [Corresponde consignar que el tipo legal mencionado en último término describe la conducta del funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo; se encuentra reprimido con pena de prisión de seis meses a dos años o reducción de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tres a diez años]. Art. 6.º—Será nulo todo

contrato administrativo que celebre la administración, acto o relación jurídica en los que sea parte la Nación o sus entidades descentralizadas o empresas públicas en general, en cuya tramitación previa, procedimientos de selección precontractual o adjudicación concurren defectos que afecten a los elementos de publicidad, igualdad o concurrencia de modo que se deducan razonablemente que, de no haber existido aquellos vicios en órgano de contratación, no debiera haber efectuado la adjudicación o la hubiere debido hacer a favor de otra persona física o jurídica. En este supuesto, se aplicará el régimen jurídico de los actos administrativos irregulares. Art. 7.º - Toda vez que por impericia, negligencia o dolo en el ejercicio de la función o cargo público el agente o funcionario causare un daño patrimonial al Estado nacional y mediante provecho directo o indirecto de un tercero, hasta el momento del perjuicio que el acto hubiere generado al Estado, la responsabilidad por el resarcimiento lo alcanzará solidariamente con el agente o funcionario que hubiere actuado con dolo, impericia o culpa. En el monto del perjuicio se incluirá, en su caso, el resultado de las demandas que prosperen contra el Estado, con todas sus costas, honorarios y accesorios. Art. 8.º - En todos los casos en que, concluido un negocio, acto o adjudicación o forma jurídica por la que un tercero reciba cualquier título, bienes del Estado nacional, concesiones o activos de empresas en que el Estado sea parte, se determine un lucro abusivo, desproporcionado, injustificado o de cualquier manera notoriamente desventajoso para el Estado nacional, hayan o no mediado algunas de las acciones previstas en los artículos precedentes, el procedimiento seguido y la contratación o relación jurídica generada están sujetos a revisión por el Estado nacional. En caso de haber mediado aprovechamiento de la impericia o negligencia o connivencia entre el beneficiario y el agente o funcionario, se aplicará al acto, negocio, contrato o relación jurídica el régimen de los actos administrativos irregulares viciados con nulidad absoluta. Art. 9.º - En los supuestos previstos en el artículo anterior procederá a la anulación de oficio en sede administrativa del procedimiento, acto, contrato o relación jurídica en general, aplicándose íntegramente el régimen previsto en los artículos 14 y 17 de la ley 19.459. Art. 10 - Igual consecuencia jurídica a la prevista en los artículos 8 y 9 ocurrirá toda imprevisión aprovechada por un tercero contratante o adjudicatario en materia de concesiones de servicios públicos o figura jurídica que importe la prestación de un servicio público, cuando en ello no se previera mecanismo de tutela y preservación de regular prestación y ésta, ejecutado el contrato, se resistiera o sus condiciones resultaren excesivamente gravosas para los usuarios de un modo desproporcionado al servicio prestado. Art. 11 - En los casos previstos por esta ley, cuando el contratante, adjudicatario, concesionario o tercero vinculado por cualquier título o relación jurídica fuese una persona de existencia ideal, los integrantes del directorio, consejo de administración, órganos ejecutivos, síndicos, serán solidariamente responsables. Art. 12 - De forma.

16. Artículo 258 bis: Será reprimido con reclusión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

17. Ilustran sobre la ineficiencia de la fiscalización hipotéticamente implementada de cara a las expresiones crecientemente sofisticadas de fraude privado los siguientes porcentajes, brindados por Gabriel L. YEJUN, en oportunidad de dirigir las Segundas Jornadas Internacionales sobre prevención del fraude crediticio, en Buenos Aires, y pertenecientes a un estudio realizado para el Computer Fraud and Security Bulletin: el 51% de los fraudes se descubren de manera fortuita; el 19% mediante auditores; el 10% por controles de dirección y el 20% merced a otras despatchadas.

18. BAIGÚN, D. - BERGEL, S. D., op. cit., p. 76.

## Brasil

**William Terra de Oliveira**

*(Promotor de Justiça Criminal em São Paulo e Professor de Direito Penal)*

**Darci Ribeiro**

*(Promotor de Justiça Criminal em São Paulo e Professor de Direito Penal)*

## PARTE I : O problema da corrupção no setor privado: perspectivas e situação no Brasil<sup>1</sup>

Os graves problemas ocorridos no cenário econômico mundial, envolvendo empresas de grande porte, quase todas transnacionais, causaram conseqüências que se fizeram sentir profundamente, também no Brasil, confirmando a tese de que no mundo globalizado as influências correm rápidas e atingem sensivelmente a todos os países.

As fraudes em balanços e contas das grandes corporações, especialmente nos Estados Unidos, geraram efeitos profundos no mercado financeiro brasileiro, desde variações de valores dos papéis transacionados em bolsa, até reflexos macroeconômicos relacionados com a elevação do "risco-país", ou mesmo um agravamento da crise cambial a que o Brasil está sujeito nos últimos dois anos.

Todo esse cenário árido e tormentoso, altamente incerto e pouco confiável, acabou por plasmar a insegurança em diferentes níveis, ampliando seus efeitos sobre muitos setores, não somente aqueles relacionados com a vida econômico-financeira do país.

O mundo do Direito, ante as fraudes cometidas pelos altos diretores das famosas empresas envolvidas nos escândalos mencionados, também tem sido instado a oferecer respostas que possibilitem acalmar o sistema, e garantir um pouco mais de segurança no tráfego jurídico negocial. Assim, nesse contexto "globalizado" não seria de se estranhar que no direito interno surgissem (legítimas) preocupações sobre quais deveriam ser as respostas e posturas públicas frente ao problema da delinqüência econômico-financeira, especialmente aquela em que a fraude e a corrupção de altos cargos estivessem presentes.

Para analisar o estado da situação no Brasil, elaboramos duas aproximações distintas. Em um primeiro momento, entraremos diretamente ao assunto, comentando e descrevendo tendências e situações no cenário nacional sobre o intrincado problema da "corrupção no setor privado". Em seguida, como necessário fundo informativo (dado o caráter deste tipo de informe) seguirá um

elenco evolutivo do tratamento jurídico da corrupção e condutas afins no direito penal brasileiro.

### 1. Da corrupção no setor privado no Brasil

Evidentemente, enquanto comportamentos materiais, não faltam exemplos ou casos concretos no Brasil dando conta de situações semelhantes àquelas que envolveram as grandes empresas americanas nos escândalos financeiros dos últimos meses. A casuística é farta e, portanto, partimos do pressuposto de que situações como o recebimento de valores para atuar em contra dos interesses de determinada empresa ou setor (o “suborno” empresarial), a manipulação de balanços e orçamentos para alterar as cifras, dividendos e lucros, as “maquinações” para alterar os valores de papéis em bolsa, enfim, todas aquelas atividades tão duramente criticadas por diferentes setores nos últimos tempos, estão certamente presentes, e ocorrendo neste exato momento, no cenário nacional<sup>2</sup>.

Portanto, o substrato fático e social do problema obriga o interprete a interessar-se pelo tema e buscar soluções aceitáveis de controle jurídico. Mas quais seriam os instrumentos legais em vigor no Brasil da atualidade para combater esse tipo de criminalidade? Seriam esses instrumentos adequados e suficientes para afrontar a essas refinadas manifestações delitivas? Estariam suficientemente pensados para conter seus nefastos efeitos?

Creemos que as respostas não são alentadoras. Em verdade, uma análise apurada do sistema legal brasileiro permite concluir que o arsenal jurídico-penal nacional é ainda fundamentalmente pouco suficiente e relativamente inadequado para conter esse tipo de criminalidade. Alguns fatores contribuem para essa crítica leitura. Em um primeiro plano está o fato de que, na base da questão, está a *não cognição do problema da corrupção no setor privado* enquanto uma realidade criminológica difundida na sociedade, apesar de que, como já mencionamos, certamente o problema existe e seus efeitos se manifestam em nosso meio. Faltam dados e estimativas oficiais, e o setor acadêmico-científico não desenvolveu até o momento um senso crítico suficiente para incluir a questão como obrigatória no debate acadêmico. É bem verdade, e devemos reconhecer, que o governo tem tentado criar mecanismos tendentes ao reforço das instituições democráticas e de controle da corrupção, ampliando as instâncias administrativas nesse sentido (com a criação das “ouvidorias” e órgãos de corregedoria no setor público).

De outro lado é obrigatório reconhecer o louvável o papel desempenhado pelas organizações não-governamentais (ONGs) que contribuem para que a questão da corrupção em sentido amplo seja estudada e discutida (no Brasil, merece destaque o excelente trabalho desenvolvido pela entidade “Transparência Brasil” que atende pelo site: <http://www.transparencia.org.br> ou <http://www.transparencia.org.br/tbrasil-ie.asp>).

Mas com relação à questão central deste informe (a “corrupção no setor privado”), lamentavelmente, salvo erro ou omissão por nossa parte, é forçoso reconhecer que não existem muitas fontes de consulta no país. O que se pode dizer, contudo, é que o assunto começa a despontar enquanto ensaio científico e como tema de necessário debate político-criminal.

Nesse contexto, somos então obrigados a avaliar a situação segundo seus diversos prismas e possibilidades.

Desde logo, segundo a tradição jurídico-penal brasileira, ao que parece, a introdução de tipos penais semelhantes aos que tutelam os interesses da administração pública no setor privado seria algo incomum. Por outras palavras, não seria usual e viável trasladar automaticamente a estrutura dos delitos de corrupção de funcionários públicos para o setor privado, sem antes considerar as matizações e particularidades que o mundo econômico-financeiro brasileiro possui.

Cabe reconhecer, porém, que a ampliação de tipos penais afetos à corrupção, enquanto fundamento político-criminal, não se mostra incompatível com a tônica nacional. Ideologicamente, o Brasil está vinculado ao compromisso de combater a corrupção dada a postura que tem assumido nas últimas décadas no cenário das nações. Não sem motivos somos signatários de muitos tratados e acordos internacionais. Como exemplo recente, temos a introdução no Título XI do Código Penal (arts. 337-B e 337-C) dedicado aos crimes contra a Administração Pública, pela Lei nº 10.467 de 11 de junho de 2002, promulgada com o objetivo de dar efetividade ao Decreto nº 3.678/2000 que recepciona em nosso ordenamento jurídico a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais de 1997 (lembrando, contudo que esse caso específico não se refere aos eventos de corrupção exclusiva no setor privado ou entre particulares).

Assim, não existiria nenhum impedimento a que surgissem iniciativas tendentes a introduzir tipos penais sobre a “corrupção privada”.

Se isso é possível, onde e como materializar tais inovações? E mais: seria obrigatória a introdução de medidas de natureza penal para responder ao problema?

## 2. As alternativas no sistema brasileiro

A questão da corrupção no setor privado, sob nossa ótica, tende a ser focada no Brasil segundo critérios utilitaristas e econômicos. Utilitaristas porque a funcionalidade de tipos penais no Brasil da atualidade é um atributo perseguido pelo legislador pátrio como um valor intrínseco da norma penal, possibilitando a criação de figuras penais de alto teor simbólico e forte carga preventiva genérica. Por outro lado, pelo andar da tradicional política-criminal brasileira, os tipos penais eventualmente criados para conter manifestações de corrupção no setor privado, se inclinariam a ter como fundamento a proteção do patrimônio e não a luta contra a corrupção.

Essa consideração é fundamental para a análise da questão, quer por representar a tradicional lógica adotada pelo sistema jurídico brasileiro até o momento, quer por estar relacionada à questão do bem jurídico envolvido (ou “o que se busca proteger”).

Em linhas gerais, e sem adentrar profundamente à questão (algo impossível dentro dos estreitos limites deste informe) o suborno ou corrupção no setor privado seria relevante enquanto um ato de prejuízo material ou patrimonial para os interesses da sociedade, ou um ato de disposição abusivo por parte do administrador. Tais figuras seriam semelhantes aos tipos penais relacionados com os comportamentos de administração desleal. Nesse aspecto, nosso Direito Penal segue as clássicas tendências do Direito Penal da Alemanha, na medida em que naquele país a introdução do crime de “corrupção privada” teve origem e trajetória legislativa fundada na idéia de prevenção geral e na tentativa de formar uma consciência social de que tais comportamentos são relevantemente atentatórios contra os interesses do normal tráfego econômico-financeiro (o tipo penal descrito no § 299 do CP alemão enfoca a questão da livre concorrência entre empresas, encarando a integridade da competição no mercado como um valor a ser protegido).

Por outro lado, em termos de perspectivas, considerando o andamento das últimas reformas penais no Brasil, onde a antecipação da barreira protetora da norma tornou-se um expediente comum nas mãos do legislador, não seria de estranhar a criação de tipos penais, e modalidades de comportamento típico, fundados na mera *criação do estado de perigo aos bens jurídicos tutelados*. Assim, é bem provável que, caso seja feita a opção pela introdução de tipos de corrupção no setor privado, contaremos com a proibição não somente dos comportamentos clássicos (recebimento efetivo de valores para a realização ou não de al-

go) mas também de condutas geradoras de riscos que impliquem em potencial prejuízo patrimonial para a empresa (equiparando assim o “risco econômico da conduta” ao “efetivo prejuízo patrimonial”).

Diferentemente de outros países, como a Inglaterra, Holanda (CP - art. 328 ter), Austrália e França (art. L 152.6 – Código Trabalhista), e na maioria daqueles influenciados pela *common law*, no Brasil a corrupção no setor privado não é encarada, enquanto conduta passível de danos a terceiros, essencialmente como atentatória aos princípios decorrentes da necessária lealdade nas relações laborais, ou uma deslealdade do empresário ou empregado da empresa em relação aos seus superiores, ou ainda aos fundamentos éticos que vigoram no seio da pessoa jurídica envolvida.

Nem tampouco, tais condutas são encaradas como infrações a “deveres de garantia” por parte daqueles que, em razão da natureza das funções que desempenha, ou do rol de atividades a que a empresa se dedica, se transformaram em verdadeiros garantes de determinados bens jurídicos. Essa especial posição de garantia (que pode estabelecer até hipóteses responsabilidade penal em comissão por omissão) tem sido, no entanto, objeto de preocupação, já que os processos de “privatização” de amplos setores públicos (e da economia em geral) vividos no cenário internacional também chegaram fortemente ao Brasil, de maneira que hoje temos várias situações em que o particular é gestor de atividades que recentemente cabiam ao Estado, sem que em contrapartida tivessem sido criados mecanismos de controle dos riscos inerentes ao desvio de finalidades ou a repressão aos comportamentos atentatórios aos bens jurídicos subjacentes a essas gestões. Em outras palavras, muitos dos comportamentos que outrora podiam gerar a clássica responsabilidade penal por corrupção ativa ou passiva em razão de determinado comportamento do então “funcionário público”, podem hoje ser remetidos à um vazio punitivo, dada a falta de punições específicas para aqueles que na atualidade ocupam semelhante lugar na hierarquia da respectiva estrutura organizada de poder (ontem chamada de “estatal” e hoje conhecida por “empresa que persegue finalidades públicas”).

Em conclusão, podemos afirmar que existe uma tendência no sentido de que, qualquer alteração legislativa no Brasil sobre o tema irá significar a ampliação do espectro da norma penal (mais delitos, mais penas), dentro de uma perspectiva fortemente simbólica, marcada por objetivos de prevenção geral.

Nossa preocupação natural é saber se seria conveniente, ou não, a simples formulação de tipos

penais complementares (alcançando a corrupção no setor privado) em detrimento do aprimoramento de outras vias de controle social, como podem ser: a administrativa, a civil, a ética nos mercados (criação dos chamados Códigos de Ética setoriais) ou mesmo as de cunho comercial<sup>3</sup>.

Também será preocupante a abordagem e estudo das *"categorias de autor"* nesse cenário, onde as figuras de "funcionário", "empregado", "diretor" ou "empresário" são protagonistas. Isso sem falar nos reflexos que tais idéias podem ter sobre a intrincada questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica (todo um universo ainda a ser desbravado nesse campo).

De qualquer forma, ao pensarmos na via penal como caminho preferencial, talvez estejamos atendendo mais imediatamente ao cumprimento de compromissos internacionais assumidos para o combate da corrupção (em qualquer um de seus níveis ou sob qualquer forma que se apresente). Também estaremos mais voltados a dar uma resposta mais "dura" aos recentes episódios que ocuparam as primeiras páginas dos jornais nos últimos meses. Porém — e muito provavelmente — mais uma vez estaremos elegendo o Direito Penal como a via mais cômoda e cosmeticamente fácil de enfrentar os problemas do mundo globalizado (gerando a inevitável expansão do Direito Penal, a que brilhantemente tem se referido o catedrático espanhol Jesús-María Silva Sánchez).

Traçadas essas considerações, foi incorporada em seguida uma síntese do perfil legislativo brasileiro sobre o assunto (a base legal sobre a qual o legislador atuará em eventual enfrentamento do problema no Brasil).

## PARTE II: Direito penal positivo e outras medidas anti-corrupção adotadas pela República Federativa do Brasil<sup>4</sup>

Desde a declaração de independência a corrupção no Brasil é tratada como crime pelo direito positivo (Código Penal Imperial de 1830, Código Penal Republicano de 1840 e Código Penal de 1940, basicamente em vigor), embora sob diversas nomenclaturas. Basicamente sempre se puniu a corrupção ativa (art.332, CPB) e passiva (art.333, CPB), entendida aquela como o oferecimento ao funcionário, e esta como a exigência feita por este de vantagem indevida. Partindo de uma visão político criminal, a corrupção é um delito onde a cifra negra de criminalidade encontra seu maior percentual, pois sua persecução geralmente não ultrapassa a fronteira da suspeita (INMA ALVAREZ-1995), sendo de se ressaltar que os proveitos destes crimes geralmente são obtidos pelos políti-

cos que conseguem controlar tanto a mídia como o sistema judiciário.

Embora no mundo a impunidade seja quase a regra em crimes de corrupção, no Brasil, o legislador brasileiro, além da tipificação contida no Código Penal Brasileiro, criou inúmeras leis esparsas que tipificam penalmente condutas específicas, assim, temos:

1) crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: peculato doloso (art. 312, § 1o), culposo (§§ 2o e 3o) ou mediante erro de outrem (art. 313); extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314); emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315); concussão (art. 316); excesso de exação (art. 316, §§ 1o e 2o); corrupção passiva (art. 317); facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318); prevaricação (art. 319); condescendência criminosa (art. 320); violação de sigilo funcional (art. 325); violação de sigilo de propostas de concorrência (art. 326);

2) crimes praticados por particular contra a administração em geral: usurpação de função pública (art. 328); exploração de prestígio (art. 332); corrupção ativa (art. 333); contrabando ou descaminho (art. 334); impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335); inutilização de edital ou de sinal (art. 336); subtração ou inutilização de livro ou documento (art. 337);

3) crimes contra a administração da Justiça: corrupção ativa de testemunha ou perito (art. 343); fraude processual (art. 347); patrocínio infiel (art. 355); patrocínio simultâneo ou tergiversação (art. 355, parágrafo único); sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356); exploração de prestígio (art. 357).

4) no âmbito dos crimes eleitorais: O Código eleitoral (Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965) define como crimes eleitorais as algumas condutas relacionadas com o desvio de funções;

5) com relação aos crimes contra a ordem tributária, interessa especialmente o artigo 3º da Lei no 8.137/90 (inciso I. extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento de que tenha a guarda em razão da função, sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II. exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente; III. patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público);

6) dentro da Lei contra "lavagem de dinheiro": Lei 9.613/98, ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: V. contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos.

7) existem, ainda, algumas leis penais especiais que tratam da proteção à propriedade industrial (Lei nº 9.279/1996); a proteção à propriedade intelectual (Lei nº 9.609/98); as infrações contra a ordem econômica previstas pela Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994; e a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, fez acrescentar os seguintes artigos ao Código penal: artigo 359-A (contratação de operação de crédito interno ou externo, sem prévia autorização legislativa); artigo 359-B (inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar); artigo 359-C (assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura); artigo 359-D (ordenação de despesa não autorizada em lei); artigo 359-E (prestação de garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contraguarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei); artigo 359-F (não-cancelamento de restos a pagar inscritos em valor superior ao permitido em lei); artigo 359-G (aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura); artigo 359-H (oferta pública ou colocação, no mercado financeiro, de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia);

Finalmente, em 11 de junho de 2002, entrou em vigor a lei 10.467, que pune com rigor a corrupção de funcionário estrangeiro (pena máxima de 8 anos com possibilidade de acréscimo de 1/3), sendo que em 26 de junho de 2002 o Brasil ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos.

## Notas

1. Por William Terra de Oliveira.

2. Para ilustrar essas suspeitas podemos mencionar alguns casos que ganharam destaque nos meios de comunicação do Brasil nos últimos tempos. Existem notícias de investigações no Brasil de casos tão expressivos como o da empresa americana "ENRON". Por exemplo, as averiguações que se realizam em relação à empresa Baker Hughes Inc., terceiro maior grupo dos Estados Unidos na prestação de serviços no setor de petróleo, que atua no Brasil realizando pesquisas sísmicas e oferecendo serviços de engenharia para perfuração de poços. Suspeita-se que tal empresa estaria envolvida em casos de corrupção com ramificações em quatro países, entre eles o Brasil. A Baker Hughes Inc. está sendo investigada pela Securities Exchange Commission (a conhecida "SEC" -fiscal do mercado de ações dos Estados Unidos) por haver

remetido dinheiro a suas filiais para o pagamento de propinas a funcionários públicos e empregados de companhias rivais, acertando previamente resultados de leilões e livrando-se de multas milionárias. A Baker Hughes Inc. está sendo investigada porque a legislação americana anticorrupção proíbe o suborno de autoridades de outros países. De acordo com as investigações da SEC, iniciadas no ano passado, a empresa teria investido na Índia, na Indonésia e no Brasil, entre 1995 e 1999, destinando cerca de US\$ 100 mil em propinas e subornos.

3. Uma importante iniciativa no Brasil foi a reformulação do cadastro de pessoas físicas e jurídicas e a maior fiscalização nos procedimentos de movimentação de capitais e dinheiro. Estimase que nos últimos anos, do total de 130.000.000 de pessoas cadastradas 41.000.000 tiveram suas identificações impugnadas (com o cancelamento do número de registro a pessoa não pode sequer movimentar contas bancárias). Ademais, através da Lei 9.526/97 foi realizado o recadastramento dos titulares de contas correntes e foram tomadas medidas administrativas quanto à circulação de cheques. Também foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeira - COAF (órgão que necessariamente é informado sobre a circulação de altos valores financeiros no país e que atende pelo site : <http://www.fazenda.gov.br/coaf>). Tais iniciativas demonstram que o estabelecimento de outras formas de controle social podem ser eficientes e mais pragmáticas no controle dos delitos econômico-financeiros e da corrupção.

4. Por Darcí Ribeiro.

## Chile

Felipe Caballero Brun  
*Universidad de Chile*

Más allá de lo recurrentemente expresado en declaraciones de buenas intenciones y en los códigos de ética empresarial, éste es un tema que en Chile aún no se comienza a discutir de manera seria. En general la preocupación central del debate en torno al fenómeno de la corrupción parece estar limitada a aquella que protagonizan los funcionarios públicos. Por un lado ello se entiende porque recién se ha terminado de adecuar el CP<sup>1</sup> a las obligaciones derivadas de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>2</sup>. Pero por otro lado también se debe admitir que este desinterés por el fenómeno de la corrupción en el ámbito privado se debe a la fuerte presencia que tienen, en sectores económicos, políticos y empresariales, los planteamientos que abogan por la desregulación de los mercados. Lo anterior, naturalmente, no significa que el fenómeno no exista sino tan sólo que es, normativa y estadísticamente, muy difícil de aprehender.

En el ámbito propio del derecho laboral es posible encontrar algunas normas que pueden operar como causales de caducidad del contrato de trabajo en el caso de prácticas corruptas por parte de un trabajador al interior de una empresa, pero sin relevancia jurídica penal. En este sentido el artículo 160 del Código del Trabajo establece —entre otras— las siguientes (que para este informe tienen relevancia): a) las conductas indebidas de

carácter grave, debidamente comprobadas, como la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones o la conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña; o b) las negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador. Dentro de a) se podrían subsumir comportamientos como la aceptación de sobornos para privilegiar a un determinado proveedor y en b) los casos de negociaciones incompatibles contractualmente prohibidas.

Por otro lado, dentro del derecho penal, los tipos tradicionales que protegen el patrimonio resultan inviables para abarcar la gran gama de actos de corrupción que pueden presentarse en el ámbito privado. Primero porque la apreciación del perjuicio patrimonial no siempre estará presente, y en el caso que éste se verifique no será posible la configuración de la estafa debido a que el engaño (si es que existe) será, con frecuencia, posterior a la disposición y protagonizado por la misma persona que realiza ésta. Si agregamos a lo anterior el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe el delito genérico de administración fraudulenta de patrimonio ajeno (al estilo de la "Untreue" alemana prevista en el §266 StGB o del 173 N.º 7 del CP Argentino) como tampoco el específico de administración social fraudulenta (propia del art. 295 CP Español); la desprotección penal deviene extensa en los casos de afectación de patrimonio ajeno donde se quiebran relaciones de lealtad y confianza que son intrínsecas a determinados deberes posicionales (gerente, administrador, jefe de adquisiciones, etc.) dentro de la orgánica de una empresa privada. La única posibilidad de salvar algunos vacíos de punibilidad sería a través de la apropiación indebida<sup>3</sup>, reconociendo que su capacidad de rendimiento es muy escasa, ya que se encuentra reducida sólo a la modalidad distractiva (con las limitaciones propias que el principio de legalidad impone para la determinación del contenido del comportamiento distracción) y a los casos en que el objeto material es dinero o bienes muebles.

Sin perjuicio de lo anterior debe reconocerse que, aunque escasas, existen normas penales contenidas en el Código Penal y en leyes especiales que pueden aplicarse residualmente a algunas formas del fenómeno de la corrupción en el ámbito privado. En todo caso la *ratio* de estas normas gira en torno a la protección de bienes jurídicos tan disímiles como la intimidad, el patrimonio, la limpia competencia, la fe pública o el mercado de valores.

Dentro del CP pensamos en la "violación de secretos"<sup>4</sup>, en la "falsificación de instrumento priva-

do"<sup>5</sup> (que requiere de perjuicio patrimonial) y en la "comunicación fraudulenta de secretos de fábrica"<sup>6</sup>.

Por otro lado dentro de leyes especiales encontramos el artículo 100 del Código Tributario, el cual establece un delito especial para el contador que incurriere en falsedad o actos dolosos como encargado de la contabilidad de un contribuyente o al confeccionar cualquier declaración o balance; el artículo 134 de la ley N.º 18.046 (sobre Sociedades Anónimas) que castiga a los peritos, contadores o auditores externos que con sus informes, declaraciones o certificaciones falsas o dolosas indujeran a error a los accionistas o a terceros que hayan contratado con la sociedad; el artículo 26 del Decreto Ley N.º 3538 (que crea la Superintendencia de Valores y Seguros) el cual sanciona a cualquier persona que rinda declaraciones falsas ante dicha Superintendencia y también —dentro de la ley N.º 18.045 (de Mercado de Valores)— algunos de los delitos previstos en los artículos 59 y 60 referidos a distintas formas de falsedades dentro del ámbito de la actividad bursátil y la revelación y uso de información privilegiada.

## Notas

1. Con fecha 08/10/2002 se publica en el Diario Oficial la Ley 19.829 que modifica el delito de soborno e introduce la figura típica de soborno de funcionario público extranjero. Ya antes, el 11/12/1999, se había publicado en el Diario Oficial la ley N.º 19.645 que había modificado substancialmente el tratamiento que el CP hacía desde su dictación de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

2. Instrumento Internacional relativo a los actos de corrupción en el sector público que se gesta en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrito por Chile en 1996 y vigente desde el 02/02/1999.

3. El artículo 470 N.º 1 del CP Chileno construye el delito de apropiación indebida en base al siguiente supuesto de hecho: "A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión, o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla".

4. Art. 146. "El que abreiere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo".

5. Art. 197. "El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias".

"Si tales falsedades se hubieren cometido en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias".

6. Art. 284. "El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

## Colombia

**Álvaro Orlando Pérez Pinzón**

*Presidente de la Sala de Casación Penal  
de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.*

### 1. Un concepto

Mucho se ha dicho sobre el contenido de "corrupción". Por ejemplo:

a) Gramaticalmente, "corromper" es echar a perder, estropear, falsear, depravar, fastidiar, oler mal. "Corrupción" es putrefacción, alteración, vicio, abuso. También es dañar, trastocar, podrir, sobornar, cohechar. Tiene, entonces, muchos sinónimos: viciar, descomponer, infectar, inficionar, alterar, impurificar, estragar, empodrecer, repudrir, depravar, pervertir, seducir, malignar, sobornar, cohechar, comprar, especular, traficar, negociar, untar. Y tiene, por supuesto, antónimos, es decir, se opone a sanear, higienizar, purificar, desinfectar, tranquilizar, sosegar, respetar. Quien realiza la conducta corrupta, el autor de la corrupción, así, es una persona descompuesta, podrida, putrefacta, apestada, contaminada, pútrida, gangrenada, mohosa, rancia, pervertida, viciosa, degenerada, depravada, encanallada, deshonesta, indecente y degradada.

b) Desde el punto de vista de la prestación de un servicio público se la define como el comportamiento que se desvía de las funciones naturales del *cargo oficial* desempeñado para atender *intereses privados*, obtener ganancias pecuniarias o posición social, o violar las reglas y ejercer influencia privada.

c) Desde el ángulo de la afectación al interés público, se presenta cuando un funcionario que ejerce un cargo de poder y con responsabilidades, es remunerado con dinero u otros recursos no legales, o es inducido a tomar decisiones *que favorecen a quien suministra la remuneración, con lo cual lesiona el interés público o bien común*.

d) Desde la óptica del mercado, ocurre si el *funcionario público* concibe su labor como un negocio que busca maximizar sus ingresos, pero en beneficio suyo o de los suyos. Es la pretensión de la mayor ganancia "particular".

e) El concepto basado en la opinión o en la actitud de la gente conduce a una definición supeditada a lo que diga el pueblo o la elite sobre lo que es corrupción, según el grado de tolerancia y de admisión del fenómeno, de donde resulta su clasificación en *blanca, gris y negra*.

f) Desde otro ángulo, es el abuso en que incurre una *persona* desde su posición de poder dentro de

una organización para obtener una ventaja para sí misma y para un tercero sin seguir las reglas adecuadas de juego.

g) Para la Convención Interamericana contra la corrupción, es aquel acto cometido tanto por el *funcionario público* como por la *persona que ejerce funciones públicas*, que requiera o acepte, o a quien ofrezca u otorgue, directa o indirectamente, a ese funcionario o a esa persona que ejerza funciones públicas, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de la realización u omisión de un comportamiento *en el ejercicio de sus funciones públicas*.

g) En pocas palabras, la corrupción es la utilización de un cargo, una relación o un puesto, en beneficio particular, fuera de las normas —jurídicas, morales, éticas— que normalmente lo regulan<sup>1</sup>.

Hasta aquí se tiene, entonces, que, en general, la corrupción ha sido relacionada, preferentemente, con la actividad torcida —por acción o por omisión—, de los servidores del Estado.

### 2. Las medidas adoptadas

En los últimos años, ya son muchas. En nuestro medio, varios mecanismos "legales" se han intentado en la "lucha frontal a la corrupción", por ejemplo la ley 190 de 1995, precisamente denominada "Estatuto Anticorrupción"; la ley 365 de 1997, que busca detener y sancionar con fortaleza comportamientos que directa o indirectamente concluyen en la "corrupción"; y el articulado severamente punitivo del nuevo Código Penal (ley 599 del año 2000) en materia de delitos contra la administración pública, sobre todo frente a peculado, concusión, cohecho, prevaricato, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y celebración indebida de contratos.

Tales instrumentos jurídicos obedecen al clamor universal contra los corruptos, que se palpa también, por ejemplo, en:

a) El "derecho penal contra la corrupción" en Alemania, constituido por varias leyes —20 de agosto de 1997 y 21 de septiembre de 1998— que, al lado de la normatividad propia del Código Penal están orientadas a combatir en especial el cohecho de funcionarios, el de miembros de la economía privada y el internacional, los acuerdos ilícitos limitativos de la competencia y el cohecho de diputados.

b) El proyecto de ley de reforma del título V del Código Penal de Chile, que incorpora a la normatividad los delitos de enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y uso indebido o aprovechamiento de información privilegiada.

c) La ley especial de decomiso en los delitos funcionariales de 1995, en Corea.

d) Los proyectos de reforma de la ley sobre financiación política, de julio de 1998 —ley anticorrupción— y sobre la ética de los funcionarios, en el Japón.

e) La ampliación de la autoría en los delitos de cohecho a los particulares, en la reforma del 21 de enero de 1988, del Código Penal de 1979 (1980), y la Decisión de la Comisión Permanente del Congreso del Pueblo, del 28 de febrero de 1995, relativa a los delitos que violan la ley de sociedades, en la China.

f) La creación en España, en 1996, de la denominada Fiscalía Anticorrupción.

g) La reciente propuesta de ley sobre delitos financieros en Holanda, que tipifica, con fuertes penas, la conducta del funcionario que acepta una promesa, donación o un servicio importante cuando sabe o sospecha que se la hacen en virtud de su calidad de servidor público.

h) El proyecto de ley número 26, del 22 de septiembre de 1997, presentado a la Asamblea Legislativa de Panamá por el Procurador General de la Nación (Fiscal General), que criminaliza el enriquecimiento ilícito.

i) El nuevo Código Penal de Polonia, que empezó a regir el 1.º de septiembre de 1998, que otorga trascendencia a las formas de cohecho y al tráfico de influencias, y dos recientes leyes —de 1997— sobre los partidos políticos y sobre la limitación de la actividad económica de las personas que cumplen funciones públicas (“ley anticorruptiva”).

j) La Convención Interamericana contra la corrupción, del 29 de marzo de 1996, que, de una parte, tipifica como actos de corrupción los equivalentes a las varias formas de cohecho, al enriquecimiento ilícito, al blanqueo de capitales, la confabulación o asociación para realizar tales actos, el aprovechamiento indebido de informaciones reservadas o privilegiadas y el soborno transnacional; y que, de la otra, prevé la extradición respecto de esos hechos punibles.

k) El *Corpus Iuris*, expresión de la comunidad cultural jurídico-penal de la Unión Europea, elaborado por expertos de varios países del grupo entre 1989 y 1996, y culminado en su texto en junio de este último año, que en sus artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, define la corrupción —activa y pasiva—, el ejercicio abusivo del cargo, la malversación, la revelación de secretos, el blanqueo y la receptación, así como la asociación ilícita en detrimento del presupuesto comunitario, respectivamente. Etc.

Súmese a las medidas anteriores, generalmente a *posteriori*, los grandes esfuerzos que desde su

creación, en 1993, viene realizando la ONG *Transparencia Internacional* (TI), orientados, eso sí, más hacia la prevención en búsqueda de claridad, eficiencia y efectividad en los procesos de contratación pública, tarea que en nuestro país ejecuta *Transparencia Colombia* (TICOL), capítulo nacional de aquélla, especialmente acudiendo a los *pactos de integridad*, o acuerdos voluntarios mediante los cuales los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación de recursos públicos, convienen en garantizar la nitidez, la equidad y la sostenibilidad de la modalidad contractual escogida. El compromiso, más concretamente, se centra en no ofrecer ni pagar sobornos y en acatar las multas que se impongan en caso de faltar a lo pactado<sup>2</sup>.

Y, por último, el esfuerzo que se realiza actualmente en el seno de las Naciones Unidas para la conclusión de un tratado precisamente sobre corrupción, uno de cuyos temas más debatidos, finalmente, sigue siendo el de la *corrupción en el sector privado*.

### 3. El ámbito de la corrupción

Si se sigue pensando en la validez de la distinción que frecuentemente se hace entre *lo público* y *lo privado*, bien podemos afirmar que el mayor trauma jurídico, económico y social, es el creado por la corrupción dentro del Estado, es decir, la realizada por los servidores públicos. Hoy, por ejemplo, la prensa colombiana entrega estos datos, tomados de estudios hechos por la Contraloría General de la República: en los últimos cuatro años, Colombia perdió más de un billón de pesos por cuenta de las decisiones erradas de funcionarios públicos; 3.164 colombianos —entre *particulares* y funcionarios públicos— defraudaron a la nación o permitieron que otros saquearan indiscriminadamente sus arcas, dejando un hueco fiscal superior a los 135.464 millones de pesos; de acuerdo con cifras de la Fiscalía General de la Nación, el país perdió un billón y medio de pesos en las defraudaciones a Foncolpuertos y cerca de dos billones de pesos le fueron sustraídos —“robados”— al sector cooperativo; por delitos de corrupción fueron llamados a juicio, en los últimos cuatro años, cerca de cinco mil personas. Muchas de ellas ya fueron condenadas y siete mil más tienen medida de aseguramiento por este mismo tipo de delitos<sup>3</sup>.

Pero es indudable que, al menos como regla general, la *corrupción pública* no depende exclusivamente de los *servidores*. En ella tienen que ver, *directa o indirectamente*, los *particulares*, casi siempre a título de pertenecientes a una “persona

jurídica" —empresa, sociedad, asociación, corporación, etc.— y excepcionalmente a título meramente individual. Así, entonces, el asunto no es exclusivo y excluyente del Estado y sus servidores.

Y agréguese: la corrupción no afecta sólo al Estado, a la administración pública o al tesoro nacional. La corrupción afecta a "todos". Con razón, el Profesor Rudecindo VEGA CARREAZO —de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú—, hace las siguientes precisiones: a) Lo público, además de lo estatal, abarca ámbitos sociales no necesariamente privados, como medios de comunicación, servicios públicos y organizaciones de la sociedad civil. b) La definición de corrupción debe ser precisada al margen de la dicotomía público-privado pues su esencia se encuentra en la infracción de las reglas socialmente admitidas. c) La lucha contra la corrupción, entonces, no implica perseguir únicamente a los servidores del Estado y establecer rankings o índices de corrupción u opacidad de los Estados, sino también procesar a "mafiosos particulares" y elaborar "rankings de empresas y transnacionales corruptas". La lucha contra el fenómeno, así, debe ser "integral y no parcializada". d) La dicotomía señalada —lo público y lo privado— es deleznable. Por eso, el centro de atención "se encuentra en el perjuicio a la víctima o víctimas, que puede ser una persona, un colectivo de personas, el mismo Estado o la sociedad misma". e) "La corrupción es una contracultura. Por constituir la corrupción una serie de prácticas ajenas a las reglas social y públicamente admitidas es, que duda cabe, una contracultura. Los valores de justicia, equidad, igualdad, tolerancia, democracia, etc., públicamente admitidas y oficializadas por las sociedades son dejadas de lado o vulneradas por prácticas clandestinas, secretas o silenciadas que buscan beneficios particulares en desmedro de los colectivos y sociales. Por ello, la corrupción es sumamente peligrosa, porque no es un conjunto de actos aislados sino la viva expresión de prácticas y comportamientos anómicos dentro de las sociedades. La corrupción no es fortuita ni espontánea, no es circunstancial ni estática. La corrupción como contracultura es un motor dinámico de nuestras sociedades que tiene raíces históricas. Ésta es la dimensión cultural de la corrupción". f) Por último, la corrupción es un fenómeno global. Se fortalece cuando los grandes centros del poder político y económico en el mundo —países desarrollados y grandes transnacionales— realizan y auspician prácticas corruptas y propician, negocian, toleran y hasta se asocian con gobiernos corruptos. Por ello, la corrupción local o nacional se optimiza e integra con la transnacional<sup>4</sup>.

Para seguir con la diferenciación, aun cuando no sea suficientemente cierta, dígase que la corrupción, entonces, por principio, procede de lo

público y/o de lo privado, y afecta a todos, no solamente a lo público o a lo privado.

#### 4. La respuesta penal-legal a la "corrupción" en Colombia, especialmente la "privada"

Varias regulaciones normativas de Colombia aluden expresa y tácitamente a la "corrupción" y, desde luego, a la manera de afrontarla. Así sucede, por ejemplo, con la competencia desleal en materia mercantil, las medidas tributarias, y los enunciados relacionados con la responsabilidad administrativa. No obstante, nos detendremos exclusivamente en los instrumentos penales, emanados de la Constitución. De ésta, porque varias disposiciones suyas trazan las rutas que deben ser seguidas para afrontar el fenómeno; y de aquéllos, porque tipifica comportamientos que sirven como ejemplos de "corrupción". Como es obvio, no se pretende agotar el tema. Simplemente se muestra algo.

##### a) La Constitución Política

En su **Preámbulo** se establece que ese texto existe para, entre otras cosas, garantizar un orden *político, económico y social justo*, como también lo dice su artículo 2. Además: **Artículo 6**. Los *particulares* sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras los *servidores públicos* lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. **Artículo 58**. Garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a la ley, al paso que el **artículo 60** prevé como tarea del Estado la promoción de acceso a la propiedad. **Artículo 83**. Las actuaciones de los *particulares* y de las *autoridades* se ciñen al principio de la buena fe. **Artículo 86**, y reglas legales que lo desarrollan, sobre todo el **Decreto 2591 de 1991**. Crea la *acción de tutela* —amparo constitucional— frente a las amenazas o lesiones que a los derechos fundamentales causen los *servidores del Estado* y/o, en temas concretos, los *particulares*. **Artículo 87**. Prevé la *acción de cumplimiento* para que cese la omisión de efectivizar una ley o un acto administrativo. **Artículo 88**. *Acción popular*, para proteger los *derechos e intereses colectivos* relacionados con el *patrimonio*, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la *moral administrativa*, el ambiente, la *libre competencia económica*, y otros de similar naturaleza. **Artículo 90**. Regula la responsabilidad patrimonial de las *autoridades públicas* por los daños que causen con sus acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas. **Artículo 122.5**. *Inhabilidad* para el desempeño de funciones respecto del funciona-

rio que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley. **Artículo 123.** Que entienda por *servidor público* a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, quienes se hallan al servicio del Estado y de la *comunidad*. **Artículo 189.** Impone al Presidente de la República la obligación de "Ejercer... la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento, inversión de recursos captados del público" (N.º 24), así como las de "organizar el crédito público" (N.º 25), e inspeccionar y vigilar las instituciones de utilidad común "para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas" (N.º 26). **Artículo 267.** Entrega a la Contraloría General de la República la función de vigilar "la gestión fiscal de la administración y de los *particulares* o entidades que manejen fondos o bienes de la nación". **Artículo 277.** Otorga al Procurador General de la Nación el deber de "Defender los intereses de la sociedad (N.º 3) y los colectivos (N.º 4), al igual que velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas (N.º 5) y ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. **Artículo 333.** Establece que: la "actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común"; "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades"; la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones; y que el Estado "impedirá que se obstruya o se restrinja la *libertad económica* y evitará o controlará cualquier *abuso que personas o empresas* hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

## b) El Código Penal

En *primer lugar*, se reseñan algunos ejemplos de enunciados y tipicidades que pueden comportar corrupción *de y/o entre particulares*.

Violación de la libertad de trabajo (artículo 198); sabotaje (199); violación de los derechos de reunión y asociación en materia de relaciones de trabajo (200); hurto aprovechando la confianza (241.2); hurto entre condueños (242.2); extorsión (244); estafa (246); abuso de confianza (249); utilización indebida de información privilegiada (258); daño en bien ajeno (265); acaparamiento (297); especulación (298); alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida de artículo o producto destinado a la distribución, suministro, venta o comercialización (299); ofrecimiento engañoso de productos y servicios

(300); agiotaje (301); pánico económico (302); ilícita explotación comercial (303); daño en materia prima, producto agropecuario o industrial (304); usura (305); usurpación de marcas y patentes (306); uso ilegítimo de patentes (307); violación de reserva industrial o comercial (308); sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales (309); importación o exportación ficticias (310); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (312); evasión fiscal en materia de ejercicio de actividad monopolística (313); utilización indebida de fondos captados del público (314); operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (315); captación masiva y habitual de dineros (316); manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (317), y urbanización ilegal (318).

En *segundo lugar*, algunos ejemplos de conductas corruptas de *particulares* relacionadas con *servidores* o, más ampliamente, con el *Estado*.

Artículos 28, 29 y 30, que regulan el concurso de personas en la conducta punible, especialmente, el último inciso del artículo 30, que crea la figura del *interviniente* con estas palabras: "Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte". Este fenómeno, similar —no igual— al artículo 117 del Código Penal italiano, ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que los delitos de los funcionarios —de sujeto activo calificado— también pueden ser cometidos por particulares, cuando actúan como coautores directos o materiales, determinadores y cómplices del hecho, desde luego sancionados con pena inferior. Así el tema, los particulares que con funcionarios realizan conductas corruptas (peculados, cohechos, concusiones, etc.), eventualmente también pueden responder por esas ilicitudes.

Otros ejemplos:

Hurto sobre efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales (241.12), y sobre los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación (241.13); estafa agravada cuando se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer (247.3); abuso de confianza calificado porque el objeto material o de la acción es un bien perteneciente a empresas o instituciones en las que el Estado tiene la totalidad o la mayor parte (250.3), o bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales (250.4); daño cometido sobre objetos de interés científico, histórico,

asistencial, educativo, cultural, artístico, o de uso público, de utilidad social o aquellos que conforman el patrimonio cultural de la nación (266.4); aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (311); contrabando (319); favorecimiento de contrabando (320); defraudación a las rentas de aduana (321); omisión del agente retenedor o recaudador por retención en la fuente (402); cohecho por dar u ofrecer (407), y perturbación de actos oficiales (430).

Y una disposición que condensa aquello que, en la actualidad, en general, cabe dentro de la definición de corrupción. El artículo 433, que dice:

*"Soborno internacional.* El nacional, o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Y en *tercer lugar*, la *corrupción de funcionarios*.

El artículo 20, que define al servidor público para efectos penales: los miembros de las corporaciones públicas; los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; los miembros de la fuerza pública; los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria; los funcionarios y trabajadores del Banco de la República; los integrantes de la Comisión Nacional ciudadana para la lucha contra la Corrupción; y las personas que administren los recursos a los que se refiere el artículo 338 de la Constitución Política: los que imponen contribuciones fiscales y parafiscales, tarifas, impuestos y fijan las bases gravables.

Artículo 58, que prevé como circunstancias de mayor punibilidad ejecutar la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad (N.º 1), y la posición distinguida que el condenado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio (N.º 9).

Además: aumento del término de prescripción de la acción por delitos cometidos por servidores en ejercicio de sus funciones (83.5); detenciones arbitrarias (174 a 177); favorecimiento de servidor público a modalidades de contrabando (322); peculado (por apropiación —397—, por uso —398— y por aplicación oficial diferente —399—); concusión (404); cohecho (405/6); violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades en materia de contratación estatal (408); interés indebido en la celebración de contratos (409); contratos sin cumplimiento de los requisitos legales (410); tráfico de influencias de servidor público (411); enriquecimiento ilícito de servidor público (412); prevaricato por acción y por omisión (413/4); abusos de autoridad (416 a 424); usurpación de funciones públicas (425 a 428); utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (431); utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (432); y *Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública* (artículo 434), que dispone:

"El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por esta sola conducta en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor".

"Si interviniera un particular se le impondrá la misma pena".

La muestra anterior nos indica que en Colombia no existe una normatividad penal específica encargada de punir la "corrupción privada". Pero sí existe la posibilidad de perseguirla y juzgarla, al menos en algunas de sus manifestaciones, siempre que sean relacionadas varias de sus disposiciones.

## Notas

1. Se sigue de cerca a Álvaro ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *Corrupción y Educación*. Ibagué, Corporación Universitaria de Ibagué, Facultad de Derecho, "Ideación Jurídica N.º 17", páginas 6 y 7, y la bibliografía allí señalada.

2. Se sigue de cerca el anterior trabajo y, además: Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ. "La corrupción en el marco del Corpus Juris", en *El derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002, páginas 109 a 133; Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, *Revista Penal*, N.º 3, enero de 1999, Barcelona, Praxis, 1999; Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ (edición a cargo de). *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*. Vol. I. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002.

3. Ver "El Tiempo", lunes 11 de noviembre de 2002, página 1-8.

4. *Corrupción estructural. Una aproximación diferente*. Vía Internet, <http://palestra.pucp.edu.pe/?file=antio+rupcion/vega.htm>

## Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora  
*Defensor Público*

### 1. Aspectos jurídicos

El actual Código Penal costarricense recoge algunas figuras que parecieran aplicables en tratán-

dose de actos de corrupción en el sector privado. Es así como el Título VIII denominado "Delitos contra la buena fe de los negocios" en su sección I (Delitos contra la buena fe de los negocios) tipifica las siguientes conductas:

*Quiebra fraudulenta*= se sanciona con prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio de tres a diez años al comerciante declarado en quiebra que fraudulentamente para perjudicar a los acreedores simule deudas, gastos, pérdidas o enajenaciones; sustraiga u oculte bienes; conceda ventajas indebidas a uno de los acreedores o sustraiga, destruya o falsifique los documentos contables o los haya llevado de modo tal que imposibilite la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios (artículo 231).

En la sección II (Usura y agiotaje) encontramos:

*Agiotaje*= con prisión de seis meses a tres años o con multa de treinta a cien días multa se castiga el alterar los precios del mercado, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento o destrucción de productos con la finalidad de obtener un lucro inmoderado. La pena se elevará en un tercio si se logra la finalidad y en el doble cuando se trate de artículos de primera necesidad, de igual forma a la persona jurídica responsable se le aplicará la medida de seguridad de clausura del establecimiento por un término de cinco a treinta días (artículo 238).

La sección III (Delitos contra la confianza pública) contiene los siguientes tipos penales relacionados con el tema que nos ocupa:

*Ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito*= se castiga el ofrecimiento de bonos, acciones u obligaciones de sociedades mercantiles disimulando u ocultando hechos o afirmando o haciendo entrever circunstancias falsas. La pena que será de prisión se seis meses a dos años se podrá aumentar hasta el doble cuando la oferta de los valores sea pública (artículo 239).

*Publicación y autorización de balances falsos*= la publicación o autorización de balances, cuentas de ganancias y pérdidas o memorias falsos o incompletos acarreará prisión de seis meses a dos años para el fundador, director, administrador, apoderado, síndico o fiscal de la sociedad mercantil, pena que podrá duplicarse si se trata de una entidad que realiza oferta pública de valores (artículo 240).

*Autorización de actos indebidos*= se tipifica bajo esta figura el concurso o consentimiento para actos que contraríen la ley o los estatutos prestado por los directores, administradores, gerentes o apoderados de sociedades comerciales o cooperativas y de los que pueda resultar algún perjuicio para la empresa o el público. Se contempla una pena de seis meses a dos años considerándose co-

mo agravante que podría duplicar la pena el que se trate de una empresa que realiza oferta pública de valores (artículo 241).

*Propaganda desleal*= una multa de treinta a cien días se impondrá al que por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal trate de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial (artículo 242).

La sección IV de este mismo Título VIII y que se denomina Delitos Bursátiles contempla los siguientes tipos penales:

*Manipulación de los precios del mercado*= prisión de tres a ocho años se acuerda para quien haga subir o bajar o mantener los precios de valores bursátiles mediante la afirmación o simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos de modo que se induzca a error sobre las características esenciales de la inversión o las emisiones, y ya sea que el beneficio sea para sí mismo o para un tercero (artículo 244).

*Uso de información privilegiada*= la misma pena se impondrá a quien conociendo información relativa a los valores bursátiles, a sus emisores o a los mercados que por su naturaleza pueda influir en los precios de valores emitidos y que aún no haya sido hecha pública, adquiera o enajene por sí mismo o mediante un tercero valores de dichos emisores para obtener un provecho propio o para un tercero (artículo 245).

En este momento se discute en la sede legislativa un proyecto de reforma integral al Código Penal, siendo que justamente por encontrarse en etapa de conocimiento y discusión es prácticamente imposible determinar el texto de los diferentes artículos. Sin embargo, ateniéndonos al proyecto que la propia Corte Suprema de Justicia sometió a conocimiento del Congreso puede decirse que la situación es básicamente la misma, la estructura de los tipos penales que hemos citado anteriormente se mantiene de forma casi idéntica modificándose el caso de la quiebra fraudulenta en la que ahora se sanciona al comerciante que haya causado su propia quiebra por incurrir en alguno de los hechos que se exponen en el tipo penal.

La escala de penas se mantiene también igual.

## 2. Aspectos criminológicos

Debiéramos empezar por intentar una definición que al menos nos resulte operativa de lo que estamos entendiendo por corrupción en el sector privado; este tipo de corrupción también llamada corrupción corporativa puede ser conceptualizada como todas aquellas conductas relacionadas con el tráfico de influencias, el pago de sobornos o la

alteración de las condiciones en que se desenvuelve el mercado. Dentro de esta definición cabrían los pagos hechos para lograr ventajas sobre otras empresas, los premios dados a altos ejecutivos de consorcios competidores, el pago de comisiones, el ofrecimiento de prebendas a funcionarios públicos, etc.

La importancia del tema salta a la vista en los últimos tiempos partiendo sobre todo de dos realidades del mundo económico actual, una la propuesta económica dominante en el mundo contemporáneo de la globalización y la otra lo que ha sido dado en llamar la "huida del derecho público o administrativo", fenómeno este que consiste en la organización de empresas estatales bajo modalidades jurídicas propias del derecho privado.

Atendiendo al planteamiento de la globalización económica es clarísimo el impulso que las empresas transnacionales tienen dentro de economías periféricas y subdesarrolladas como las nuestras de Latinoamérica, y la apropiación que hacen de sectores claves del mundo de los negocios: En un país como Costa Rica cuyos sectores dominantes aún no han logrado imponer del todo un modelo privatizador y neoliberal, este impulso presenta una triple faceta: por una parte sectores de la economía movilizadas enteramente por la iniciativa privada, otros en los que coexisten internamente empresas públicas y privadas (como el caso de la banca) y en tercer lugar aquellos espacios reservados exclusivamente para el dominio estatal (como las telecomunicaciones y los seguros).

De todos modos en cualesquiera de estos tres campos es innegable la confluencia de empresas privadas junto con las públicas ya sea a través de las negociaciones que se deben hacer en el campo internacional o a nivel interno con los intercambios comerciales entre el sector privado y el público, las contrataciones administrativas, las licitaciones, etc. Precisamente en este campo de la oferta de bienes y capital en el que las instituciones públicas tienen capacidad de negociar y aprobar contratos de interés público se presenta un caldo de cultivo propicio para el florecimiento de la corrupción corporativa.

La corrupción en el sector privado no siempre involucraría negociaciones o contactos con el sector público (por lo que las figuras de penalización del corruptor en los casos de cohecho y corrupción no salvarían la cuestión), sino que incluso aun cuando estuviera involucrada una transacción de este tipo las modalidades de corrupción pueden ser muy variadas y no caber dentro de la tipificación de pago de dádivas al funcionario público por realizar una labor o dejar de hacerla.

Cuando no está de por medio una vinculación directa con el sector público pudiera parecer más sutil el daño que se hace al conglomerado social en los casos de corrupción privada, tal vez por eso el tema ha merecido poca atención del legislador. Sin embargo, es oportuno valorar que todos las erogaciones y gastos en que se incurre en "ejercicio" de esta corrupción corporativa buscarán ser recuperadas por los consorcios lo que indudablemente provocará una reacción suya en el campo de pago de impuestos, cumplimiento de las cargas sociales, etc.

Como hemos visto en la primera parte de este reporte en la que describimos los tipos penales existentes y propuestos dentro del proyecto de nuevo Código Penal, no existen figuras específicas que sancionen el tráfico de influencias o el pago de sobornos y comisiones en el sector privado, o modalidades más complicadas de ofrecimiento de prebendas a funcionarios públicos.

Ciertamente los delitos que se sancionan en la ley costarricense podrían tener algún margen de aplicación sobre todo en aspectos periféricos de la corrupción privada (como en el caso del agiotaje o la propaganda desleal) pero no en las conductas que podrían ser más dañosas o frecuentes.

Otro aspecto más a valorar en este tema tiene que ver con la internacionalización de la persecución de estos delitos. A diferencia de la experiencia comunitaria europea, nuestros países no tienen mecanismos de integración penal como la uniformidad legislativa, políticas de intercambio de información, sistemas de cooperación policial, etc. Si como hemos dicho, la naturaleza del actual sistema económico se caracteriza por la transnacionalización del capital probablemente de poco servirían esfuerzos aislados de penalización a nivel nacional.

Finalmente hay un aspecto que no debe dejar de mencionarse. El tema de la corrupción en el sector privado provoca hondas preocupaciones para el pensamiento criminológico.

Teniendo claro que en general las corrientes de la criminología crítica, de la minimalización y contracción del sistema penal no proponen abandonar el derecho penal tratándose de los delitos de los poderosos no deja de ser éste un tema para pensarlo desde la perspectiva de la reducción del derecho penal. Para quienes desde el convencimiento de la inutilidad del sistema penal se manifiestan por una minimalización del recurso a la penalización de nuevas figuras, el crear tipos penales que sancionen este tipo de corrupción no deja de ser una piedra en el zapato.

## Ecuador

**Dr. Efraín Torres Chaves**

*Presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Quito*

La revista norteamericana "The Economist", dice de nuestro país, que tres últimos ex presidentes de la República, han sido acusados, masivamente de gravísima corruptela, igualada en menor escala, por políticos, jueces y burócratas, todo lo cual cuesta al Ecuador dos mil millones de dólares al año (más del 11,2% de su PIB).

Se debe partir del hecho, que no se ha dictado legislación especial en el Ecuador, para juzgar la corrupción en el sector privado. Se sigue sentenciando al robo como robo y a la estafa como estafa, etc.

Según datos públicos aparecidos en el Diario "Hoy" de Quito, del 24 de agosto del 2002, sólo desde septiembre de 1998, hasta diciembre del 2000, se iniciaron en el país 38 procesos por delitos financieros relacionados con el desplome de la banca. Las pérdidas se calcularon en más de 3,5 mil millones de dólares, por lo que de la noche a la mañana, miles de ecuatorianos se vieron con unos inusuales papeles emitidos por el congelamiento de sus cuentas (nueva moneda que se canjeaba por otros bienes y que se negociaba, poco y con gran esfuerzo, en las bolsas de valores).

En la Corporación Financiera Nacional, se amontonaron papeles y deudas por cobrar y se experimentó una brutal descapitalización por 300 millones de dólares.

Una conocida dirigente de la pequeña industria de la Provincia del Guayas, calificó que a esta Institución, se la ha usado como "tacho de basura".

La desesperación nacional, hizo que se organice un programa para recuperar deudas y se contrataron una cantidad de abogados para rastrear millones de dólares perdidos, descubriéndose que casas de comercio, industrias alimenticias, compañías que habían gozado de enorme prestigio, sencillamente, no habían pagado sus deudas, presumiéndose la colaboración callada de quienes estaban en el poder político, el poder económico, la justicia, etc., etc. entidades, organismos y funciones compuestas por personajes que algún momento, precisamente, fueron los dirigentes o los organizadores de las entidades sujetas a juicios coactivos.

Esto ha dado lugar para que el pueblo, en general, haya perdido la fe y la confianza en las personas que han presidido, presiden y presidirán las funciones del Estado. Hay que anotar, desde luego, que no existe verdadera formación política en la sociedad, en el pueblo.

Las elecciones tienen bases emocionales de identificación o admiración personal con los can-

didatos y, en mucha gente, la humana consideración de tener alguien de quien se pueda recibir una prebenda o un favor, en un comprensible sentido utilitarista de la vida.

En el presente año 2002, hay en este país, elecciones generales, y se han vuelto a candidatizar la gran mayoría de los diputados del Congreso Nacional y lo raro está que muchos políticos de los que los desacreditaron gravemente ayer, se acomodan hoy con ellos, por interés personal, de grupo, de partido político o de la provincia en que viven.

Desde luego, la corrupción y lo aquí descrito, es común y corriente en América Latina y en países del mundo entero.

El Profesor Adán NIETO MARTÍN, de la Universidad de Castilla-La Mancha, en un artículo aparecido, por coincidencia, en esta Revista, de julio del 2002, hace unas reflexiones sobre la corrupción en el sector privado, supremamente interesantes y dice en su Introducción lo siguiente:

"La corrupción es, sin duda, uno de los delitos más característicos del mundo globalizado, por ello no es de extrañar que los organismos supranacionales hayan generado en los últimos tiempos, diversos instrumentos con el fin de establecer estrategias comunes. En el marco Europeo, destacan las diversas iniciativas de la UE y el Convenio del Consejo de Europa, contra la corrupción de 27-I-1999 y dentro de éstas, desde la óptica del Derecho Español, sorprende singularmente la formulación de un delito de corrupción en el sector privado, figura delictiva que el legislador español está obligado a introducir en nuestro ordenamiento".

Yo estoy absolutamente de acuerdo con lo afirmado por el eminente profesor, pero desgraciadamente, en el Ecuador no se toman así las cosas y se trata de crear tantas leyes penales cuantas gentes necesitan ser juzgadas con benevolencia, en el peor de los casos.

Desde luego, la gente pensante trata, más bien, de destruir los "fueros", en legislar por quienes saben hacerlo, sin intervención ni influencia políticas, cosas que considero una quimera mientras sea el legislador —que no es tal— quien legisle en nuestro país.

Todo esto, me ha obligado a hacer algunas consideraciones entrando a los hermosos campos de la Filosofía y la Sociología que, al fin y al cabo inspiran, dirigen o condicionan el Derecho Penal.

La corrupción es tan antigua como el hombre y se basa en la ley natural del menor esfuerzo, en el abuso del animal más poderoso, en la selección de las especies, como pensaba Darwin, en la supremacía del más fuerte, a lo que el vulgo llama el eterno reparto del león en la selva.

El ansia del poder existe por lo mismo en todas partes y, lastimosamente, llegar a él, es el fin de la política, de donde resulta que, en todos los estratos, en todos los gobiernos y en las más variadas tonalidades y matices haya corrupción. Por eso creo que quizá no se debería generalizar diciendo, delitos “de la clase militar”, “del sector bancario” o acusar “la corrupción de los políticos, de los educadores o de ciertos sindicatos de trabajadores”, que significando “masificaciones” del “uno” que es el simple ser humano, autor, pensador, organizador y aprovechador de la corrupción en todas y cada una de las esferas en las que la vida le ha colocado. En otras palabras, la corrupción general es una suma de corrupciones particulares.

He pensado también, sin hacer mucho caso a mi profesión de abogado, y de viejo profesor de derecho penal, que es un fenómeno universal la “ambivalencia” (bueno y malo, blanco y negro) en la misma persona o la “doble personalidad” (dos caras completamente distintas en una sola), ambas formas, psicológica e incuestionablemente, ciertas y existentes.

Generalmente, por ejemplo, la mayoría de los políticos, son personas correctas e intachables en su vida privada y en sus propios negocios o trabajos, pero muchos de ellos se vuelven amorales y audaces, cuando se trata de favorecer a su partido, teniendo siempre como fondo inspirador que “eso” va “para salvar a la patria”, y ahí vienen los negociados o los desvíos de los fondos públicos, por personas que son de moral impoluta, en otras esferas.

El hombre nace y muere solo, en el transcurso de cubrir esos dos polos, asoman sus quehaceres fundamentales, pero el eje es el mismo, su personalidad que del vientre materno termina en el inevitable ataúd, porque hay la unidad-hombre, la responsable de todos sus actos como lo demuestran las formas primarias de la reacción emocional que convierten a la educación, a la influencia familiar, al influjo social, en ropajes muy débiles. Por lo mismo y por desgracia, en el mundo se impone “la reacción de choque o catastrófica” y luego, e inmediatamente, “la reacción agresiva” que es brutal, con base en la ley de hierro del todo o nada, de donde aparece el facilísimo grito “¡Yo tengo que ser rico!”.

Lo anterior explica, por ejemplo, que teniendo la Argentina la más grande producción de alimentos del mundo, hoy no alcanza la comida ni para sus propios niños y ancianos, asunto considerado “inconcebible” por el decano de la facultad de agronomía de la Universidad de Buenos Aires, ya que el país tiene 36 millones de habitantes y produce, solamente en granos comestibles, 70 millones de toneladas, es decir, 6 veces la dieta diaria necesaria; o en otras palabras, Argentina produce

alimentos para sostener no a 36 sino, holgadamente, a 200 millones de personas.

El pueblo argentino acusa del desastre económico, financiero y monetario a no más de 200 individuos, ricos o poderosos, que saltando de los negocios privados a los de dirección política unos, al congreso otros, a la banca y al gobierno unos terceros, han danzado en negociados con los cuales se ha quebrado al país y puesto en la indigencia a las mayorías.

Lo mismo se dice en el Ecuador, a tal punto que algún resentido anónimo lanzó una escalofriante receta: En este país la corrupción desaparecerá, simplemente, con 200 fusilamientos, lo que indica que hay un desaliento general y sensación de impotencia, en estos momentos porque, además entre otras cosas, por ejemplo, en el informe del 2002 de Transparencia Internacional TP consta que nosotros estamos en segundo lugar en corrupción en el área, ocupando el primer puesto el Paraguay y Chile el último.

La indicada organización ha establecido una tabla que tiene el 10 como muy limpio y el 0 como muy corrupto.

En este informe, Costa Rica tiene 4,5 seguido por Brasil y Perú 4,0 y Colombia y México 3,6.

El diario “El Comercio” de 29 de agosto del año en curso, informa que en el subsuelo de la lista de países más corruptos en América Latina, el Salvador obtiene 3,4 puntos y luego llegan los alarmanes 2,8 de Argentina; 2,5 de Venezuela, Guatemala y Nicaragua y 2,2 Ecuador, Bolivia y Haití, estos tres Estados comparten el segundo lugar en el área, cuya tabla encabeza Paraguay con una puntuación muy grave de 1,7.

En la lista mundial, apenas dos países están por debajo de Paraguay, Nigeria con 1,6 puntos y Bangladesh, con 1,2.

Con lo anteriormente expuesto, hay gente que grita “sálvese quien pueda”, porque dicen que los gobiernos ni los congresos quieren cambiar “las estructuras”, sin pensar que no son estas fácticas, exteriores o físicas, sino que están en el cerebro humano, y por eso el filósofo ecuatoriano José María VELASCO IBARRA, preguntaba ¿queréis revolución?, pues hacedla primero en vuestras propias conciencias y parece que no hay otro remedio que ir hacia la formación del nuevo hombre, comenzando en el hogar que debe ser el punto de arranque básico y poderoso, formado por la ética, la voluntad del bien, la solidaridad para que más tarde en la escuela, el colegio y la universidad, se complete dicha formación, o en el medio social y de trabajo, que puede estar compuesto por iletrados pero conciencialmente bien formados en una sociedad que no tenga el aberrante culto al dios oro.

Todos los países razonan y dicen lo mismo, es que el Sector Privado se mueve gira y depende del Sector Público, o sea del Estado, y de ahí que lo uno arrastre a lo otro.

Para terminar, reproduzco lo que Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ dice en la presentación del libro *Fraude de Subvenciones Comunitarias y Corrupción*, editado por la Universidad de Salamanca en julio del año 2002, que dice: "Los delitos financieros constituyen un serio problema para la sociedad contemporánea. El incremento del número de estos comportamientos delictivos, como en general de todos los delitos económicos, ha alcanzado tal magnitud que despierta la preocupación de muchos estados"... luego en su magistral estudio intitulado "Corrupción y fraude de subvenciones", continúa "La corrupción por parte de los funcionarios o autoridades, genera efectos muy negativos, pues suscita el descrédito de las instituciones públicas. Los ámbitos de la corrupción son múltiples, pudiéndose destacar el fenómeno de la financiación ilegal de los partidos políticos que, en palabras de Perfecto Andrés IBÁÑEZ, supone la madre de todas las corrupciones, situación que además provoca otras gravísimas distorsiones al Estado de Derecho, al convertir la ilegalidad, la clandestinidad, la ausencia de transparencia, en una práctica de dimensiones sistémicas y en un estilo de vida.

## España

**Prof. Dr. Adán Nieto Martín**  
*Universidad de Castilla-La Mancha*<sup>1</sup>

El primer interrogante que plantea el término de "corrupción en el sector privado" es el de su delimitación conceptual. En su sentido más amplio esta expresión equivaldría a cualquier tipo de soborno que se produzca fuera del sector público y comprendería por tanto desde la corrupción en actividades deportivas, hasta la corrupción de distintos profesionales, pasando por la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el transcurso de sus actividades profesionales, con la finalidad de que incumplan sus obligaciones. Este último tipo de comportamiento, en concreto, es al que se refieren los distintos instrumentos internacionales cuando emplean la expresión "corrupción en el sector privado" y sobre él fijaremos nuestra atención.

No obstante y antes de exponer sumariamente la respuesta del ordenamiento español, conviene señalar dos importantes problemas que tienen que ver con la delimitación conceptual de este tér-

mino. En primer lugar, debe indicarse que no es nada sencillo delimitar entre corrupción "pública" y "privada", esto es, entre el hipotético marco de aplicación de un delito de corrupción en el sector privado y la zona penal del soborno de funcionarios públicos. Y no lo es porque como es sabido en la actualidad la administración utiliza en numerosos supuestos empresas privadas, con un mayor grado de dependencia de la administración, para la prestación de servicios públicos. No está del todo claro en el ordenamiento español en qué medida esta "huida del derecho administrativo" de las administraciones públicas no supone también una "huida del derecho penal". Todo depende, de un lado, de la amplitud que se le conceda a la definición legal de funcionario del art. 24.2 del CP y, por otro, de un entendimiento adecuado de preceptos como el art. 422 del CP que extiende *ad hoc* para el delito de cohecho propio a "los jurados, árbitros, peritos o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública". Si este precepto y otros semejantes repartidos entre los delitos de funcionarios públicos, se entienden como una ampliación del concepto de funcionario a particulares (personas naturales o jurídicas) que desempeñan funciones públicas, sin vínculo funcional o orgánico con la administración, el cohecho propio podría ser de aplicación tanto a la mayoría de los casos de privatización del derecho administrativo, como igualmente a sobornos de distintas profesiones privadas que cumplen funciones públicas. Como ejemplo paradigmático de este último caso podría citarse, la corrupción del auditor de cuentas o de la empresa auditora<sup>2</sup>. La situación del ordenamiento español en este punto deja en cualquier caso mucho que desear. Al depender estas cuestiones de la voluntad hermenéutica del juez, el principio de determinación penal queda seriamente afectado. La regulación positiva arroja además interrogantes tan importantes como si en estos casos el cohecho activo propio resulta punible, esto es, si puede ser sancionado no sólo el auditor que solicita la ventaja indebida, sino también el particular que la ofrece. Igualmente la reflexión relativa al número de actividades privadas en las que debe existir una regulación penal de la corrupción no acaba con aquellas que de alguna manera cumplen funciones públicas. Así, por ejemplo, en el marco de las inversiones bursátiles, cabría pensar en la punibilidad del soborno de las "empresas de servicios de inversión".

En segundo lugar y por lo que se refiere a la corrupción privada "en sentido estricto", lo cierto es que pese a la relativa antigüedad de este delito en algunos ordenamientos se trata de un tipo penal en estado de evolución. Pues no existe acuerdo ni en lo relativo a cuál ha de ser el interés protegido,

ni tampoco en lo referente a cuál ha de ser el círculo de autores, ni a su ámbito de aplicación territorial. En efecto, mientras que en algunos ordenamientos (Alemania, Austria) el bien a tutelar es la competencia, en otros se pone el acento o bien en la lealtad de la relación laboral (Francia) o en la protección del patrimonio de la empresa a la que pertenece el empleado corrupto (Italia). Igualmente tampoco existe una idea clara acerca del círculo de sujetos activos. De un lado resulta incoherente la no inclusión del propietario de la empresa si el interés a tutelar es la competencia y, de otro, también debe discutirse si al lado de empleados o propietarios, no deberían también incluirse a profesionales que eventualmente prestan sus servicios para una empresa, como sería el caso nuevamente de los auditores, pero también, por ejemplo, de empresas consultoras o profesionales que asesoran a la empresa con relación a compras de productos, etc. Finalmente el proceso de "evolución" del tipo se evidencia también en la necesidad de reflexionar acerca de la punibilidad de este tipo de conductas cuando son realizadas fuera del territorio del Estado, tal como ha ocurrido en el sector de los funcionarios públicos a través del art. 445 bis. En los países de la UE, Alemania ha dado recientemente este paso, e igualmente este objetivo se observa claramente en el reciente Proyecto de decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, presentado el 13 de junio del 2002 por Dinamarca (art. 8)<sup>3</sup>.

Tras esta serie de reflexiones preliminares, abordaré a continuación la respuesta del ordenamiento español a la "corrupción privada en sentido estricto". El ordenamiento español carece de un precepto específico para sancionar la corrupción privada, pese a que la Acción Común de la UE sobre la corrupción en el sector privado obligaba a introducir esta figura antes de que concluyera el año 2000. En lo que conozco el Gobierno español tampoco ha señalado las razones en virtud de las cuales se ha negado a acatar lo dispuesto en la Acción Común, al igual que tampoco ha explicado su rechazo a las Convenciones, civil y penal, del Consejo de Europa en materia de corrupción. Asimismo la Delegación española ha presentado una "reserva general de estudio" al Proyecto de decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado al que antes se hacía referencia. En cualquier caso este espíritu rebelde no sólo se constata en el gobierno, ningún grupo parlamentario ha presentado iniciativa legal alguna en esta materia.

Esta situación de "anomia" no implica que el soborno de empleados sea una conducta aprobada, lícita, por el ordenamiento español. Este tipo de corrupción puede tener, en primer lugar, impor-

tantes consecuencias en la relación laboral entre el trabajador sobornado y su principal. La aceptación de sobornos por parte del trabajador, destinados a hacerle incumplir los deberes derivados del contrato de trabajo, en los supuestos especialmente en que tenga confiada la realización de negocios en nombre de la empresa, puede dar lugar a su despido disciplinario por infracción de la buena fe contractual. Al empleador, en los casos en que el soborno le ocasione un perjuicio patrimonial le es posible entablar una reclamación por daños y perjuicios (art. 1902 del CC) tanto frente al empleado, como contra quien sobornó al trabajador. En segundo lugar, y dentro aún del derecho privado, la corrupción de empleados constituye una conducta prohibida por la *Ley de Competencia Desleal* de 1991 (LCD), que en su art. 14 establece concretamente como conducta desleal: la "inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores". Doctrinalmente se indica que uno de los supuestos arquetípicos de esta figura consiste en la entrega de dádivas o cualesquiera otra ventaja económica a trabajadores de una empresa cuando con ello se persigue establecer o asegurar una relación contractual. Hasta la fecha, tal como se desprende de la consulta de cualquier base de datos jurisprudencial, la utilización de las acciones civiles que establece la LDC para la represión de este tipo de comportamientos resulta desde el punto de vista práctico insignificante. Lo que puede deberse, más que a la ausencia de comportamientos corruptos, a la escasa trascendencia que entre los operadores económicos tiene este sector del ordenamiento jurídico. Al menos desde un punto de vista teórico la represión de la corrupción privada a la que se refiere al LDC, podría ser objeto de las sanciones administrativas que establece la Ley de Defensa de la competencia de 1989 (*vid.* arts. 7 y 10), si el acto de competencia desleal "distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado". No obstante, y hasta el momento, al igual que ocurría con las acciones civiles, el Tribunal de defensa de la competencia no ha hecho uso en ningún caso del art. 7 de la Ley para castigar conductas de corrupción privada. Fuera aún de lo estrictamente penal, la corrupción privada podría tener relevancia dentro del *derecho tributario* en un doble sentido. Pues de un lado, al igual que ha ocurrido con las "ganancias" procedentes de otros comportamientos delictivos (STS 21-12-1999 "caso Roldán") cabe plantear la cuestión de si éstas son objeto de tributación y por tanto su ocultación puede dar lugar a la pertinente sanción tributaria o incluso en casos de sumas importantes a un delito fiscal. De

acuerdo con la jurisprudencia hasta la fecha existente y el principio de neutralidad valorativa del derecho tributario no deben caber dudas acerca de la relevancia tributaria de estos ingresos y dado que tampoco proceden de actividades estrictamente delictivas, de la relevancia penal o sancionadora de su ocultación. Una segunda cuestión, por la que el derecho tributario resulta de importancia en este punto es la concerniente a la posibilidad de que la empresa "sobornante" considere los fondos empleados en el soborno como fondos destinados a mejorar sus relaciones con la clientela y por tanto desgravables fiscalmente. La situación en el ordenamiento tributario no es del todo clara, pues se carece de una norma expresa como la que existe, por ejemplo, en la legislación alemana (vid. por ejemplo sobre esta cuestión STS de 16 de abril 2001, JT 2001/994).

Dentro del derecho penal los preceptos que pueden alcanzar una mayor importancia a la hora de sancionar estos comportamientos son los delitos de *administración desleal* (art. 295) y *apropiación indebida* (art. 252). En lo que concierne al "sobornante", cuando los fondos utilizados provengan de una empresa que administra o sobre cuyos bienes tiene capacidad de disposición, es posible la aplicación de alguno de estos delitos, en consonancia con la jurisprudencia del TS en los casos similares de donativos ilegales a partidos políticos (STS de 28-10-1997, RJ 1997/7843). La situación legal plantea numerosos interrogantes, pues la sentencia citada se refería a un supuesto de donación sin contrapartida (conocida) y está por ver cuál sería la respuesta de los tribunales en un supuesto sinálgmático de corrupción en el que la empresa sobornadora recibe una contraprestación económica, que compensa la salida patrimonial. Por lo que se refiere al "sobornado", la aceptación del soborno no supone en sí ningún comportamiento de apropiación indebida o administración desleal, tipos que entrarán en acción cuando éste realice como consecuencia del mismo un acto de disposición patrimonial que perjudique a la sociedad (Ej: compra productos de peor calidad y mayor precio a la empresa que le "sobornó"). De *lege lata* cabría emplear como argumento —bastante discutible, por lo demás— para sancionar por apropiación indebida (o administración desleal) la recepción del soborno, el que estos fondos pertenecen a la empresa de modo tal que la obligación del empleado corrupto es ponerlos a su disposición. Igualmente la prueba del perjuicio patrimonial en el acto de disposición del sobornado podría facilitarse argumentando que siempre pudo conseguir condiciones más ventajosas para su empresa, si hubiese renunciado a la "prima".

## Notas

1. Para más detalles acerca de esta cuestión vid. NIETO MARTÍN, RP, julio 2002, 10, pp. 55 y ss.
2. Al respecto de este problema y en general de la responsabilidad penal de los auditores de cuentas, vid. NIETO MARTÍN, en Libro Homenaje al Profesor Marino BARBERO SANTOS, Cuenca, 2001.
3. La última versión de este proyecto es de 10-10-2002, su texto puede encontrarse en <http://register.consilium.eu.int>

## Grecia

**Dimitris Ziouvas, LL.M.**

(Friburgo de Brisgovia)

Abogado (Atenas y Francfort),

Jefe del Comité de los Jóvenes Penalistas del AIDP

La corrupción se hace notar en Grecia en la administración, la sociedad y la economía privada. Mientras que para el cohecho en la sociedad (I), al contrario que por ejemplo en Alemania, existen normas penales de tipo especial, y para el ocasionado en el sector público se destinan una gran amplitud de tipos (II) en la parte especial del Código penal griego (grCP), la única protección frente al cohecho en el ámbito de la economía privada (III) son disposiciones aisladas, que en su mayoría se encuentran fuera del derecho penal. Parte de la criminalidad desencadenada por la corrupción sólo puede ser confrontada de forma indirecta a través de los tipos penales de carácter general (IV).

## I. Corrupción en la sociedad

De acuerdo con la *Ley 75/1975 (Ley del deporte)*, se sanciona el cohecho que tenga como objeto falsear los resultados de una competición deportiva con pena privativa de libertad de entre tres meses y cinco años, y con pena pecuniaria (§§ 1,2). El mínimo se fija en seis meses cuando la acción punible ha tenido éxito. Además, el cohecho para aumentar el rendimiento en competición deportiva (§ 4) así como la remuneración adicional no pactada a deportistas por parte de responsables de asociaciones (§ 5) están sujetos a penas privativas de libertad de hasta dos años y sanción pecuniaria.

## II. Corrupción en un ámbito fronterizo entre la administración y la economía

El capítulo 15.º del grCP establece los tipos para funcionarios ("*delitos relevantes para funciona-*

rios", artículos 235 a 263A). El artículo 235 grCP sanciona el cohecho pasivo, y el artículo 236 grCP el cohecho activo de funcionarios. Ambos delitos son castigados con una pena privativa de libertad de entre uno y cinco años. Para la corrupción en el ámbito judicial rige el artículo 237 grCP. La sanción de la corrupción en el sector público adquiere una gran relevancia en la represión del cohecho activo y pasivo en la economía privada, debido a la concepción excesivamente amplia del *término de funcionario*. A tenor del artículo 13 grCP, es funcionario aquel al que se haya confiado, de forma continuada o provisional, el ejercicio de un puesto público del estado, un municipio, o una persona jurídica de derecho público. Con ello, el derecho penal griego adopta el denominado criterio "funcional" para determinar esta cualidad. El artículo 263 A grCP extiende el ámbito de aplicación de los artículos 235 y 236 grCP a aquellos que, de forma permanente o provisional, desempeñen actividades en cualquier calidad en las siguientes personas jurídicas:

- a) Empresas que, en situación monopolística o privilegiada de mercado, provean a la población con agua, energía o transporte, medios de información y comunicación,
- b) bancos nacionales,
- c) personas jurídicas de derecho privado participadas por el estado o que desempeñen funciones estatales,
- d) personas jurídicas de derecho privado que puedan ser financiadas por el Estado o por los bancos mencionados anteriormente.

Es evidente que el Estado con ello va demasiado lejos. Especialmente el caso d) convierte a muchos empleados del sector privado en funcionarios y por consiguiente les hace susceptibles de las penas por cohecho pasivo en el sector público.

### III. Tipos especiales de corrupción en la economía privada

De forma paralela al amplio concepto de funcionario, existe una serie de tipos penales especiales, sobre todo como legislación separada del Código penal, que castigan la corrupción en el sector privado. Si bien la *Ley griega contra la competencia desleal* (grLCD, Ley 146/1914) no prevé de forma directa una protección penal contra el cohecho activo o pasivo, este último podría ser sancionado de forma indirecta si representa el motivo de violación de un secreto comercial o de empresa (artículos 16 a 18 grLCD). El pago de sobornos supone en cualquier caso, de acuerdo con el artículo 1 de la grLCD, un acto desleal, pero sin ir acompañado de consecuencias penales.

Una protección inmediata frente a la corrupción en el sector privado otorga el artículo 59 de la *Ley 2190/1920 de Sociedades Anónimas*. De acuerdo con esta disposición se penaliza el cohecho activo o pasivo con objeto de manipular los votos electorales en la junta general de la sociedad anónima con penas privativas de libertad hasta un año y/o con sanción pecuniaria. Esta disposición concurre con los tipos para funcionarios en el caso de que éstos sean autores según el artículo 59 de la Ley 2190/1920. No obstante, mientras que el cohecho activo para la manipulación de votos se asemeja en cuanto al tipo al artículo 236 grCP (Art. 59 b de la Ley 2190/1920), para un cohecho pasivo no es suficiente con la obtención de una ventaja, según el artículo 59 a de la Ley 2190. Asimismo, se excluyen del tipo las ventajas en las que no falta un fundamento jurídico, es decir, aquellas que se basan en acuerdos en virtud de la libertad contractual (artículo 361 Código civil griego) o que son "adecuadas socialmente", mientras que para el cohecho pasivo de funcionarios no es requisito la ilicitud de la acción. El círculo de autores del cohecho pasivo es en esta disposición muy estricto, se compone de los electores de la junta general (los accionistas principalmente). Normas similares contiene la *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* en sus artículos 60 §§ 9, 10 Ley 3190/1955).

Por último, se sancionan como actos ilícitos, con pena pecuniaria, los incluidos en la ambigua disposición del artículo 458 grCP. El otorgamiento de trato ventajoso a participantes de subastas públicas con el fin de limitar la competencia se sanciona, conforme al artículo 396 grCP, con una pena de libertad de hasta cinco años. El bien jurídico protegido por el artículo 396 grCP es el patrimonio.

La protección que otorga el derecho penal especial frente a la corrupción en el ámbito mercantil privado está lejos de ser suficiente. La descripción puntual de tipos realizada en cada una de las disposiciones especiales acota el círculo de autores de forma esencial, y hace que sólo sea posible la penalización del cohecho de empleados por motivo del amplio tipo del artículo 263 a grCP en conexión con los artículos 235, 236 grCP. A esto va unido el que los marcos de penas de los tipos especiales de corrupción son demasiado estrechos.

### IV. Tipos penales generales

La corrupción en el sector privado va acompañada de una criminalidad importante. El artículo 386 grCP sanciona el *fraude* con una pena privativa de libertad de entre tres meses a cinco

años. En casos de daños cuantiosos asciende el marco mínimo penal a dos años. El artículo 390 grCP sanciona la *administración desleal* con una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Ésta acompaña frecuentemente al cohecho pasivo. La *falsificación de documentos* públicos se penaliza en el artículo 216 grCP. El artículo 398 grCP sanciona a su vez la *quiebra*. Numerosos tipos penales generales contienen disposiciones especiales para el caso de comisión por un funcionario. En vista de la amplia concepción de éste, establecida por el artículo 263 A grCP, que como se ha indicado, encuentra aplicación exclusivamente a los delitos de "carácter público", éstos tienen también relevancia en el sector privado. Respecto a la administración desleal dispone el artículo 256 grCP que los funcionarios a los que hayan sido confiados los intereses financieros del estado y que hayan disminuido el patrimonio para su beneficio recibirán la pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. El artículo 242 grCP sanciona la falsificación de documentos públicos y el 258 grCP la malversación, realizadas por funcionarios. Asimismo, en el ámbito del cohecho se mueve la cláusula de tipo general acerca del incumplimiento de funciones públicas (artículo 259 grCP).

### V. Perspectiva

Si bien la falta de eficiencia del ya arcaico derecho penal en su lucha contra la corrupción ha sido criticada desde muchos sectores, no hay intentos de mejora a la vista. La modernización y sistematización del derecho griego en este ámbito representa una necesidad urgente. Es necesaria una mejora en el planteamiento del cohecho en la economía privada. Importante sería además la creación de tipos penales generales que penalicen los sobornos en un ámbito de competencia, así como el incremento de los marcos penales. En este contexto, es de abogar a su vez por una limitación del demasiado extenso artículo 263 A grCP en el sector de la economía pública.

### VI. Bibliografía (los títulos en griego están traducidos al español)

**ANDROULAKIS**, Sobre el cohecho de los funcionarios que deciden según libre criterio, PoinChr. 1963, 129 y ss., 193 y ss.; **BITZILEKIS**, Los delitos de funcionarios, 1993; **DEDES**, Derecho penal, parte especial. Delitos de funcionarios, 1983; **GAFOS**, El delito de cohecho, PoinChr. 1960, 225 y ss.; **KOURAKIS**, El derecho penal griego de sociedades anónimas. En: Informes del

cuarto congreso de la Asociación Griega para el Derecho penal, acerca de los delitos económicos en Tesalónica 1991, 1993, pp. 131 y ss.; **LIVOS**, Disposiciones penales en las sociedades anónimas (art. 54-63 c de la Ley 2190/1920) en: "El derecho de las sociedades anónimas", Tomo 1.º b, 1991, pp. 519 y ss.; **MYLONOPOULOS**, "Interpretación del término" de la norma penal y de la "voluntad real" del legislador. El caso del art. 263A grCP, PoinChr. 1993, 353 ss.; **PAPACHARALAMBOUS** (en alemán), Landesbericht Griechenland. En: Eser/Überhofen/Huber (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997, p. 169 y ss.; **ROKAS**, La competencia desleal, 1981; **SPINELLIS**, Derecho penal, parte especial. Delitos de funcionarios, 1988; **IDEM** (en inglés), Crimes of politicians in office (o "top hut crimes"). En: H. Epp (editor), Crime by Government, Nouvelles études pénales 12, 1995, S. 17 y ss.

## Guatemala

*Prof. Alejandro Rodríguez Barillas*

Los delitos financieros constituyen un serio problema en la sociedad guatemalteca. Desde 1998, los bancos privados han tenido que recibir fondos del Estado para poder mantenerse funcionando. Alguno de ellos ha recibido aportes de dinero por valor de US\$200 millones de dólares. El principal accionista del banco en cuestión fue uno de los principales financistas de la campaña del Presidente Portillo. Esto demuestra la relación entre delitos financieros, fraude y corrupción.

Las dificultades para combatir la corrupción y la defraudación financiera en Guatemala, tienen su origen a una legislación sumamente obsoleta. El Código penal guatemalteco de 1973 es un instrumento con una concepción decimonónica de los delitos patrimoniales, de tal suerte que los fraudes y delitos financieros no fueron incluidos dentro de su articulado o en forma deficiente.

De esa suerte, no existen en la legislación guatemalteca los delitos societarios. En el Código Penal sí se ha protegido como bien jurídico "los delitos contra la economía nacional y el ambiente". Entre las figuras principales que atentan contra este bien jurídico se encuentran:

Artículo 340 (Monopolio): Quien, con propósitos ilícitos realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechara exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio

de maniobras o convenios, aunque disimulare con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años.

Este delito, por su redacción tan intrincada y ambigua, nunca ha sido aplicado en Guatemala. De la misma forma el delito de "otras formas de monopolio":

Se consideran, también actos de monopolio contrarios a la economía pública y el interés social:

1. El acaparamiento o sustracción al consumo de artículo de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno;

2. Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción en el comercio;

3. Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos;

4. La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno;

5. La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía.

La sanción en este delito es de 6 meses a 3 años.

La especulación es un delito contra la economía nacional.

Un apartado muy importante de los delitos contra la economía nacional es el rubro de las quiebras e insolvencias punibles. El Código Penal castiga la quiebra fraudulenta y culpable. La primera es sancionada con prisión de dos a diez años y para la segunda la sanción es de uno a cinco años. Una reciente reforma del Código Penal realizada en el 2000, estableció responsabilidad para los directores, administradores, gerentes, liquidadores y accionistas que hubieren cooperado en la planificación o ejecución de los actos que provocaron la quiebra.

En el artículo 351 se castiga de forma especial la "complicidad" en la quiebra fraudulenta, tipificándose conductas como:

1. Confabularse con el quebrado para suponer créditos contra él o para él o para aumentarlos, alterar su naturaleza o fecha con el fin de anteponerse en graduación, en perjuicio de otros acreedores.

2. Auxiliar al quebrado a alzar, sustraer u ocultar sus bienes.

3. Ocultar a los administradores de la quiebra la existencia de bienes que, perteneciendo a ésta, obren en poder del responsable.

4. Verificar con el quebrado conciertos particulares en perjuicio de acreedores.

Recientemente, se ha iniciado una serie de reformas en el sistema financiero del país. La más reciente es la reforma de ley de bancos, la ley de Lavado de activos y nuevos delitos tributarios.

Los delitos tributarios han sufrido profundas modificaciones en los últimos 8 años, suscitándose durante este período tres reformas legislativas.

Una de las figuras más importantes en este sentido es la de apropiación indebida de tributos, en la cual se sanciona a la persona que en beneficio propio no entregue a la administración tributaria la totalidad o parte de los impuestos percibidos o retenidos, después de transcurrido el plazo establecido por leyes tributarias específicas para entregarlos. En este caso se incluyen las personas que utilizan fraudulentamente los beneficios fiscales que les hayan sido concedidos o falsifican la concesión de los mismos.

En cuanto a los funcionarios y autoridades públicos, es evidente que ésta genera efectos muy negativos, pues suscita el descrédito de las instituciones públicas. Los ámbitos de la corrupción legal son múltiples, pudiéndose destacar el fenómeno de la financiación de los partidos políticos y otras que tienen que ver que la fiscalización tributaria o el control de las actividades mercantiles.

Entre los principales actos de corrupción que se encuentran tipificados dentro de la legislación guatemalteca se encuentran:

Cohecho pasivo (art. 439 CP): que consiste en que el funcionario público solicita o recibe una dádiva o presente, por realizar un acto relativo en el ejercicio de su cargo. La sanción es de dos a ocho años.

Cohecho activo (art. 442 CP) que es el acto realizado por un particular en el cual ofrece una dádiva o promesa para que el funcionario público realice un acto. Tienen la misma pena del cohecho pasivo.

Formas más graves de corrupción son el peculado, peculado culposo y la malversación de fondos.

En el peculado (art. 445 CP), el funcionario o empleado público sustrae o consiente que otro sustraiga dinero o efectos públicos bajo su custodia por razón de su cargo. El delito es sancionado con prisión de tres a diez años.

El peculado culposo (art. 446 CP) la negligencia o falta de celo del funcionario da ocasión a que otra persona sustraiga el dinero o efectos públicos. La sanción en este caso es de cien a mil quetzales.

Finalmente, en la malversación (art. 447 CP) el funcionario o empleado público da a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Este delito es sancionado con multa de cien a mil quetzales.

El Código penal sanciona también las negociaciones ilícitas realizadas por funcionarios públicos.

El delito de concusión (art. 449) sanciona:

Al funcionario o empleado público que directa o indirectamente o por actos simulados, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. Así como, al funcionario que con propósito de lucro, interponga su influencia para obtener una resolución de cualquier autoridad o dictamente que debe pronunciarse ante la misma.

En estos delitos, la sanción es de dos a seis años y multa.

En el artículo 450 se establece el delito de fraude en el cual se sanciona al funcionario que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado. Se sanciona con prisión de uno a 4 años.

Finalmente, es importante destacar que Guatemala tiene la obligación de adecuar su legislación a la Convención Interamericana de Corrupción, que se suscribió en el año 2001. Esto supone un cambio radical en la forma en que se encuentra actualmente regulada la responsabilidad de funcionarios públicos por actos de corrupción.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Catedrático de Derecho Penal y Criminología*

*Universidad Politécnica de Nicaragua (UPO-LI)*

Es difícil negar que en la actualidad el ámbito del delito económico se amplía y adquiere más complejidad. Los efectos desestabilizadores de la guerra, el terrorismo y el colapso del antiguo orden mundial se han combinado con la vulnerabilidad de las economías en quiebra o de las nuevas economías emergentes para crear un terreno fértil para las actividades ilegales. Incluso las economías boyantes presencian el aumento de ciertos tipos de delito, especialmente de los de alta tecnología.

La protección de la economía y su desarrollo en los países, Nicaragua no es la excepción, es un tema prioritario y estratégico. Basta señalar un estudio reciente de PNUD sobre la "Seguridad Jurídica e Inversiones" realizado en Centroamérica y Panamá (2000), que para empresarios de sesenta y nueve países, son importantes para la inversión económica la credibilidad del Estado, la previsibilidad de las normas y de las políticas, las percepciones sobre la estabilidad política y seguridad de la propiedad, la relación Estado-Empresas, la incertidumbre creada por la ineficiencia del gobierno en la prestación de servicios, **la importancia de la criminalidad**, la confianza en la aplicación de la ley por la justicia, las trabas burocráticas y la importancia de la corrupción.

Un clima de negocios adecuado para la inversión, resalta la citada investigación, se construye sobre la base de ciertas instituciones jurídicas y políticas, que muchas veces no son tratadas en forma adecuada y que tiene que ver con la libertad de establecimiento empresarial; un sistema de derecho de propiedad privada y pública en sus distintas formas y modalidades (los derechos de propiedad deben ser completos y estar bien definidos, especificados y efectivamente protegidos); un derecho de contrato que facilite el intercambio reduciendo los costes de transacción mediante normas de aplicación subsidiaria a las establecidas por las partes, y provea un conjunto de remedios ante el incumplimiento y una autoridad que asegure que los contratos se cumplen o las indemnizaciones se paguen; un poder legislativo encargado de aprobar las normas y un poder ejecutivo y judicial encargados de hacer cumplir las leyes y las normas privadas (contrato), poderes estos que deben ser independientes y estar obligados a rendir cuentas de su actuación.

El Código Penal establece los delitos que afectan el sector privado de la economía, bajo la titulación convencional de Delitos contra la Propiedad (Título IV, Libro II). Entre los delitos destacan el hurto (art. 263), el robo (art. 266), Estafa (art. 283), Estelionato (art. 285), Defraudación (art. 286).

El 28 de junio de 2002, se publicó en La Gaceta, Diario Oficial, la Ley 419/2002, Ley de Reforma y Adición al Código Penal. Esta Reforma y Adición contiene un valioso aporte para el desarrollo del Derecho penal nicaragüense y la prevención y control de los actos de corrupción en el sector privado y de la administración pública. Por una parte, se reforma el tema de la responsabilidad criminal conforme a la moderna dogmática penal. Diferencia con mayor precisión a los autores y los partícipes, y regula el problema de "actuar en nombre de otro", sea de persona natural o perso-

na jurídica. Por otra parte, la Reforma y Adición incluye delitos relacionados a la tutela del sistema económico y de la administración pública. En atención a estos delitos, sufren reformas los delitos de malversación de caudales públicos, el fraude, el peculado, el cohecho. Adiciona una serie de figuras para la protección de la administración civil: el enriquecimiento ilícito, el tráfico de influencia y el soborno transnacional. Y otro, que aunque no comparte la misma naturaleza, orienta su la lucha contra la corrupción, el delito de encubrimiento. En el ámbito económico, la Ley 419/2002 reforma precisamente el capítulo de los Delitos contra la Buena Fe de los Negocios. Respecto a este tema, el legislador, en el considerando III fundamenta la Reforma y Adición, de la forma siguiente "Que ante la exigencia social de presentar una respuesta certera desde el ámbito de la legislación penal nicaragüense en relación con aquellas conductas que afectan las condiciones de vida de la sociedad nicaragüense, el patrimonio de los ciudadanos, así como la estabilidad y confianza en el sistema económico y financiero del Estado, y conscientes de la necesidad de reformar y adecuar a nuestros tiempos la tipología de algunos delitos ya comprendidos en nuestro ordenamiento jurídico y la tipificación de nuevas conductas delictivas que ponen en peligro la estabilidad del sistema económico nacional".

La Ley 419/2002, reforma los artículos 297, 298 y 300 del Capítulo X Delitos contra la Buena Fe en los Negocios del Título IV Delitos contra la Propiedad del Libro II del Código Penal. El art. 297 establece la quiebra fraudulenta. Este delito lo comete la persona que, en perjuicio de sus acreedores, simule deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; sustraiga u oculte bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o cancelación de los mismos; conceda ventajas indebidamente a cualquier acreedor; transfiera o enajene maliciosamente, a cualquier título, bienes muebles o inmuebles antes de ser declarado el estado de quiebra; falsee balances; venda activos y lleve libros de contabilidad de forma paralela o llevarlos falsamente. La sanción por la realización de cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, es de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial por igual período.

También reforma la quiebra culposa, como la denomina el Código Penal. Este delito lo comete el comerciante que se haya declarado en quiebra o provocado la misma por propia insolvencia en perjuicio de sus acreedores a consecuencia de sus gastos excesivos en relación con el capital propio, especulaciones ruinosas, juegos, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia, y lo castiga con pena de uno a tres

años de prisión e inhabilitación especial por igual período. La pena correspondiente a la quiebra fraudulenta o de la quiebra culposa en su caso, al director, gerente, administrador o representante legal de una persona jurídica declarada en quiebra que haya intervenido como autor, cooperador necesario o inductor de cualquiera de los hechos (art. 298).

También reforma el delito de concurso civil fraudulento. Realiza este delito la persona que en su calidad de deudor no comerciante, concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, oculte, altere, falsee o deteriore información contable o situación patrimonial. La pena es dos a cuatro años de prisión (art. 300).

La Ley 419/2002, adiciona, al Capítulo XII Delitos contra la Economía Nacional, la Industria y Comercio del Título IV Delitos contra la Propiedad, Libro II del Código Penal, los denominados delitos societarios y bancarios. Por su novedad, lo presento textualmente:

#### **"Artículo 314 bis 1.**

1. Serán penados con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el mismo período.

a) El director, representante legal, administrador de hecho o de derecho o accionista de una sociedad mercantil o civil, constituida o en formación, que con dinero del público se dedique a la actividad bancaria, bursátil, financiera, cooperativa, industrial o comercial que adopte o contribuya a tomar alguna decisión o acuerdo abusivo en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de la sociedad, de alguno de sus socios, de los depositantes, del público o de terceros.

b) El director, representante legal, administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que altere cuenta o información financiera con el objeto de presentar una situación distorsionada de forma idónea para causar perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a terceros; y,

c) La persona que, a sabiendas se aproveche de las alteraciones, decisiones o acuerdos abusivos señalados en el inciso a), o cuando como ejecutivo, director, representante legal de una sociedad, o como accionista, sin causa justificada, impida o niegue a un socio o grupo de socios obtener información veraz sobre el estado de los negocios.

#### **Artículo 314 bis 2.**

1. El socio, director, gerente, administrador, funcionario o empleado de Bancos, Instituciones financieras no bancarias y grupos financieros que, directamente o a través de personas

naturales o jurídicas, realice operaciones o actos en perjuicio de los depositantes o de los acreedores, o de los socios o del Estado, será penado con prisión de seis a ocho años.

2. Si la actividad realizada pone en peligro el sistema financiero nacional, la pena será de ocho a diez años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período.

3. Quien por sí o por medio de otra persona natural o jurídica realice actos en perjuicio de Bancos o Instituciones financieras no bancarias, con o sin la participación de socios, directores, gerentes, administradores, funcionarios o empleados de los mismos, causando perjuicio a la sociedad, o a los depositantes, o al sistema financiero nacional o a la estabilidad económica de la nación, será castigado con prisión de ocho a diez años e inhabilitación especial por el mismo período”.

## Panamá

**Carlos Enrique Muñoz Pope**  
*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad de Panamá*  
cempope@cableonda.net

La experiencia de los últimos meses, tanto en Panamá como en el extranjero, pone de manifiesto que la corrupción es un fenómeno que trasciende la clase política para contaminar también a la empresa privada.

Los tipos penales de la mayoría de los Códigos penales vigentes en los países de nuestro entorno cultural, sin embargo, no están preparados para enfrentar esta forma de corrupción, pues a lo sumo cuentan con las viejas y conocidas figuras de estafa y falsedad de documentos privados para perseguir tales comportamientos.

Conductas como las de falsificar estados financieros, aprovecharse de información privilegiada para negociar valores o en la Bolsa o llevar a cabo conductas punibles valiéndose de la condición o calidad de socio, administrador o directivo de una sociedad se ejecutan con cierta frecuencia de forma impune o con sanciones que permiten el reemplazo de las penas cortas de privación de libertad o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que sin duda contribuye a una cierta impunidad respecto de tales acciones.

En los últimos años en Panamá se evidencia que los delitos cometidos por directores, dignatarios, administradores o gerentes de instituciones bancarias o empresas líderes en su actividad, en las que se pierden, desaparecen o sospechosamente

se invierten en forma por demás arriesgada en detrimento de cuenta-habientes, acreedores o accionistas cincuenta o más millones de balboas o dólares es una realidad que se sucede sin mayores consecuencias que los iniciales titulares de los medios de comunicación social y referencias ocasionales de los mismos medios cada cierto tiempo, cuando el proceso penal respectivo toma algún giro importante.

En 1996 el Banco Agro-Industrial carecía de efectivo para operar, pero los libros contables mostraban activos, depósitos y garantías con más de setenta millones de balboas o dólares que sólo existían en el papel de sus estados financieros; en el año 2000 los medios descubrieron que el Grupo Adelag, de una prestigiosa y adinerada familia de la localidad, presentaba estados financieros en los que no se reflejaban pasivos por el orden de cincuenta y cinco millones de balboas y más recientemente ocurrió algo parecido con el Grupo Fotokina, empresarios dedicados a la venta al por menor de una amplia gama de productos, electrodomésticos, equipo para hogar, etc., que tenía deudas por más de cincuenta millones de balboas que su situación económica reflejada en los libros de contabilidad no podía enfrentar.

En alguno de estos casos algún director, socio, administrador o accionista tenía los fondos en cuentas a nombre de sociedades creadas en algún paraíso fiscal, de forma que no podían ser usadas para asumir las deudas de las sociedades o de los propios individuos que en forma personal eran garantes de las obligaciones comerciales contraídas por sus empresas.

En el ordenamiento penal panameño no existe delito que permita castigar con severidad la mayoría de las conductas que implican o conllevan una cierta corrupción empresarial, pues los tipos penales existentes reproducen los viejos esquemas de finales del siglo diecinueve o mediados del siglo veinte y la mayoría de dichas acciones quedan abarcadas por las tradicionales formas de estafa o de falsedad que tienen penas que no superan los dos años de prisión, que usualmente terminan suspendidos o reemplazados por penas pecuniarias (días-multas) irrisorias frente al perjuicio causado a innumerables personas.

La experiencia de los últimos años en Panamá pone en evidencia que, en ocasiones, sujetos que ejercen cargos directivos en instituciones bancarias se aprovechan de su condición para manejar en forma indiscriminada, y en ocasiones malintencionada, decenas de millones de balboas o dólares, en la seguridad que no serán sancionados severamente o que las penas de prisión serán suspendidas o reemplazadas por otras de poca, nula o escasa gravedad.

La administración de justicia está en el deber de castigar seriamente a los sujetos que llevan a cabo operaciones comerciales con estados financieros preparados dolosamente para engañar o encubrir la verdadera situación de tales sociedades, pues con ellos se obtienen cuantiosos créditos que sólo tienen de garantía el crédito personal del comerciante o ciertos otros bienes que ya están dados en garantía en otra operación comercial, lo que implica otra forma de defraudar al acreedor que carece de verdaderos remedios a su alcance.

En alguna medida, sin embargo, alguien podrá argüir que tales eventos también deben ser de responsabilidad de los banqueros que prestan importantes sumas de dinero con escasas o nulas garantías, pues en algún caso la estafa no ha podido cometerse sin el concurso del comportamiento "confiado" o "amigable" de directores o dignatarios de la entidad bancaria que con su actuar favorece la acción delictiva en cuestión.

No en vano, sobre este particular, el propio ROXIN ha puesto de manifiesto la cuestión del aporte de la víctima en ciertos delitos, como la estafa, cuando el sujeto pasivo de la infracción deja de actuar con cautela o descuida sus deberes, lo que favorece el proceder ilícito del sujeto activo.

Ante la perspectiva antes descrita, no cabe duda que la legislación penal panameña no está preparada para enfrentar esta dramática situación; que por el contrario la repetición de hechos que coinciden con las conductas antes mencionadas vienen en cierta forma promocionadas por la insignificante penalidad existente para los delitos de estafa y falsedad de documentos privados y la falta de tipos específicos para delitos societarios, contables o causados con abuso de información privilegiada en poder o conocimiento del sujeto activo.

Por tal razón cursa actualmente en la Asamblea Legislativa panameña un proyecto de ley presentado por el Procurador General de la Nación (funcionario equivalente al Fiscal General del Estado en otros países) para introducir nuevos delitos en los que se sancione con mayor severidad conductas como las que nos interesan en esta ocasión.

La incertidumbre al respecto nos impide describir la propuesta, que apenas empieza a ser considerada en la Comisión legislativa correspondiente, la que sin duda le imprimirá una cierta celeridad en aras de incriminar muy severamente dichos comportamientos que han conmocionado la sociedad panameña en el pasado reciente.

## Polonia

**Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska**  
*Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias de Polonia, Varsovia*

1. En Polonia la noción "corrupción" está relacionada, ante todo, con la figura del soborno y de la "protección pagada". En el presente informe se abarca, no obstante, un marco más amplio.

2. Las normas penales básicas relacionadas con la corrupción conciernen al soborno (la venta y la compra de la persona que ejerza una función pública, de sus servicios y decisiones) están formuladas en los artículos 228 y 229 del Código Penal que forman parte del Capítulo sobre las actividades en contra de las instituciones estatales y de la administración local. Las formulaciones utilizadas excluyen, de hecho, el sector privado. La excepción existente concierne a las personas que incurrir en el soborno activo, es decir, de aquellas que hacen la entrega del provecho a la persona sobornada. Eso significa que una persona perteneciente al sector privado no puede ser sujeto de un acto de soborno pasivo (no puede venderse) y tampoco puede ser sobornada, y sólo sobornadora. Tanto para la persona sobornada, como para la que se deja comprar, se exige que ejerza una función pública (en Polonia, en otro Estado o en una organización internacional). Todo lo dicho indica que hay una laguna jurídica en lo que concierne al soborno en el sector privado. Esa situación será modificada próximamente. En los cambios del Código Penal que se preparan (ya están en la Dieta) se propone la incorporación al Código de nuevas normas relacionadas con la corrupción en la esfera de la economía y, por consiguiente, con la corrupción en el sector privado. En el llamado "Proyecto Presidencial" de cambios del Código Penal se propone la incorporación de un nuevo artículo, el 296a que, en su apartado 1 rezaría: "Aquel que, desempeñando una función de dirección en una entidad organizativa que desarrolle actividades económicas o, teniendo, por motivo del cargo ocupado o de la función cumplida, una influencia considerable sobre la adopción de las decisiones relacionadas con la actividad de la entidad, acepte un beneficio patrimonial o personal o la promesa de su obtención, a cambio de un comportamiento que pueda causar perjuicios materiales a la entidad propia o a cambio de una acción de competencia desleal o de actuación preferencial ilegal o deshonesto a favor de un comprador o destinatario de mercancías o servicios suministrados, podrá ser castigado a penas de privación de la libertad de tres meses a cinco

años". En el apartado 2 del artículo proyectado se propone penar con los mismos castigos el soborno activo (la concesión de beneficios patrimoniales o personales o la promesa de su concesión) cometido en los casos indicados. En el apartado 4 se propone un castigo más severo en los casos en los que los perjuicios causados a la entidad afectada sean de mayor dimensión. En esos casos las penas previstas oscilarían entre los seis meses y los ocho años de privación de la libertad. En el apartado 3 se prevé los casos de menor importancia (para el soborno activo y pasivo) y se establece la imposición de multas o de penas de limitación de la libertad o de privación de la libertad de hasta 2 años. La norma señalada será introducida en el capítulo de los delitos "contra las actividades económicas", inmediatamente después de las normas que regulan el despilfarro o el abuso de la confianza. Parecidas son las enmiendas propuestas en el proyecto de modificación del Código Penal propuesto por el Gobierno. Se tienen en cuenta los compromisos internacionales de Polonia. En los proyectos se propone la introducción de normas que castigan el soborno, tanto el activo como el pasivo, en los casos de las personas que organizan eventos deportivos profesionales o participan en ellos. Se propone también la formulación de las normas de manera que se frustre la solidaridad entre quienes sobornan y aquellos que se dejan sobornar. Se propone nuevas normas sobre la confiscación de los beneficios derivados de la comisión del delito. Se prevé asimismo la introducción de la figura de la corrupción electoral (relacionada con las elecciones). Hay que señalar que la corrupción es uno de los problemas más importantes abordados en las enmiendas preparadas para su incorporación al Código Penal y a otras leyes y que el proyecto de cambios al Código Penal propuesto por el Gobierno en el marco del Programa "Una Polonia segura" se centra, en primer término, en los problemas de la corrupción. En Polonia se ha elaborado asimismo una "Estrategia de lucha contra la corrupción". Próximamente la corrupción será abarcada también por una nueva ley (ya aprobada) sobre la responsabilidad de los sujetos colectivos por los actos prohibidos bajo la pena. En Polonia hay muchas normas de carácter administrativo que combaten la corrupción.

3. En lo que concierne a las malversaciones del más diverso tipo, aquellas que se producen en el sector privado están previstas en diferentes normas penales: a) El sujeto del delito que supone la protección pagada (art. 230 CP) puede ser la persona que pertenece al sector privado. El delito consiste en que el autor, haciendo referencia a las influencias que tiene en una institución estatal o en la administración local, puede actuar como in-

termediario en la solución de un asunto a cambio de la obtención de beneficios patrimoniales o de la promesa de su obtención. El art. 230 CP prevé penas de privación de la libertad de hasta tres años; b) El Capítulo XXXVI "Delitos contra las actividades económicas" del Código Penal vigente comprende normas que pueden ser aplicadas al sector privado. Se prevén, entre otros, los siguientes actos: el delito denominado despilfarro o abuso de la confianza (art. 296 CP), el delito de la estafa relacionada con créditos, subvenciones, dotaciones o encargos públicos (art. 297 CP), el delito de las estafas relacionadas con los seguros (art. 298 CP), el delito consistente en el blanqueo de dinero (art. 299 CP), los delitos contra los acreedores (arts. 300-302 CP), incluido el delito de la bancarrota simulada; en lo que atañe a los fraudes cometidos a través de artilugios contables, el más importante es "el delito de la documentación deshonesto" (art. 303 CP): el delito que consiste en imposibilitar o dificultar una subasta pública con el fin de conseguir beneficios patrimoniales (art. 305 CP); también pueden encontrar aplicación las normas del Código Penal concernientes a los delitos contra la propiedad (por ejemplo, sobre la estafa). Además de las normas del Código Penal, a los diversos tipos de malversaciones se aplican también las normas de numerosas leyes especiales y, en particular del Código Penal Fiscal así como del Código de las Sociedades Comerciales del 15 de septiembre de 2000, que comprende normas penales (arts. 585-593). Las malas prácticas en la bolsa están contempladas por la ley sobre las operaciones públicas con los valores bursátiles y otros papeles cotizados. Muy importante es la ley sobre la banca (llamada "Derecho bancario") y la ley sobre el Fondo Bancario de Garantías, así como la ley sobre las cartas de empeño y los bancos hipotecarios. En 2000 fue aprobada una ley sobre la lucha contra la introducción en el mercado de valores patrimoniales aquellos que provienen de fuentes ilegales u ocultas, que contiene normas penales. Particularmente importante es la ley sobre la lucha contra la competencia desleal que comprende un amplio catálogo de normas penales. Fueron añadidos a esa ley normas sobre la corrupción (el soborno) en tanto que acto de la competencia desleal (la responsabilidad administrativa). También pueden tener aplicación normas de otras leyes especiales, que son numerosas (por ejemplo, la ley sobre la limitación del derecho a desarrollar actividades económicas de las personas que cumplen funciones públicas).

4. Polonia ha firmado las Convenciones jurídico-penal y jurídico-civil del Consejo de Europa sobre la corrupción y la Convención de la OECD de 1997 sobre la lucha contra la corrupción de los

agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Polonia es miembro también del grupo de Estados llamado: "El GRECO". En Polonia, dado su próximo ingreso en la Unión Europea, se estudian con mucha atención los documentos de esa Comunidad relacionados con la lucha contra la corrupción. Los cambios legislativos que se prevén están relacionados también con esa adaptación de las leyes polacas a las reglas comunitarias.

5. Como resumen se puede decir, en relación con las circunstancias indicadas más arriba, en el punto 2 de este informe, que, en lo que concierne a las normas penales vigentes, Polonia aún no está del todo preparada para combatir de manera plenamente eficaz la corrupción en el sector privado. No obstante, se puede afirmar también que, tras la introducción de las enmiendas propuestas a las leyes vigentes (indicadas más arriba), los cambios legislativos que se conseguirán relacionados con la corrupción en la esfera de la economía y de la responsabilidad de los sujetos colectivos (las empresas), ya estaremos —desde el punto de vista de las normas— bastante bien preparados para luchar contra el fenómeno<sup>1</sup>.

#### Notas

1. Ver también B. KUNICKA-MICHALSKA: Polonia (en: "Sistemas penales comparados: Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa"), *Revista Penal* N.º 3, enero 1999, p. 159-161, así como las ponencias polacas (de E. BIENKOWSKA, J. SKUPISKI, J. JAKUBOWSKA-HARA, C. NOWAK, L. PAPRZYCKI, R.A. STEFANSKI, B. SWIATKIEWICZ, B. KUNICKA-MICHALSKA) en el libro: J.C. FERRÉ OLIVÉ, E. MUSCO, B. KUNICKA-MICHALSKA, J. ALMEIDA CABRAL y Otros, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Vol. I, Edición a cargo de Juan Carlos Ferré Olivé, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 41 y ss., 91 y ss., 119 y ss., 163 y ss., 203 y ss., 257 y ss., 317 y ss., 347 y ss., y la bibliografía allí indicada.

## Venezuela

**Jesús Enrique Rincón Rincón**

*Doctor en Derecho, Juez Penal, Profesor de Derecho Penal General y Especial*

Poco se ha ocupado la ciencia jurídica penal venezolana de la corrupción en el sector privado, ya que generalmente se han aplicado los tipos tradicionales establecidos en el Código Penal y en algunas leyes especiales. Es por lo tanto un concepto relativamente novedoso que está adquiriendo cada día más auge, como consecuencia de los casos que se están presentando cada vez con más frecuencia en los países más industrializados, principalmente en los Estados Unidos. Actual-

mente se está presentando un interesante caso en Latinoamérica, que envuelve a las dos más grandes empresas privadas venezolanas (Grupo Cisneros y La Polar) y a una importante compañía colombiana (Bavaria), en un escándalo por la toma del control de la Cervecería Backus del Perú, mediante la compra "concertada" de acciones, que supuestamente se basó en competencia desleal, ausencia de transparencia y violación de las leyes de mercado, entre otras irregularidades.

Donde se ha dado en mayor medida este tipo de corrupción en el sector privado venezolano ha sido en la Banca, por ello me referiré especialmente a ella en este sucinto trabajo.

## 1. LA CORRUPCIÓN EN ALGUNAS ENTIDADES FINANCIERAS VENEZOLANAS

### Introducción

Venezuela tuvo durante varias décadas un Sistema Financiero sólido. Desde 1940, cuando inician operaciones el Banco Central de Venezuela y la Superintendencia de Bancos, sólo conocemos el colapso del Banco Táchira (1958-1960), de poco peso y por motivos más externos que intrínsecos al Banco. A mediados de la década de 1970, coinciden varios hechos: la avalancha de dólares que llegó al país, producto de la crisis del Medio Oriente y el embargo petrolero (1973), que lleva el presupuesto de la República de 13.000 millones de bolívares en 1973, a 40.000 millones de Bs. en 1974<sup>1</sup>. La estatización del Banco Central por Decreto Ley (1975) y la limitación de las inversiones extranjeras en la Banca, vía el Decreto-Ley de Bancos y otros Institutos de Crédito (1975), convirtieron en nacionales antiguas instituciones tradicionales como The Royal Bank of Canada, el Banco Francés e Italiano y el Banco Holandés Unido. Sólo se mantuvo el Citibank actuando directamente, en esa época más bien con transnacionales presentes en Venezuela y financiando parte del endeudamiento externo creciente de la República. Este período es denominado por algún autor "violenta expansión del Sistema Financiero" en contraposición al "Desarrollo armónico de la Banca (1940-1975)"<sup>2</sup>. En esta fase surgen nuevas instituciones financieras, aparecen nuevos instrumentos (mesas de dinero, fondos de activos, compañías de leasing, etc.), así como gran cantidad de sucursales y agencias bancarias. La Superintendencia de Bancos pierde capacidad de supervisión. Así se dan en esa época las intervenciones de los Bancos Nacional de Descuento (diciembre de 1978), de los Trabajadores (1982) y del Comercio

(1984). Los dos primeros eran en el momento culminante los mayores del país. El Banco de los Trabajadores manejado por dirigentes de la Central Sindical más importante y poderosa (la CTV), tenía el privilegio de ser, en ese entonces, el único Banco Universal o múltiple en Venezuela.

En el caso del Banco de los Trabajadores de Venezuela (BTV), hubo varios factores: el sobrecrecimiento, que en pocos años lo llevó al primer lugar del ranking por tamaño; la falta de personal directivo y ejecutivo de gran experiencia financiera; y el hecho de ser el BTV una solución práctica a problemas de última hora del sector gubernamental y del sindical. Así tenemos que cuando un organismo público del dilatado Estado Venezolano tenía problemas de caja que hubieran podido preverse, el BTV era la vía para un crédito rápido. Ello fue así tanto en el primer gobierno de Carlos Andrés Pérez (1974-79) como en el de Luis Herrera Campíns (1979-84). Por lo demás, el BTV creó numerosas filiales, entre ellas veinte "Inversiones Bantrab", denominadas del 1 al 20, que pretendían escapar al control de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras. Así tenemos que en la inspección ordinaria de 1981, el BTV le negó el acceso a la Superintendencia a los archivos correspondientes a esas empresas. En 1982 fue intervenido ese Banco, pocos meses antes de la crisis cambiaria que estalló en febrero de 1983.

## Política Económica de 1980 a 1989

Desde antes de la crisis del BTV, la política del nuevo Presidente de la República, Luis Herrera Campíns y de su Ministro de Hacienda, Luis Ugueto, obstaculizaba la creación de nuevos bancos, conscientes de que se había dado un crecimiento exagerado del sector. En febrero de 1983 el país no pudo mantener la estabilidad cambiaria (un dólar estadounidense equivalía a Bs. 4,30). Ello era consecuencia de políticas erradas de muchos años y trajo un problema colateral grave: la deuda del sector empresarial, incluido el bancario, en moneda extranjera, especialmente en dólares. Increíble e injustificadamente, en el refinanciamiento de la deuda pública externa con la banca extranjera (1985), siendo Presidente de la República Jaime Lusinchi, el Estado venezolano, asumió la deuda no sólo pública sino también la privada. ¿Cuánto de ello se recuperó del sector empresarial? No lo sabemos, pero ciertamente la mayor parte no fue reembolsada por las empresas fallidas, morosas, o aprovechadoras de tal situación. Acá hay todo un filón a investigar.

En este período (1983-1989) se mantuvo un régimen de control de cambio, vendiendo el Estado

dólares a valor preferencial (a Bs. 4,30; a 6,00 y a 7,50) para áreas especiales (alimentos, medicinas, pago de deuda externa, etc.) y paralelamente, un dólar libre (no de mercado negro) que se movía ya por sobre 30 Bs. en marzo de 1989, cuando el nuevo Presidente Carlos Andrés Pérez, quien ya había gobernado de 1974 a 1979, elimina el control de cambio, y el Banco Central de Venezuela desconoce una serie de obligaciones de venta de US \$ a precio privilegiado, que había contraído meses atrás y que estaban en trámite. El Banco alegó que los niveles de reserva de divisas eran muy reducidos. Estaba claro que Venezuela tenía una política económica muy diferente, evidentemente neoliberal, dirigida por profesionales muy competentes, con éxitos importantes en atraer y conservar capitales. Ejemplo de ello fue que el Índice de la Bolsa de Valores de Caracas se elevó en un año (1990) de 2.500 a 20.000 puntos y que el crecimiento del Producto Interno Bruto creció en 1991 cerca del 9%. Sin embargo, se cometieron graves errores, como la falta de políticas sociales de compensación durante el primer año. También fue una equivocación el liberar totalmente las tasas de interés, lo que permitió que algunos bancos elevaran las tasas sobre préstamos hipotecarios de viviendas que se encontraban entre el 12 y el 20% anual, y las llevaran al 60 y hasta el 80% anual. Me tocó en ese momento participar en un movimiento nacional de deudores hipotecarios y constituir en el Estado Zulia la Asociación Pro-defensa del Deudor Hipotecario.

## El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional

Venezuela tenía años discutiendo sus políticas económicas con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. A raíz de esas negociaciones, convino en desarrollar una serie de planes, programas y proyectos relacionado con el sector bancario. Entre otros, destacamos: 1) La Promulgación de una nueva Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Ésta incluía la incorporación de nuevos tipos de instituciones, como la Banca Universal, y la mayor fortaleza de la Superintendencia y del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), creado éste en 1985. También mayores requerimientos patrimoniales, ajustándolos al Acuerdo de Basilea, exigiendo el 8% de Patrimonio mínimo sobre el total de Activos. Esta Ley tardó años en ser aprobada, promulgándose sólo en noviembre de 1993, luego de la salida de Carlos Andrés Pérez de la Presidencia. Demasiado tarde para impedir la crisis bancaria que se venía gestando desde 20 años atrás; 2) La promulgación de una nueva Ley

del Banco Central de Venezuela; 3) La eliminación de los Bancos propiedad del Estado, salvo el Banco Industrial de Venezuela y el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo.

## El Caso de las Entidades de Ahorro y Préstamo

Antes de analizar brevemente la crisis bancaria de 1994 y 1995, unas líneas para tocar este caso. En Venezuela, para 1993, existían 19 sociedades civiles fundadas desde 1962, con patrimonio real de unos 20.000 millones de bolívares (unos 200 millones de US \$ para la fecha). Fueron creadas con el modelo de las *Savings & Loans* de Norteamérica.

Al ser sociedades civiles, y plantearse su conversión en sociedades anónimas, se planteaba una interrogante ¿De quién es el patrimonio acumulado por la Entidad durante 20 o 30 años? ¿De los ahorristas de hoy? ¿En qué proporción? ¿Deben tomarse en cuenta los promedios de los ahorros de hoy, de hace 5 años o de qué período? Y los prestatarios, que tenían que ser socios de la Entidad, ¿no merecían una parte del Patrimonio?

El Economista Alfredo RINCÓN R. planteó ese problema desde 1981<sup>3</sup>. Para 1993 al aprobar la Corte Suprema de Justicia el enjuiciamiento del Presidente Carlos Andrés Pérez, éste renuncia y luego de unas semanas, el Congreso Nacional designa al Dr. Ramón J. Velásquez para concluir el período presidencial. Así mismo, lo faculta para que por vía de Decreto, asuma temporalmente algunas facultades legislativas específicas. Entre ellas, la de legislar sobre las Entidades de Ahorro y Préstamo, y su conversión en sociedades anónimas. El Presidente Velásquez, respetable hombre público e historiador, pero inmerso en la grave crisis política y muy mal asesorado, dicta el Decreto Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo que termina por concentrar el Patrimonio en los Directores de las Entidades y, en menor grado, en los empleados, perjudicándose así los ahorristas y el propio Estado. Es de destacar el caso de "Mérida" y de "La Primera" E.A.P., que tuvieron en este proceso una posición de más cautela sobre los derechos de los socios.

El Profesor Alfredo RINCÓN, en sus diferentes trabajos, informaba sobre las conversiones cumplidas en el Reino Unido, Estados Unidos de América y Australia, y las salvaguardas de los derechos de los socios y del Estado que allí se habían cumplido. Rincón desarrollaba también como modelo de Entidad a las Cajas de Ahorro Españolas, aunque éstas no eran sólo Bancos Hipotecarios, sino Bancos Universales o Múltiples. Nada de esto fue tomado en cuenta y los Directivos dispusieron a

su antojo de las Entidades, bajo la mirada cómplice e indiferente del Ejecutivo Nacional de ese entonces.

## La Banca y FOGADE en 1993

Los últimos Estados Financieros del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria divulgados antes de la crisis de 1994, datan del 30 de junio de 1993 y fueron publicados el 10 de octubre de 1993, presentaban un patrimonio de 35.477 millones de bolívares (unos 381 millones de US \$ para entonces)<sup>4</sup>. Curiosamente, uno de sus 5 Directores Principales, Gustavo Gómez López, era el Presidente del Banco Latino, el mayor del país y el primero en caer, en enero de 1994. Afortunadamente, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, desde mediados de los años 60, había creado el seguro para los depósitos de las Entidades<sup>5</sup>.

Al aprobarse la nueva Ley de Bancos, algunos bancos estaban en situación difícil, varios sobreviviendo en sus últimos años con un crecimiento exagerado que pretendía que las pérdidas acumuladas en empresas filiales y créditos malos fueran perdiendo peso en un banco cada vez más grande.

Como consecuencia de la terrible crisis bancaria de 1994 y 1995, quebraron 17 entidades bancarias y el país y el Estado sufrieron la pérdida de cerca de 10 mil millones de dólares, esto es, de aproximadamente el 10% del PIB. Además, se había exacerbado la desconfianza y aumentado la fuga de capitales al exterior.

Enrique AUVERT<sup>6</sup>, en base a la experiencia adquirida en relación con algunos de los bancos venezolanos intervenidos entre 1994 y 1995, destaca ciertas "lecciones" o "mandamientos" que observó en la "gestión administrativa" y en el "manejo financiero" que hicieron en su "propio y único beneficio" los directivos de dichos bancos, de esas "lecciones nefastas" reseñadas por Auvert me permito destacar las siguientes:

"Lección N.º 3. Cuando un banco tenga altos niveles de morosidad en su cartera de créditos, estos préstamos difíciles de cobrar podrán venderse a alguna empresa relacionada. Esto permitirá sacarlos de los balances al menos temporalmente. Los créditos relacionados o autocartera que no puedan cancelarse a su vencimiento, pueden ser renovados y sus intereses capitalizados e incorporados al nuevo monto del financiamiento. Esto permitirá que permanezcan vigentes y que no se les catalogue dentro del rubro de cartera demorada.

Lección N.º 4. Los bancos *off-shore* pueden ser un fabuloso mecanismo para ocultar pérdidas. Los créditos difíciles de otorgar bajo las

leyes venezolanas, podrán canalizarse a través de la banca *off-shore*. Los recursos para estos créditos vendrán del banco venezolano que anticipadamente los habrá colocado a plazo en la institución que a la larga entregará los fondos.

Lección N.º 5. Los funcionarios de la Superintendencia de Bancos, la Comisión de Valores y el Seniat, podrán convertirse en peligrosos escollos para el futuro de su banco. Si un funcionario público le causa problemas, contrátele e incorpórelo a sus filas pagándole más. Nadie mejor que él para enseñarle cómo librarse de esos pequeños inconvenientes con los organismos fiscalizadores."

Podemos por lo tanto concluir, que la corrupción privada imperante en el Sistema Financiero venezolano fue en gran medida el causante principal del colapso del negocio bancario.

## 2. LA CORRUPCIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público de 1982, que tiene por objeto el prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública, cometidos principalmente por los funcionarios y empleados públicos como sujetos activos de esos hechos punibles, también contiene varias disposiciones que tipifican como delitos las conductas activas y algunas pasivas de aquellos particulares que participen directa o indirectamente, de alguna manera, en determinados actos de corrupción administrativa, como el ofrecimiento de dádivas, regalos y sobornos. Ejemplos de ello, son los siguientes artículos:

El artículo 63 que tipifica el "Indebido uso de informaciones reservadas"; el artículo 64 que prevé la "Procuración ilegal de alguna utilidad en cualquiera de los actos de la administración pública", denominado también "lucro genérico"; el artículo 70 que contempla la "Concertación ilegal con contratistas o funcionarios"; el artículo 71 que castiga 6 diferentes comportamientos delictuales, refiriéndose a cualquier persona que "Obtenga ventaja económica o alguna ganancia en la adquisición, enajenación o gravamen de bienes o servicios en los que está interesado la administración pública", a los representantes, administradores o principales de personas naturales o jurídicas que, "por actos simulados o fraudulentos, se aprovechen o distraigan de cualquier forma, en beneficio propio o de terceros, el dinero, valores u otros bienes que hubieren recibido de cualquier organismo público", a cualquier persona que "haya obtenido ven-

taja económica como consecuencia de declaraciones falsas acerca de la ejecución de edificaciones, construcciones, instalaciones u obras en general que hubieren contratado los organismos públicos", a cualquier persona a cuyo patrimonio "aparezcan incorporados bienes o valores del Patrimonio Público, sin que para la respectiva incorporación se haya dado cumplimiento a las formalidades legales", a cualquier persona "que utilice en obras o servicios de índole particular, a trabajadores, vehículos, maquinarias o materiales que por cualquier título estén afectados o destinados a un organismo público", y, a "los comisarios, administradores y directores o principales de personas jurídicas en que tenga interés algún organismo público que, a falta de balance legalmente aprobado, en disconformidad con él o con base a balances insinceros, declaren, cobren o paguen utilidades ficticias"; el artículo 72 que sanciona el "Tráfico de influencias"; el artículo 73 que castiga la "Falsedad en la declaración jurada de patrimonio" en ciertos casos especiales de personas que no son propiamente funcionarios o empleados públicos, pero que se desempeñan en sociedades civiles y mercantiles, fundaciones y otras personas jurídicas, cuyo capital o patrimonio estuviere integrado con aporte de entidades que pertenezcan a la República, los Estados y Municipios, los Institutos Autónomos, las personas jurídicas de derecho público y las sociedades en las cuales el Estado tenga una participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social; el artículo 74 que tipifica el delito de "Certificaciones médicas falsas", que puede ser cometido por cualquier persona, ya que se sanciona a cualquier profesional de la salud que lo expida, así como al que lo forje o altere, a quien haga uso de dicha certificación y a quien diere o prometiére dinero u otra recompensa para obtenerlas; el artículo 75 contempla el delito de "Expedición indebida de licencias, certificaciones, pasaportes, permisos o cualquier otro documento, destinados a hacerlos valer ante la autoridad o ante los particulares", pudiendo ser castigado cualquier persona que haga uso de esos documentos indebidamente expedidos; el artículo 76 prevé el delito de "Ocultación, inutilización, alteración, retención o destrucción, total o parcialmente, en forma maliciosa, de cualquier documento que curse por ante cualquier organismo público", que puede ser cometido por cualquier particular que tenga acceso al documento en cuestión; y el artículo 77 que sanciona el delito de "Suposición o alarde de valimiento o influencia con algún funcionario público", en base a las ciertas o pretendidas relaciones de amistad que tenga una persona con el funcionario, de las cuales se aprovecha indebidamente.

### 3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

#### A) En relación con las Entidades Financieras y a otras Empresas

A raíz de la crisis bancaria que se desató en 1994, que le costó a la República la pérdida directa de 10 mil millones de dólares, la desaparición de la mitad de los bancos del país y la fuga de más de 100 mil millones de dólares, el Estado venezolano ha tomado ciertas previsiones para evitar la repetición de esa situación. Con ese fin, en noviembre del pasado año 2001, mediante el ejercicio de la autorización que la Asamblea Nacional le otorgó al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se le Delegaron, el Ejecutivo Nacional a través de las llamadas leyes habilitantes, dictó varios Decretos Leyes como la referida a los Fondos y Sociedades de Capital de Riesgo, a los Bancos y demás Instituciones Financieras, a las Compañías de Seguros y Reaseguros, a las Asociaciones Cooperativas, al Sistema Microfinanciero, a las Cajas de Ahorro, etc. Por lo restringido del presente trabajo sólo me referiré a algunas de ellas.

La Exposición de Motivos del Decreto Ley de Fondos y Sociedades de Capital de Riesgo señala que:

“Paralelamente, su utilización brinda la oportunidad a las empresas participantes de mejorar sus condiciones de calidad, productividad y competitividad, permitiéndoles adecuarse a los exigentes niveles requeridos por los mercados, sustituir sus tecnologías no actualizadas, desarrollar nuevos productos y servicios, así como adecuar sus estructuras administrativas, financieras y de gestión de sus procesos de acuerdo con las nuevas orientaciones de los mercados. Adicionalmente a estas consideraciones, la toma de participación accionaria en las empresas participantes o socios beneficiarios, de manera temporal en el capital de éstas, debe coadyuvar al mejoramiento de sus capacidades administrativas y de gestión, generando altos niveles de compromiso por parte de sus administradores.

A nivel operativo, el presente Decreto Ley sienta las bases y los lineamientos de las políticas de inversiones de los Fondos y Sociedades de Capital de Riesgo, a través del establecimiento de límites respecto de los montos que pueden ser invertidos en las empresas o proyectos, así como la constitución de los correspondientes fondos de reserva para estas entidades. El Decreto Ley establece los mecanismos tendentes a garantizar a los in-

versionistas la liberación de los recursos financieros a través de la venta o liquidación de las inversiones, lo cual constituye la fase final del ciclo de inversión de capital de riesgo.” (negritas agregadas)

Dicho Decreto Ley establece, entre otras cosas, **límites a la inversión**, disponiendo que “los Fondos y las Sociedades de Capital de Riesgo no pueden invertir más del quince por ciento (15%) del total de su activo en un mismo socio beneficiario o proyecto, ni más del veinte por ciento (20%) en empresas que formen parte de un mismo grupo económico” (art. 40). Así como que “Los Fondos y las Sociedades de Capital de Riesgo no podrán invertir en operaciones a ser realizadas por aquellos socios beneficiarios que sean sus accionistas”. Igualmente, les señala un **Ente supervisor**, indicando que “Los Fondos y las Sociedades de Capital de Riesgo están sujetos a la regulación, control, inspección, supervisión y vigilancia de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de acuerdo con la normativa que ésta dicte al efecto” (art. 35). Así mismo, establece **límites a la reestructuración de los pasivos** (art. 43), **a la vigencia y duración de las inversiones** (art. 41), estableciendo un **fondo de reserva** (art. 44) que no puede ser menor al equivalente al 10% del monto de las operaciones de financiamiento, un **índice de solvencia** (art. 45), **la devolución de los aportes** (art. 48), manteniendo un control permanente de la Contabilidad, de los Estados Financieros, de los Informes, de los Balances, mediante auditorías externas. Prevé este Decreto Ley las sanciones para las infracciones que puedan cometerse, especialmente la revocatoria de la autorización de funcionamiento y la imposición de multas.

Similares medidas se establecen en el Decreto con fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Cuya Exposición de Motivos, luego de hacer una referencia a “la crisis sistémica que afectó el sector bancario venezolano”, dispone en el primer enunciado correspondiente al ámbito financiero, entre otros aspectos:

“dictar medidas que regulen y fortalezcan dicho sistema, que garanticen su estabilidad y estimulen la competitividad; y a tal fin se prevé restituir a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras las atribuciones, que le fueron conferidas a la Junta de Regulación Financiera por la Ley de Regulación Financiera.

Con esta base legal, se procede a modificar la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, bajo la rectoría de los otros prin-

ceptos generales previstos en el primer enunciado de la norma habilitante, a saber: crear dentro del sistema financiero venezolano una banca de segundo piso, ampliar el criterio de vinculación de empresas relacionadas, incluir las filiales en el exterior dentro del concepto de grupo financiero, establecer regulaciones a la banca comercial y modificar el régimen sancionatorio; y además, se incorporan las disposiciones que permiten optimizar la labor de inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control del sistema bancario.

La Ley contiene previsiones expresas en cuanto a los sujetos sometidos a sus disposiciones. En este sentido, se rigen por la misma los bancos universales, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, bancos de desarrollo, bancos de segundo piso, arrendadoras financieras, fondos del mercado monetario, entidades de ahorro y préstamo, casas de cambio, grupos financieros, operadores cambiarios fronterizos; así como las empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.

Asimismo, estarán bajo la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras las sociedades de garantías recíprocas y los fondos nacionales de garantías recíprocas. Igualmente quedan sometidas a la Ley, en cuanto les sean aplicables, las operaciones de carácter financiero que realicen los almacenes generales de depósitos.

La normativa prudencial emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, es el medio fundamental para implementar los mecanismos de inspección, supervisión, regulación, control y vigilancia, que permitan mantener el equilibrio del sistema en aras de una adecuada protección de los intereses de los depositantes; y por eso era ineludible incorporar el alcance de ese término dentro de la reforma legal.

A los efectos de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, se entiende por normativa prudencial todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico legal de obligatoria observancia, dictadas mediante resoluciones y circulares de carácter general y particular, a los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras, y demás empresas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

De este modo, se enfatiza la importancia de la normativa prudencial que dicta la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Fi-

nancieras, y cuyo obligatorio cumplimiento por parte de los entes regulados permite establecer un adecuado control sobre las operaciones que realiza el sector bancario, logrando con ello: evitar un eventual deterioro de la cartera de crédito o la de inversiones; evitar la desviación del objeto de los fideicomisos; la debida aplicación contable de los ingresos generados y los efectivamente cobrados; la utilización de criterios especiales para calificar las operaciones de la banca destinada al sector microfinanciero; implementar controles para evitar riesgos de liquidez; determinar la información que debe ser suministrada regularmente; y evaluar los indicadores financieros, entre otros aspectos de similar importancia.

En relación con las **Empresas Relacionadas**, la nueva Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras reconoce que "Una de las debilidades que se evidenció en nuestro marco legal anterior al iniciarse la crisis bancaria, era la insuficiencia de parámetros objetivos adecuados para vincular o relacionar empresas a los bancos e instituciones financieras, que requerían ser sometidas de inmediato a un régimen extraordinario de intervención o liquidación, en razón que sus operaciones recíprocas afectaban los intereses de los depositantes, porque el dinero utilizado en las mismas provenía de las captaciones del público. Esta carencia fue suplida acertadamente en las leyes que regularon la Emergencia Financiera, donde se incorporaron otros elementos que permitían tanto a la Administración como al Juez, determinar las empresas relacionadas a las instituciones intervenidas".

Igualmente se señala que "En este Decreto Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, se recogen algunos criterios que establecía la Ley de Regulación Financiera, y se amplían los criterios de vinculación para el establecimiento de empresas relacionadas; y entre otros aspectos se incorpora en la Ley, el concepto de influencia significativa como parámetro objetivo para determinar vinculaciones".

Con respecto a las Empresas Filiales en el Exterior, se incluyen éstas "dentro de la noción de grupo financiero, en razón de la importancia que reviste la supervisión en conjunto de las operaciones que realicen las instituciones financieras venezolanas en el extranjero".

## B) En relación con los Consumidores y Usuarios

Desde hace muchos años han existido en Venezuela disposiciones para defender, salvaguardar y proteger los derechos e intereses de los consumi-

dores y de los usuarios, precavido como se haya el Estado de la necesidad de organizar, educar, informar y orientar a la población en la mejor forma de adquirir, usar, disfrutar y seleccionar los bienes y servicios que requiera. Así como de controlar la producción, expedición, facilitación, prestación, comercio y suministro de los mismos, en aras de una competencia leal y transparente que respete las leyes del mercado. Siendo necesario el verificar la calidad de los productos, con miras a proteger la salud del consumidor, así como los precios y tarifas justas, para evitar los engaños y abusos, y velar por sus intereses económicos.

En la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario se consagran una serie de disposiciones para garantizar sus derechos, especialmente en lo relativo a los artículos de primera necesidad, en el respeto a las ofertas y a los descuentos, protegiéndolo de promociones engañosas y anuncios falsos, obligando a los proveedores a otorgar garantía de los productos o servicios que ofrezcan, presten o vendan, así como de la existencia de los repuestos necesarios. A través del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), o en su defecto, ante las diferentes Alcaldías, los ciudadanos pueden realizar sus reclamos y denuncias de cualquier violación a esta Ley o a su Reglamento. Este dispositivo legal establece las sanciones administrativas que por los ilícitos cometidos correspondan aplicar (generalmente multas), así como las sanciones penales por los delitos en que incurran, los cuales prevén prisión y multa.

Los delitos tipificados en dicha Ley son los siguientes: el "restringir la oferta, circulación o distribución de bienes o servicios de primera necesidad para provocar escasez y aumento de los precios" (art. 106); el "enajenar bienes o prestar servicios declarados de primera necesidad, en forma directa o a través de intermediarios, a precios superiores a los fijados por las autoridades competentes" (art. 107); el "obtener para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la prestación que por su parte realiza", esto incluye operaciones de crédito o financiamiento (art. 108); el "difundir noticias falsas, emplear violencia, amenazas, engaños o cualquier otra maquinación para alterar los precios de bienes, monedas, títulos o cualquier otro valor negociable, o para provocar o

estimular la fuga de capitales" (art. 109); "el funcionario que autorice la importación o comercialización de bienes declarados nocivos para la salud y prohibido su consumo" (art. 110); el "extraer bienes declarados de primera necesidad producidos en el país, cuya comercialización se haya circunscrito al territorio nacional" (art. 111); "el proveedor que altere o modifique la calidad, cantidad, peso o medida de los bienes y servicios, especificados en oferta, en perjuicio del consumidor o usuario" (art. 112); "quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer materias primas, productos agropecuarios o industriales, o los instrumentos necesarios para su producción o distribución" (art. 113); "El funcionario del INDECU que utilice con fines de lucro para sí o para otro, informaciones o datos de carácter reservado de los cuales tenga conocimiento en razón de su cargo" (art. 114); y "El funcionario del INDECU que abusando de sus funciones, constriña o induzca a alguien a que dé o prometa para sí mismo o para otro, una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebida" (art. 115).

## Notas

1. Unos 3.000 y 9.000 millones de US \$, respectivamente, a la tasa de cambio fija en Venezuela desde 1972 hasta 1983, de Bs. 4,30 por dólar americano.
2. Denominación que hace el Economista y Profesor Alfredo RINCÓN R., en su monografía *Antecedentes Históricas de la Banca. Los Bancos de Venezuela*. Maracaibo. 1989.
3. En su Trabajo de Investigación "Algunos Problemas del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo". En su Tesis "Reforma del Sistema Financiero: la Conversión de las Entidades de Ahorro y Préstamo en Sociedades Anónimas" *Revista Estudios de Coyuntura*. Universidad del Zulia, octubre de 1991, páginas 71 a 80. En su libro "Temas Bancarios" de 1992. En varios artículos publicados en los principales Diarios del País, el último en aviso de "El Nacional" titulado "Carta al Sr. Presidente", del 14 de agosto de 1993, cuerpo E.
4. El tipo de cambio en 1993 se inició en Bs. 79,55 (31-12-92) y terminó en Bs. 106,00 (31-12-93).
5. Gracias a la previsión de Bancos y Entidades, y al apoyo del Estado, no ha habido desde 1962 pérdida alguna de los depositantes en el Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo. De 27 Entidades que hubo (1981) hoy sólo quedan 3 como tales, convertidas a Sociedades Anónimas. Las demás, terminaron fusionadas con Bancos o convertidas en Bancos.
6. Enrique Auvert Veithencourt fue Interventor del Banco Maracaibo, el más antiguo y uno de los más grandes del país. Publicó en 1996 el libro *El Gran Banquete (Manual para llevar un Banco a la quiebra)*. Alfadil Ed. 1996. Caracas. 143 pp. "Lecciones" pp. 26 a 32.