

Introducción

El rápido y notable desarrollo del comercio internacional, gracias entre otros aspectos, a la globalización económica¹ y a los avances tecnológicos e informáticos que se han presentado desde el último tercio del siglo XX y aun en la primera década del presente siglo, ha propiciado nuevos fenómenos delictivos lo que a su vez ha dado lugar a la creación de nuevos delitos en los códigos penales, uno de los cuales es el delito de soborno transnacional del cual se ocupa este trabajo.

La globalización económica y comercial constituye un terreno que genera las condiciones propicias para realizar una serie de prácticas de corrupción² en el comercio internacional, pues los intercambios mercantiles, -que implican exorbitantes sumas de dinero- muchas veces se generan entre empresas que son económicamente más poderosas que los mismos Estados.

La corrupción en las transacciones internacionales se ve también favorecida con el desarrollo que en los últimos tiempos han tenido las organizaciones públicas

¹Cabe anotar que si bien la globalización es un fenómeno también con connotaciones políticas y culturales, la misma en todo caso, en palabras de Gracia Martín es “un fenómeno de significado fundamentalmente económico. Por ello, no puede sorprender que la criminalidad de la globalización sea una de carácter, por un lado, fundamentalmente económico en razón de su contenido...”, véase Gracia Martín, Luis, “Que es la modernización del Derecho Penal. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 370.

²Véase Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)”, en: *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, 2008. Según este autor: “Con el término de corrupción se suele dar nombre a la oferta o la prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indebida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar u omitir un acto debido (...) Desde el punto de vista criminológico, la corrupción podría adscribirse a la categoría de los denominados “delitos sin “víctima”, en los que no hay un directo perjudicado, sino un daño colectivo, difuso.” (pp. 273-274).

internacionales³ que disponen de recursos para realizar sus finalidades, que en muchas ocasiones suponen el manejo de importantes recursos económicos que en muchos casos pueden generar la tentación por parte de servidores públicos internacionales para desviarlos en beneficio de intereses propios.⁴

Es en este contexto en el que surge la preocupación nivel internacional por la corrupción de los servidores públicos en los negocios o transacciones económicas internacionales que es un factor que tiene consecuencias negativas en diferentes ámbitos. Un buen resumen de esos efectos lo señala Fabián Caparrós para quien: “La corrupción internacional incrementa los costes de las transacciones entre países, restringe la transparencia de los mercados, reduce y falsea la competencia, perjudica el desarrollo del comercio, vulnera la confianza entre las naciones y dificulta la correcta asignación de recursos, y todo ello, perturbando especialmente la esfera de los países en vías de desarrollo”⁵

En sentido similar Benito Sánchez afirma: “En la actualidad, los comportamientos corruptos no conocen fronteras. La corrupción campa a sus anchas por el planeta afectando a países en desarrollo y a países industrializados, a regímenes autoritarios y a democracias consolidadas, a economías planificadas y a economías de libre mercado. Como señala el preámbulo de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (...)* “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”. Dada esta nueva dimensión transnacional de la corrupción, las iniciativas meramente nacionales para

³Sobre la definición de organización pública internacional véase más adelante en el Capítulo 3 de este trabajo.

⁴ Cfr. Fabián Caparrós, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)”, cit., p.275

⁵Ibid. p.287

luchar contra ella se muestran insuficientes, siendo indispensable una respuesta coordinada de todos los Estados de la aldea global.”⁶

⁶ Benito Sánchez, Demelsa, “Estudio sobre los delitos de cohecho de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros y de organizaciones internacionales en el Derecho Penal Alemán”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-04, p. 04:1-04:27, disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-04.pdf>.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES DEL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

1.1. Algunos antecedentes internacionales

Antecedentes en la legislación interna en Estados Unidos, Alemania y España

Un antecedente bastante citado es aquel según el cual el delito de corrupción de servidores públicos internacionales surgió a partir de “*Foreign Corrupt Practices Act*” –FCPA- (Ley de prácticas corruptas en el extranjero) la cual fue “promulgada en el año 1977 en los Estados Unidos a través de la cual se prohibía la entrega de dádivas o el ejercicio de influencias de particulares sobre funcionarios públicos partidos políticos o entidades públicas extranjeras, salvo que se trate de una acción del gobierno norteamericano, que el gobierno extranjero lo permita o que se trate de gastos razonables de viaje o de promoción.”⁷En 1998 se realizaron algunas modificaciones a la FCPA que en alguna medida ampliaron el ámbito de aplicación de dicha ley.⁸

En Alemania y con el objetivo de facilitar la posterior implementación de los tipos penales de corrupción de funcionarios públicos comunitarios, extranjeros e internacionales y para dar respuesta a las exigencias de las nacientes herramientas

⁷ En la Corte Constitucional, sentencia C-944 de 2012, MP. Jorge Pretelt Chaljub. En esta sentencia la Corte Constitucional hace la revisión oficiosa de Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996.

⁸Al respecto véase <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (fecha última consulta 30 julio 2016, 2:45 p.m.)

supranacionales para combatir la corrupción, que posteriormente vincularían al país europeo, en el año 1997, se expidió la “*Ley sobre la lucha contra la corrupción.*”⁹

En España, se dice que el artículo 445 del CP incorporado por la Ley Orgánica 3/2000 que consagra el delito de soborno transnacional tiene a su vez origen en el Convenio de la OCDE de “lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”.¹⁰

1.2. Antecedentes en instrumentos jurídicos de carácter supranacional.

Convención interamericana contra la corrupción.

El 29 de marzo de 1996 se suscribió la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), en el marco de la Organización de Estados Americanos en la ciudad de Caracas, que fue el instrumento fuente que a nivel regional consagró el delito de soborno transnacional y que significó un verdadero modelo en la lucha contra la corrupción a nivel mundial.¹¹

⁹Véase, Demelsa, Benito Sánchez, “Estudio Sobre los Delitos de Cohecho de Funcionarios Públicos Comunitarios, Extranjeros y de Organizaciones Internacionales en el Derecho Penal Alemán”, cit.

¹⁰Véase Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, en *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n^o 74, mayo-agosto 2008, pp.199-223. Disponible en internet <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/354/280>

¹¹ El artículo de la citada Convención relativo al soborno transnacional, artículo VIII, establece: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la

Convención de la OCDE.

En noviembre de 1997, la Conferencia Negociadora de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), adoptó *la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, la cual entró en vigor el 15 de febrero de 1999, como respuesta para denunciar esta forma de corrupción globalizada en tanto que representa una amenaza para el desarrollo y continuidad de las instituciones democráticas.

Convención Naciones Unidas contra delincuencia organizada transnacional 2003.

Suscrita en diciembre de 2000 en la ciudad de Palermo (Italia), se proponía, según el Secretario General de la ONU de aquel entonces: *“Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales...”*¹²

En consonancia con ello, la citada Convención en el artículo 8, numeral 2, estableció el deber para cada Estado Parte de penalizar el soborno transnacional.¹³

asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.”, véase en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.

¹²Véase en el Prefacio del texto de la Convención Naciones Unidas contra delincuencia organizada transnacional 2003, disponible en internet: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

¹³Artículo 8: “2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.”

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción 2003.

En el año 2003, se suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, (CNUCC), allí se establecieron una serie de conductas punibles constitutivas de corrupción, entre otras, el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, que deben ser consagradas por los Estados partes, con otra serie de medidas fundamentales y complementarias en la lucha contra este fenómeno.¹⁴

Otros instrumentos dos instrumentos jurídicos de carácter continental y regional, respectivamente, relacionados con el soborno transnacional que también se mencionan son la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción* (2003) y el *Plan Andino de Lucha contra la Corrupción* (Decisión 668 del Consejo Andino de ministros de relaciones exteriores de la Comunidad Andina 2007).¹⁵

¹⁴Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales. Véase texto de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción 2003, disponible en internet https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

¹⁵Véase Álvarez A., Juan y Escobar O., Ricardo, "Antecedentes y bien jurídico del soborno transnacional en Colombia" en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis, núm. 56, 2016, pp. 229-266.

El recuento anterior deja traslucir la preocupación por la prevención y represión de la corrupción y de manera particular, del soborno en el ámbito de las transacciones internacionales y ello lo demuestra el hecho que organizaciones como ONU, la OEA y la OCDE se hayan ocupado del problema y que dichos organismos internacionales hayan expedido sendas convenciones orientadas al control de diversas prácticas consideradas corruptas.

1.3. Antecedentes en Colombia.

Para que sirva como marco de referencia en el los análisis que se harán más adelante, paso a ocuparme de los distintos instrumentos legales en los cuales se ha regulado el soborno transnacional en el ordenamiento jurídico colombiano:

Convención Interamericana, Ley 412 de 1997 y Sentencia C-397 de 1998.

El Congreso de la República de Colombia aprobó la “*Convención Interamericana contra la corrupción*” a través de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, la cual fue declarada exequible mediante la Sentencia C-397 de 1998¹⁶.

La Corte Constitucional en su momento recalcó la importancia de la convención que se examinaba, considerando que la misma “*compromete a los Estados-Partes en la adopción de mecanismos, normas y medidas de carácter preventivo, que irradian la gestión de los funcionarios públicos, haciendo posible que ellos se apropien y practiquen (...) normas de conducta [que garanticen el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.]*”

¹⁶Corte Constitucional Sentencia C-397-98 MP. Fabio Morón Díaz. Disponible en internet en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-397-98.htm>

En el análisis que hace la Corte Constitucional en relación con el soborno transnacional, se afirma que *“no se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento penal, pues no existe en el mismo norma que tipifique como delito”* sin embargo indica que *“el acto de ofrecer u otorgar **a un funcionario público de otro Estado**, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en el él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, cómo dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”* es equiparable en ordenamiento punitivo nacional a *“un tipo penal que castiga esas conductas cuando se dirigen a los servidores públicos de nuestro país”*, que para aquella época era el consagrado en el Artículo 143 del Código Penal *“el cohecho por dar u ofrecer”* (subrayas y negrillas propias del texto)

Según criterio de la Corte Constitucional la figura examinada, esto es, el soborno transnacional, no se perfeccionaba ampliando el contenido del Artículo 143 de nuestro Código Penal, *“de manera tal que la expresión “servidor público” que en él se utiliza, se extienda e incluya a partir del perfeccionamiento del instrumento multilateral, a los funcionarios públicos internacionales...”* porque dicha decisión *“de conformidad con nuestra Constitución Política, le corresponde de manera exclusiva e indelegable al legislador colombiano, según lo establecen los numerales 2 y 10 del artículo 150 de la Carta Política.”*

De lo anterior se infiere, que la Corte Constitucional, de forma acertada entendió que la incorporación de la Convención Interamericana no implicaba automáticamente la tipificación del soborno transnacional en tanto que para que ello

podiera ocurrir era necesario que el Congreso de la República -principio de reserva de ley-¹⁷ tipificara el delito de soborno transnacional.

Posteriormente, fue con la expedición de la Ley 599 de 2000 que se incorporó al ordenamiento penal el tipo autónomo de soborno transnacional¹⁸, el cual ha tenido modificaciones a través de las Leyes 1474 de 2011 y 1778 de 2016, a las cuales se hará referencia en el aparatado correspondiente.

Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Ley 800 de 2003 y sentencia C-962 de 2003.

La Ley 800 de 2003 incorporó al ordenamiento jurídico Colombiano la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual, en su Artículo establece el compromiso de adoptar las medidas tendientes a tipificar el soborno transnacional así:

“2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.”

¹⁷El principio de legalidad supone que solo la ley, más precisamente la ley penal, puede crear delitos y esa facultad está corresponde al Congreso de la República. Al respecto, véase con referencias a la legislación española, García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, pp.781-783, 2006.

¹⁸ Soborno transnacional. 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.

Conviene resaltar que en relación con la creación de tipos penales, la Corte Constitucional reiteró el principio de reserva de ley al que se aludió en apartado anterior, en los siguientes términos:

“(…) las disposiciones establecidas tanto en la Convención como en el Protocolo, se encuentran subordinadas a las regulaciones del derecho interno y a la adopción en nuestro ordenamiento penal de los tipos y sanciones acordados en los instrumentos internacionales y, en todo caso, ninguna de las disposiciones contenidas en el Convenio objeto de control podrá afectar en nada el plexo de garantías a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad.”¹⁹

Convención de las Naciones Unidas, Ley 970 de 2005 y Sentencia C-172 de 2006.

El Congreso de la República de Colombia aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), mediante la Ley 970 de 13 de julio de 2005, la cual fue declarada constitucional mediante la Sentencia C-172 de 2006²⁰. La Corte Constitucional consideró que dicho instrumento internacional “es compatible con la Carta Política y, en buena medida, constituye un desarrollo acertado de distintos principios y valores constitucionales especialmente el adecuado ejercicio de la función administrativa, la protección del patrimonio del Estado y el fortalecimiento de las instancias democráticas de participación ciudadana.”

¹⁹Corte Constitucional, sentencia C -962 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra. Visto en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-942-03.htm>

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C -172 de 2006, MP: Jaime Córdoba Triviño, disponible en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-172-06.htm>

En la misma Sentencia dijo la Corte Constitucional que *“la obligación del Estado colombiano de implementar instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, dirigidos a la prevención de la corrupción es consecuencia natural de los postulados constitucionales que propugnan por la transparencia en el ejercicio de la función pública como condición necesaria para el debido funcionamiento del sistema democrático. Así, la justificación misma del Estado Social de Derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos”*.

La misma corporación, al analizar el Capítulo 3 de la CNUCC, se refirió a las diversas conductas constitutivas de corrupción que los Estados Parte se comprometen a tipificar como delito. Al respecto, señaló:

“(…) el legislativo nacional ha cumplido en buena medida con las obligaciones sobre tipificación de las conductas constitutivas de corrupción. Así, advertida por el legislador la importancia que desde la perspectiva constitucional adquieren los bienes jurídicos relacionados con la administración pública, el actual ordenamiento criminal prevé un grupo de tipos penales dirigidos a sancionar comportamientos análogos a los señalados por el instrumento internacional sujeto a examen. Entre estos delitos se encuentran las distintas modalidades de peculado (Arts. 397 a 400 C. Penal), la concusión (Art. 404 C. Penal), el cohecho propio, impropio y por dar u ofrecer (Arts. 405 a 407 C. Penal), la violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 408 C. Penal), celebración o liquidación de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (Art. 410 C. Penal), el tráfico de influencias de servidor público (Art. 411 C. Penal), el enriquecimiento ilícito (Art. 412 C. Penal), el prevaricato por acción o por omisión (Arts. 413 y 414 C. Penal) y los diferentes tipos de abuso de autoridad y del ejercicio de la función pública (Arts. 416, 417 y 428)”,

no obstante, fue nula la referencia al delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros, y funcionarios de organizaciones internacionales públicas.

Y aunque dijo que *“la Convención prevé la obligación de sancionar penalmente otras conductas”* tampoco aludió al delito de *“soborno de funcionarios públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas”* y sólo hizo alusión a las *“relacionadas esencialmente con el soborno a particulares”*, que aunque *“no están tipificadas por el ordenamiento nacional... hacen parte de la libertad de configuración legislativa...”*

Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico-OCDE-, la Ley 1573 de 2012 y la Sentencia C-944 de 2012.

La Convención de la OCDE²¹ *“para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”* fue aprobada en Colombia mediante la Ley 1573 de 2012, y declarada exequible mediante Sentencia C-944 de 2012²².

En la Sentencia C-944 de 2012 la Corte Constitucional analiza de manera general las diversas implicaciones de la corrupción, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

“La corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado social de Derecho, pues vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando

²¹Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997

²²Corte Constitucional sentencia C-944de 2012, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública: 1. Desde el punto de vista político, la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos, quienes se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas... 2. Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad... facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa. 3. Desde el punto de vista administrativo público, este fenómeno hace que los recursos públicos se desvíen hacia los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo cual disminuye la cantidad gastada en fines públicos, especialmente en educación y salud... Adicionalmente, la reducción de la inversión y del gasto público, ocasionada por la corrupción, afecta directamente el desarrollo económico a largo plazo... 4. Desde el punto de vista jurídico, la corrupción afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública, es decir, el funcionamiento del Estado de acuerdo a los principios de la función pública, en especial de la objetividad, la imparcialidad, la legalidad y la eficiencia”.

Al adentrarse en el análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, dijo la Corte Constitucional que el mismo es “compatible con la Constitución, al sancionar conductas punibles lesivas de valores constitucionales fundamentales como el orden económico, la igualdad de los competidores, la corrección del tráfico económico

internacional y la imparcialidad...” con lo cual, en este aspecto particular, la Corporación apunta a que los bienes jurídicos protegidos por este tipo penal son más de connotación económica y de competencia comercial, no obstante también se procure proteger la imparcialidad de la administración pública, aspectos de los cuales nos ocuparemos con mayor detalle más adelante.

CAPÍTULO 2. BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL

2.1. Anotaciones previas sobre la evolución legislativa del soborno transnacional

Antes de analizar el tema del bien jurídico, es pertinente señalar que desde su inicial tipificación el delito de soborno transnacional se ha mantenido dentro del Título XV del Código Penal Colombiano, relativo a los delitos contra la administración pública. De hecho las distintas modificaciones que se han hecho al delito no han incluido un cambio en su ubicación dentro del Código Penal, aspecto que vale la pena resaltar para las consideraciones sobre el bien jurídico.

Como ya se vio el origen de este tipo penal data de la aprobación por parte el Congreso de la República, de la “Convención Interamericana contra la corrupción” a través de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, con el fin de combatir conductas de corrupción que trascienden fronteras nacionales.

Posteriormente, trasladando una norma de carácter internacional al ordenamiento penal, con la expedición del Código Penal (Artículo 433 de Ley 599 de 2000), se tipificó el delito de soborno transnacional cuyo texto original era el siguiente:

“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.”

El Artículo 433 del Código Penal fue modificado por el Artículo 30 de la Ley 1474 de 2011, en busca de ajustar la legislación colombiana a lo previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción, quedado de la siguiente manera:

“El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial (...)

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o

judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Como puede apreciarse los cambios refieren a los sujetos activo y pasivo de la conducta y al verbo rector. Mientras en el artículo original el sujeto activo era calificado en el sentido de que tenía que ser un nacional colombiano o un sujeto con residencia habitual en el país, en la nueva disposición el sujeto puede ser cualquier persona sin importar la nacionalidad ni el lugar habitual de residencia.

En cuanto a la conducta se agregó el verbo rector *dar*, quedando un tipo penal de conducta alternativa consistente en dar, prometer u ofrecer al servidor público extranjero.

Y en cuanto al sujeto pasivo de la conducta se cambió el *funcionario público de otro Estado* por de *servidor público extranjero* y de delimitó como se observa en el párrafo el alcance de dicho concepto.

De otro lado, el Artículo 33 de la Ley 1474 de 2011, introdujo una circunstancia de agravación punitiva que cobija también al delito de soborno transnacional.²³

²³Art. 33 ley 1474 de 2011: “Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.”

Recientemente el Artículo 433 del Código Penal Colombiano fue nuevamente modificado por la Ley 1778 de 2016²⁴ y es consecuencia de las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE, formuladas en 2012, como parte de las acciones emprendidas por el Estado Colombiano con miras a ingresar al grupo de países de esta organización internacional. El Grupo de trabajo sobre Cohecho, concluyó que en el Código Penal existían una serie de vacíos que impedían la implementación plena de la Convención de la OCDE.²⁵ Entre dichos vacíos en particular señalaron la necesidad de ampliar el concepto de servidor público extranjero y ampliar el alcance de la expresión transacción económica internacional. De este modo, actualmente, se contempla el delito de soborno transnacional, así:

“Artículo 433: El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional (...)

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función

²⁴ En el encabezado se lee: “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”

²⁵ Véase exposición de motivos en Véase Gaceta del Congreso en <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”

2.2. Bien jurídico.

2.2.1. Correcto funcionamiento de la administración pública.

Pese a que el delito de soborno transnacional, previsto en el Código Penal, en el Artículo 433 del Capítulo XI, *“De la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública”* se ubica dentro citado Título XV del Código Penal, no parece muy claro que sea el correcto funcionamiento de la administración pública lo que con la incriminación de soborno transnacional se pretenda proteger.

Si se acepta, y es el punto de visita que en este trabajo se defiende, que en el Título XV del Código Penal lo que se protege es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendiendo que ello a su vez se concreta en la necesidad de la Administración se desempeñe conforme a los principios de *legalidad, imparcialidad y objetividad* no parece que el soborno transnacional pueda ser una conducta que afecte ese bien jurídico, por cuanto el sujeto pasivo de la conducta es un servidor público extranjero y además porque la tipicidad está limitada a que el soborno se realice en el ámbito de un negocio o transacción internacional.

En el derecho comparado, una de las autoras que quizás con mayor precisión ha esbozado el punto de vista sobre el bien jurídico es Olaizola Nogales, quien al respecto señala:

“Desde mi punto de vista, sin embargo, el error de estas teorías no es tanto el considerar a la Administración de manera global, en vez de diferenciar las diversas funciones, sino poner el acento precisamente en la propia actividad del Estado, sin tener en cuenta que lo relevante a efectos penales es considerar a la Administración, y a la actividad y funciones que desempeña como un ente prestacional, es decir, en palabras de GARCÍA ARÁN, lo que deba entenderse, por ejemplo, “por función jurisdiccional en el delito de prevaricación ha de partir del análisis de las funciones del Estado en nuestro actual marco constitucional y su desarrollo, y sobre todo, del contenido del Estado social y democrático de Derecho como generador de prestaciones: y obliga a entender la corrección de las funciones públicas desde el punto de vista del contenido de lo que se presta, sus fines y su beneficio para el administrado”²⁶.

Olaizola Nogales destaca que el correcto funcionamiento de la Administración como bien jurídico, se debe entender a partir de la relación ciudadano-Estado (Administración pública), y por tanto lo que subyace a la prohibición penal es el interés de que la administración funcione correctamente en tanto que es la manera de cumplir con la finalidades prestacionales en favor de los administrados. Así pues, según la citada autora:

“...lo que quiere decir es que la Administración pública se protege en cuanto que sirve de una forma concreta (la establecida en la Constitución) a unos intereses generales,

²⁶Olaizola Nogales, Inés, *El delito de Cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p.84

no a los intereses sectoriales de un grupo de gobierno, o de un partido político, sino a los intereses de todos los ciudadanos. Es lo que GARRIDO FALLA califica como “eficacia indiferente” o neutralidad política de la Administración, para poner de presente que la actuación correcta de la Administración es aquella que es objetiva, independientemente de que favorezca o perjudique al gobierno que está en el poder. Por lo tanto la administración pública no es un bien jurídico estrictamente formal que mantenga una relación desvinculada de los ciudadanos, sino al contrario, al afirmar que se protege la función pública se está indicando que se protege el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos.”²⁷

Una concepción similar de este bien jurídico, con diversos matices, es la que en términos generales adopta la doctrina Colombiana y también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no obstante que en algunas ocasiones no se hace tanto énfasis en que lo que debe privilegiarse es la relación ciudadano-Estado y la afectación que para la misma pueda significar la realización de algunas de las conductas previstas en el Título correspondiente a los delitos contra la Administración Pública.²⁸

Ahora bien, si el soborno transnacional se configura en aquellos casos en los que a un *servidor público extranjero* se le ofrece soborno en una transacción económica o comercial por parte de cualquier persona, en este caso, cualquier residente en el

²⁷Ibíd. p. 84-85.

²⁸Por la doctrina colombiana véanse; Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal*. Bogotá, Editorial Leyer, 2003; Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008; Peña Ossa, Erleans, *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005. De la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia pueden consultarse entre muchas otras, las sentencias: Radicado: 40933 MP Gustavo Enrique Malo Fernández y Radicado 34.282 MP, Frenando Alberto Castro Caballero.

territorio Colombiano, no se afecta que el correcto funcionamiento de la Administración Pública Colombiana, siempre y cuando se conciba el bien jurídico en la forma antes indicada.²⁹ Las razones son: por un lado no es un servidor público colombiano (Artículo 20 Código Penal), el destinatario de la ilícita oferta y tampoco se trata de un extranjero que pudiera desempeñar alguna función relacionada con la Administración Pública Colombiana, pues lo que se tipifica es el soborno en el ámbito de un negocio o transacción internacional.

Gómez Méndez y Gómez Pavajeau entienden que lo que se tutela es el la Administración Pública que en este caso se ve afectada por lo que denominan “*deformación del instituto funcional*” y concretamente para el soborno transnacional en tanto que se desvía del interés general y los fines estatales³⁰. Otros autores en cambio, como es el caso de Molina Arrubla, Peña Ossa y Fabián Caparrós rechazan que lo protegido sea la Administración Pública Colombiana.³¹

2.2.2. Libre mercado y la función pública.

²⁹En este sentido Fabián Caparrós, Eduardo A. “El delito de corrupción transnacional en el derecho colombiano frente a los compromisos internacionales”. En Francisco J. Sintura Varela y Nicolás Rodríguez (editores). *El Estado de derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

³⁰Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, cit.pp.67-68

³¹En sentido similar, Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública. Conforme con el Nuevo Código Penal*, cit. p. 615, quien al respecto que el tipo penal del artículo 433 no está llamado a proteger, ni siquiera de manera indirecta el “bien jurídico Administración Pública”; Peña Ossa considera que lo protegido es la administración desde la perspectiva del derecho internacional, cit. pág., Por su parte Fabián Caparrós: “...la conducta descrita en el artículo 433 no constituye un delito contra la Administración Pública colombiana, sino contra el orden socioeconómico, incidiendo directamente sobre las bases de la competencia en el contexto del mercado internacional” p. 208. Incluso propone: “...sería mucho más correcto anidar este delito entre los recogidos en el título X, dedicados a los que atentan contra el orden económico y social, tal vez crenado un capítulo propio, como hizo en su momento el legislador español en el año 2000 con la introducción del viejo artículo 445 bis del Código Penal”

En la doctrina española se encuentran diversas posturas sobre el bien jurídico en el delito de soborno transnacional, a las cuales se hará referencia, teniendo en cuenta que el tipo penal del código penal español³² es bastante similar al del Código Colombiano.

Así, por ejemplo Cugat Mauri³³, entiende que lo protegido es el libre mercado y la función pública, en tanto que quien soborna a un funcionario público, por una parte adquiere una ventaja ilícita sobre los demás competidores y al mismo tiempo afecta –más bien podría decirse que pone en peligro- la imparcialidad y la objetividad de la función pública.

Es decir que en la perspectiva de la mencionada autora se trataría de un delito pluriofensivo, postura compartida por otros en España como es el caso de De la Cuesta y Blanco Cordero, quienes al respecto manifiestan: *“En realidad, estamos ante un delito de mercado carácter pluriofensivo, consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia. Con*

³²Así está redactado el artículo 286 del Código penal español: “1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.”

³³Citada por Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, *cit.*

este precepto se tutelan por ello tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible, como señalamos, cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas.”³⁴

Por las razones que más adelante se expondrán considero que el bien jurídico que se protege en el caso del Artículo 433 del Código Penal Colombiano es el orden socioeconómico y de manera particular la libre competencia, pero no creo que el delito esté orientado a proteger directamente la imparcialidad y la objetividad de los servidores públicos internacionales.

Olaizola Nogales, no considera que se trate de un bien jurídico pluriofensivo, pero parece coincidir con los autores antes mencionados en cuanto que en su opinión lo que se protege es el correcto ejercicio de las funciones públicas a nivel internacional y esa corrección depende de la objetividad e imparcialidad con al que actúen dichos servidores.³⁵

Por su parte Rodríguez Puerta, critica la postura que defiende que lo que se protege es el correcto ejercicio de las funciones públicas a nivel internacional, afirma: “...*si la finalidad perseguida con el artículo 445 bis fuera tutelar la actividad pública desempeñada por los órganos internacionales no debería haberse limitado el objeto del acuerdo entre funcionario y particular a los contratos o beneficios relacionados con la actividad económica*

³⁴De la Cuesta Arzamendi, J.L. y Blanco Cordero, I “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales e internacionales”, Revista de ciencias penales, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29. Disponible en [internet en: http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+53+Los+nuevos+delitos+de+corrupcion+en+las+transacciones+comerciales+e+internacionales.pdf](http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/A+53+Los+nuevos+delitos+de+corrupcion+en+las+transacciones+comerciales+e+internacionales.pdf)

³⁵Olaizola Nogales, Inés, “Delitos de corrupción en la transacciones comerciales internacionales”, en: *Enciclopedia Penal Básica*, (Luzón Peña. Dir.), Granada, Comares, 2002, p.477.

*internacional. Sino que, por el contrario, con ocurre en relación con los funcionarios nacionales, la conducta constitutiva de delito debería tomar como punto de referencia la propia existencia de un pacto ilícito entre funcionario y particular”*³⁶ Luego de lo cual la citada autora concluye que se trata de un delito en el cual no parece claro cuál es el *leiv motiv* de este delito.³⁷

En Colombia Castro Cuenca y Henao Cardona, indican que el bien jurídico tutelado en la corrupción en las transacciones comerciales internacionales *“es la competencia, pero también la imparcialidad.”*³⁸

La Corte Constitucional entiende que el delito de soborno transnacional protege prácticamente todo lo que dice la doctrina. En efecto, en la Sentencia C-944 de 2012³⁹ dijo que es una conducta punible es de carácter pluriofensivo y lesiva de *“valores constitucionales fundamentales como el orden económico, la igualdad de los competidores, la corrección del tráfico económico internacional y la imparcialidad”*

2.2.3. El orden socioeconómico y en particular la libre competencia.

³⁶Rodríguez Puerta, María José. “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.p. 2170.

³⁷Ibid. p.2170

³⁸Castro Cuenca, Carlos y Henao Cardona Luis F., “Urbanización ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción”, en Manual de *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis y Editorial Universidad del Rosario, 2011. Sostienen estos autores: “Sin embargo si analizamos el bien jurídico de la administración pública en un sentido prestacional y no de mera relación entre el funcionario y la institución, la nacionalidad del funcionario perderá importancia y por ello acogemos la postura que frente al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales han aceptado Blanco Cordero y De la Cuesta Arzamendi, para quienes el bien jurídico tutelado en este delito es la competencia, pero también la imparcialidad” (p.412-413)

³⁹ Corte Constitucional sentencia C-944-12 cit.

Varios de los autores citados reconocen que el delito un marcado carácter socioeconómico, aunque admiten como ya se vio otros bienes jurídicos como objetos de protección en el mencionado delito.

En mi opinión, le asiste razón a Fabián Caparrós, quien en su comentario sobre el Artículo 433 del Código Penal Colombiano de manera muy precisa explica que se trata de un delito de naturaleza económica: *“Ciertamente la estructura principal del tipo recuerda extraordinariamente al cohecho activo clásico, pero en el presente caso se trata de una conducta que se aproxima mucho más al ámbito de la delincuencia económica y , en especial, al de la libertad y lealtad de la competencia en las relaciones internacionales”*⁴⁰

Considero que es correcta la postura que defiende que lo protegido de manera inmediata es el orden socioeconómico y específicamente a la libre competencia. Ello porque el acento de la conducta prohibida está puesto en que se soborne al funcionario público extranjero que necesariamente haya de participar en una transacción o negocio internacional relacionado con sus funciones eso demuestra que lo que se quiere asegurar es que los competidores en un mercado globalizado, participen en igualdad de condiciones, por su méritos, en virtud de sus ventajas competitivas y comparativas derivadas de actividades lícitas en ese mercado y obtengan los beneficios que de ello se derivan, pero que en ningún caso obtenga una posición ventajosa en el tráfico económico y mercantil globalizado a partir del soborno de servidores públicos internacionales.

En este sentido se comparte también lo dicho por Rodríguez Puerta en relación con este delito en el código español, pero que es perfectamente aplicable al Artículo 433

⁴⁰Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)”, cit. p. 192.

del Código Penal Colombiano. Para la citada el núcleo de lo injusto –de la conducta dice la autora- no es el pacto ilícito entre el servidor público y el particular, sino que este pacto esté relacionado con una actividad económica internacional y por tanto: *“Al no haberse previsto de ese modo, el lugar sistemático adecuado para incorporar este ilícito debería haber sido, atendiendo el bien jurídico, el título dedicado a los delitos socioeconómico.”*⁴¹

En conclusión, considero que el bien jurídico protegido en el Artículo 433 del Código Penal Colombiano es la libre competencia que hace parte del orden socioeconómico como un bien jurídico más amplio.⁴²

⁴¹Rodríguez Puerta, María José. “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, *cit.*p. 2166.

⁴²Sobre el concepto de delitos económicos pueden consultarse: Bajo Fernández, Miguel, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, 1ª Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1978; Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina., *Derecho Penal Económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001 y Tiedemann, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

**CAPÍTULO 3. CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE SOBORNO
TRANSNACIONAL DEL ARTÍCULO 433 DEL CÓDIGO PENAL
COLOMBIANO**

El Artículo 433 del Código Penal Colombiano —modificado por la Ley 1778 de 2016, tipifica el delito de soborno transnacional así:

“ART. 433. —El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO—Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones

políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Como se dejó dicho en el capítulo referido al bien jurídico, el delito de soborno transnacional es un delito que afecta el orden socioeconómico, específicamente la libre competencia, aspecto que resulta importante destacar en este apartado debido a que servirá de guía para el análisis de los elementos del delito del que se ocupará este apartado:

3.1. Sujeto activo del delito.

A partir de la Ley 1474 de 2011 que modificó el delito de soborno transnacional, cualquier persona puede ser sujeto activo de esta modalidad de corrupción, a diferencia de lo que ocurría en el Artículo original de la Ley 599 de 2000, en el cual se la conducta típica solo podía ser realizada por una persona de nacionalidad colombiana o un extranjero con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo⁴³.

⁴³Cfr. Alfonso Gómez Méndez, Carlos Arturo Gómez Pavajeu, *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 604. Como lo disponía la primera redacción del artículo 433 de la Ley 599, que casi transcribió

No obstante, debe precisarse que en caso de que el sujeto activo sea un servidor público la conducta será agravada cuando se trate de servidores públicos pertenecientes a organismos de control del Estado⁴⁴. De conformidad con el Artículo 117 de la Constitución Política colombiana son organismos de control la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, este último es ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes de ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales y por los personeros municipales (Art. 117 Const. Pol.).

Cabe anotar que esta circunstancia de agravación fue incorporada por la Ley 1474 de 2011 para los delitos de estafa, abuso de confianza calificado, lavado de activos y para la mayoría delitos contra la administración pública. Si se tiene en cuenta que la estafa y el abuso de confianza son delitos contra el patrimonio económico y que el lavado de activos se ubica dentro de los delitos contra el orden socioeconómico⁴⁵, y los demás delitos a los que se aplica la agravante están encaminados a proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en principio, no parece que

literalmente el artículo VIII de la *“Convención Interamericana contra la corrupción”* que restringía y solo penaba a los nacionales o a quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ejecutara la conducta, lo cual hacía prevalecer *“la condición personal del sujeto sobre el lugar de comisión de la conducta”* es decir *“el principio de personalidad que en el de territorialidad”*. Sobre este particular, Fabián Caparros, Eduardo A. Fabián Caparros *“El delito de corrupción transnacional en el Derecho Colombiano frente a los compromisos internacionales”* cit., p. 194.

⁴⁴ Artículo 33 de la ley 1474 de 2011: *“Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.”*

⁴⁵ Con observaciones críticas muy importantes sobre el bien jurídico en este delito véase Arias Holguín, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Artículo 301 CP)*. Madrid, IUSTEL. Universidad de Antioquia, 2011, pp.133-230.

la redefinición del bien jurídico que en este trabajo se defiende para el soborno transnacional, suponga necesariamente que deba implicarse la agravante, puesto que el fundamento en la misma no parece estar centrado en el hecho de que se trate de un delito contra la administración, sino más bien en el tipo de funciones encomendadas a estos servidores públicos.

Es obvio que estos servidores públicos y que cualquier funcionario de estos organismos que tenga competencia en la celebración contratos, negocios o transacciones de índole internacional y que pretenda sobornar a un servidor público extranjero, sería sujeto activo del tipo penal sometido al incremento punitivo mencionado.

Cabe precisar que el sujeto pasivo de la conducta en este delito sería el *servidor público extranjero*, cuya responsabilidad en los casos en los que acepte o reciba el soborno será objeto de comentario más adelante en este mismo trabajo.

3.2. Sujeto pasivo del delito.

Entendiendo que el sujeto pasivo de la conducta es el titular del bien jurídico protegido y considerando que en el capítulo precedente se ha dado cuenta de que en la doctrina se han identificado distintas posturas sobre el bien jurídico, ello supondrá que también pueden existir divergencias interpretativas en relación con este elemento del delito.

Así, quienes consideran que lo que se protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública, tendrían que concluir que el sujeto pasivo es el Estado o la entidad pública afectada con la conducta, o bien la comunidad, más precisamente,

los ciudadanos como destinatarios de la actividad prestacional de la Administración Pública.

En cambio, para quienes el bien jurídico protegido es la imparcialidad y la transparencia de los funcionarios públicos internacionales y el correcto ejercicio de las funciones públicas a nivel internacional el sujeto pasivo de la conducta sería la administración pública internacional y los órganos o entidades que la componen y que pueden resultar afectados con la realización de alguno de los verbos rectores del delito de soborno transnacional

En relación con el orden socioeconómico y una de sus manifestaciones concretas, esto es, la libre competencia, como bien jurídico protegido en este delito, el sujeto pasivo lo conformarán aquellos agentes que participan en el tráfico jurídico comercial y económico que pueden ver afectado su interés a participar en condiciones de igualdad y conforme a sus méritos en los negocios o transacciones internacionales.

Consecuente con la postura asumida en este trabajo acerca del bien jurídico, esto es, el orden socioeconómico, específicamente la libre competencia, entendida como la posibilidad de que los agentes participen en condiciones de igualdad en los negocios internacionales, a condición de que se entienda que es el orden socioeconómico interno el bien jurídico protegido y en este sentido el sujeto pasivo lo conformarían aquellos agentes que se ven afectados con la conducta en relación con transacciones internacionales respecto de las cuales el Estado Colombiano tiene jurisdicción.

3.3. Servidor público extranjero como sujeto pasivo de la conducta.

Los servidores públicos internacionales a que se refiere el Artículo 433 del Código Penal., se pueden agrupar de la siguiente forma:

a. Persona que tenga un cargo de elección o nombramiento en los ámbitos legislativo, administrativo o judicial en un Estado. Esta clasificación corresponde a lo que se podría denominar división del poder estatal en los estados modernos de derecho. Categoría que agruparía, de acuerdo con la división política del Estado de que se trate, a funcionarios que en principio tienen competencia, jurisdicción dentro de todo el territorio de un Estado.

b. Persona que tenga un cargo de elección o nombramiento en los ámbitos legislativo, administrativo o judicial en subdivisiones políticas de un Estado o autoridades locales. Es una clasificación que obedece a la división en unidades políticas territoriales o subnacionales dentro del territorio de un estado. Aquí quedaría agrupados funcionarios que en principio solo tienen competencia o ejercen jurisdicción o desempeñan funciones solo en una porción del territorio de un Estado, de acuerdo a la división política y territorial del mismo y a las leyes especiales que regulen la materia.

c. Toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera.

Corresponde a una clasificación en la que se incluirían funcionarios de empresas, o entidades estatales nacionales o territoriales, en las cuales el Estado tiene por regla

general participación mayoritaria, o en todo caso, control y poder decisión dentro del organismo público o empresa estatal.

El concepto de función pública en general se refiere a todo el conjunto de actividades tendientes a realizar los fines estatales.

En cuanto al alcance del elemento normativo de jurisdicción extranjera, ha de entenderse desde una acepción no como función de un órgano supranacional que hace justicia, sino que debe entenderse como una entidad que técnicamente no son Estados, como los territorios autónomos y las zonas francas independientes.⁴⁶

d. Funcionario o agente de una organización pública internacional:

De acuerdo con Ureña⁴⁷, son cuatro los criterios que permiten definir una organización internacional:

- a) *Entidad compuesta de Estados*
- b) *Con fundamento en un instrumento constitutivo*
- c) *Que cuenta con una voluntad distinta a la de sus Estados miembro*
- d) *Regida por el derecho internacional"*

El precitado autor define cada uno de estos elementos de la siguiente forma:

⁴⁶Exposición de motivos, proyecto de Ley 159 de 2014, Cámara de Representantes, ver en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=159&p_consec=40551.

⁴⁷Ureña, René, *Derecho de las Organizaciones Internacionales*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2008, pp. 1-13

- a) Entidad compuesta por Estados: Las organizaciones internacionales son creadas por los Estados soberanos, no pueden ser personas naturales o individuos, o entidades cuyos miembros sean personas de derecho privado. Así las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las compañías multinacionales al no contar con Estados entre sus miembros, no son reguladas por el derecho de las organizaciones internacionales, pero ello no excluye la posibilidad para que algunas de ellas se compongan no de Estados entre sí, sino entre otras organizaciones internacionales, como sería el caso de las Comunidades Europeas (CE) que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y son también miembro fundador de la Organización Mundial del Comercio.

De otra parte también, existe la posibilidad de que ciertas organizaciones internacionales creen órganos en su interior y no por ello serían una organización internacional independiente como la Corte Internacional de Justicia que es un órgano de la ONU, sin personalidad jurídica internacional.

En todo caso si el órgano tiene personalidad jurídica internacional, estaremos ante una organización internacional de carácter independiente.⁴⁸

- b) Con base en un instrumento constitutivo: El instrumento hace alusión al mecanismo mediante el cual se establece el diseño, poderes y órganos de la respectiva organización internacional. Normalmente el instrumento es un tratado, aunque puede ser también una resolución de otra organización internacional como en el caso de la UNICEF, o es posible que la organización

⁴⁸Ibid. pp. 4-7

funcione con un acuerdo informal o un tratado verbal que difícilmente podría ser considerado un tratado cubierto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) , como fue el caso, entre otros, del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (Asian-African Legal Consultative Committee), que funciono como una organización internacional temporal con base en un acuerdo informal.

En todo caso, el elemento fundamental en el instrumento constitutivo de las organizaciones internacionales es esencialmente la manifestación de la voluntad de los estados miembro de crear una organización de tales características.

La manifestación debe hacerse a través de sus representantes legítimos o mediante los mecanismos apropiados de toma de decisiones dentro de la organización internacional que los crea, y debe ser claro el consentimiento soberano de los estados de crear una organización internacional, pues en la actualidad existen entidades a las cuales no se les da dicha denominación, generando zonas grises de interés, como es el caso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) que mantiene en duda el carácter de organización internacional.⁴⁹

- c) Voluntad distinta de la de sus estados. Este tercer elemento hace alusión a que los estados miembros crean una organización para avanzar en sus propios intereses, pero sus órganos son independientes de los Estados

⁴⁹Ibid. pp.7-9

miembro, es decir, que pueden tomar decisiones en contra de su voluntad, inclusive de sus intereses.⁵⁰

- d) Regida por el derecho internacional: Finalmente este criterio define una organización internacional como aquella que precisamente se encuentre regida por el derecho internacional, y ello dependerá del régimen aplicable al instrumento constitutivo, entonces si el instrumento es un tratado o un acto de organización internacional, es posible presumir que la entidad derivada de acto será regida por el derecho internacional.⁵¹

3.4. La conducta prohibida.

El soborno transnacional es un delito de conducta alternativa en tanto que con la realización de uno cualquiera de los verbos rectores previstos en el Artículo 433 del Código Penal, se tipifica el delito: dar, prometer u ofrecer. Estas conductas deben realizarse con la específica finalidad de que el servidor público extranjero realice, omita o retarde un acto relacionado con un negocio o transacción internacional.

Se trata de un delito de conducta alternativa, de mera conducta, en tanto que basta con que el sujeto de, ofrezca o prometa a servidor público extranjero, sin que sea necesario un resultado distinto. El verbo *dar*, es en este caso sinónimo de entregar⁵², que significa, entregarlo algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo⁵³. En este caso se

⁵⁰Ibid. pp- 12-13

⁵¹Ibid. p. 13

⁵² Véase Diccionario de RAE, disponible en internet: <http://www.rae.es/>

⁵³Ibid.

trata de entregar un objeto de valor pecuniario o el beneficio o la utilidad prometidas.

El verbo *ofrecer*⁵⁴ significa comprometerse a dar, hacer algo, y en este caso se trataría de la entrega de ese objeto, beneficio o utilidad a la que se refiere el tipo.

Por último, el verbo *prometer*⁵⁵, según una de los significados atribuidos por el diccionario de la RAE, obligarse a hacer, decir o dar algo, es la que más se corresponde con la descripción típica. En este caso se asemeja a una obligación de hacer algo que permita que el servidor público extranjero obtenga el beneficio indebido como contraprestación para que este realice, omita o retarde un acto relacionado con un negocio o transacción internacional.

Como ya se ha visto, los tres verbos rectores del tipo del Artículo 433 del Código Penal., dar, ofrecer o prometer, deben estar dirigidos a que el servidor público internacional realice, omita o retarde un acto relacionado con un negocio o transacción internacional. En relación con este punto un primer aspecto que resulta relevante destacar es que en este caso pareciera que esta forma de cohecho transnacional, recoge lo que en la legislación colombiana, sería el cohecho por dar u ofrecer.⁵⁶

⁵⁴Ibid.

⁵⁵Ibid

⁵⁶ Artículo 407. Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”. Sobre el delito de cohecho propio e impropio véase... y en la doctrina española, por todos Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit.

En efecto, la conducta consistente en dar, ofrecer o prometer al servidor público extranjero un beneficio indebido a cambio de que este omita o retarde un acto relacionado con una transacción internacional –que en todo caso, de manera general, sería un acto propio de su cargo- correspondería, si se tratara de una conducta realizada en el ámbito doméstico, a una de forma del cohecho por dar u ofrecer (Art. 407 cp.) que precisamente consiste en que se dé u ofrezca dinero u otra utilidad a un servidor público colombiano (Art. 20 CP)⁵⁷ para que este retarde u omita un acto propio de su cargo o para que ejecute uno contrario a su deberes oficiales (cohecho propio Art. 405) o para que realice un acto propio de sus funciones (cohecho impropio Art. 406).

El otro aspecto importante para destacar es el relativo a que la conducta del servidor público extranjero debe estar relacionada con un negocio o transacción internacional. Es claro que el tipo penal limita la punibilidad de la conducta en el sentido de que no se trata de que realice omita o retarde cualquier acto relacionado con su cargo, sin, de manera muy específica solo con un aspecto de este: el relacionado con negocios o transacciones internacionales en las que el servidor público deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones. Este aspecto es el que permite ratificar la idea de que lo protegido en este delito es el orden socioeconómico, pues de lo contrario no tendría sentido que el soborno

⁵⁷El artículo 20 establece: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos 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 de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.”

transnacional se limitara solo a los supuestos en los que está de por medio un negocio o transacción internacional.

El concepto de *negocio o transacción internacional* reviste un indudable contenido económico debido a que la idea de transacción económica implica el intercambio de bienes, servicios y prestaciones, cuya característica definitoria es que son valorables en dinero. Es en este sentido que el soborno debe en última instancia se orienta a obtener una ventaja competitiva en forma indebida, poniendo en condiciones de inferioridad a otros agentes que pudieran tener interés en dicho negocio o transacción internacional. Al respecto Fabián Caparrós advierte: *“Ésta finalidad comercial debe entenderse de modo que solo se castiguen aquellos actos directamente orientados a la consecución del negocio o de la ventaja, quedando por fuera todos aquellos sobornos orientados pura y simplemente a impulsar al funcionario a que cumpla con sus obligaciones rutinarias –trámite de autorizaciones, expedición de licencias o permisos, etc.–, salvo que de ellos dependa de manera esencial el logro o la conservación del negocio internacional.”*⁵⁸

3.5. Objeto material de la conducta.

El Artículo 433 del Código Penal, hace alusión a que lo dado u ofrecido sea cualquier suma de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario o cualquier otra utilidad, por lo que no habría discusión sobre la naturaleza o contenido económico o patrimonial del soborno transnacional, pues lo que se busca es anular las contraprestaciones económicas o pecuniarias ofrecidas a un servidor público

⁵⁸Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)”, cit. 205-206

extranjero en cumplimiento de sus funciones como dinero, bienes varios, objetos valiosos etc., y no las de otra naturaleza.

De acuerdo empleados la Convención de la OCDE, ha de entenderse que las dadivas u ofrecimientos generen en un agente público extranjero no solo son “cualquier beneficio indebido, pecuniario” sino “de otra clase”. En este sentido la interpretación de lo que el Convenio OCDE describe como “de otra clase” y el tipo penal describe como “cualquier otra utilidad” abarcaría no solo todo tipo de ventaja material o económico, sino también las inmateriales que puedan representar un provecho o ventaja personal o corporal para el servidor público extranjero.

4. TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES

En cuanto a la estructura típica del de soborno transnacional, este tipo penal tiene mayores semejanzas, entre los diferentes tipos de cohecho, propio e impropio o por dar y ofrecer con este último, ya que no se sanciona penalmente al servidor público como tal, ni nacional ni extranjero, que acepte promesas y/o reciba dinero para realizar una conducta ilegal violando la ley o para cumplir con su deber legal; sino que se castiga es la conducta delictuosa de un sujeto indeterminado que dé, prometa u ofrezca –con una variante, también al que prometa- a un servidor público extranjero, dinero u objeto pecuniario u otro beneficio o utilidad para que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional.

En cuanto al bien jurídico, si bien en el delito de soborno transnacional se necesita para su configuración de la participación de un servidor público extranjero, no cabe duda que este tipo penal, por sus antecedentes nacionales e internacionales y por su regulación legal interna, se orienta es a la protección de intereses en contextos económicos y comerciales, y aunque por su ubicación sistemática en el Capítulo XI, *“DE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN Y DE INLUENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”* se configure como un tipo de los delitos del Título XV que atentan contra el bien jurídico *“ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”*, lo cierto es que las conductas atribuidas en el

Artículo 433 CP tutelan intereses que poco o nada tienen que ver con éste tipo de delito.

Así, en la marcada y progresiva internacionalización del comercio y de la economía, el país u organismo internacional que genera corrupción a través de sus servidores públicos cuando estos se dejan sobornar, es el que pone peligro su función pública y quien padece directamente los perjuicios políticos y económicos de la conducta.

Entonces, directamente con el delito de soborno transnacional no se está protegiendo la propia administración y/o el ejercicio de la función pública nacional; tampoco extensivamente se puede proteger la administración pública de una nación extranjera aunque sea la directamente perjudicada con el comportamiento de sus servidores, pues “el bien jurídico que legitime la intervención no podrá serlo la administración pública del país o del organismo internacional al que pertenezca el funcionario, cuya tutela no debe corresponder a un Estado extranjero”, como concuerdan Eduardo A. Fabián Caparrós y Carlos A. Manfroni⁵⁹; y así, en consecuencia, tampoco pueda considerarse que se pueda resguardar la administración pública como un bien jurídico de amparo común entre dos naciones.

De ser el objeto material de tutela del soborno transnacional la anulación (prevención) de las contraprestaciones económicas o pecuniarias ofrecidas por un particular, sea un empresario, un contratista, un comerciante, nacional o extranjero, a un servidor público extranjero o de una organización internacional en cumplimiento de sus funciones, para obtener o intentar obtener legal o ilegalmente

⁵⁹ Eduardo A. Fabián Caparrós, “Corrupción y delincuencia económica”, en “la corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)”, cit., p. 1.

beneficios irregulares en los negocios y las transacciones internacionales en las que tenga la discrecionalidad de intervenir, lo consecuente es que la relación que media entre éste y la administración pública nacional sea indirecta o totalmente ajena pues no perjudica la credibilidad del propio estado⁶⁰. No es entonces administración pública colombiana como bien jurídico la que se esté ni lesionando ni protegiendo con el tipo penal de soborno transnacional.

Aunado a ello tampoco podría hablarse de la protección de bienes jurídicos supranacionales como también lo sugiere Caparros⁶¹, en un principio y para el caso colombiano por la tradicional forma dogmática o principialística de abordar el problema del derecho penal lo impide, ya que por la regla general de territorialidad, estipulada en el Artículo 14 del Código Penal, el Estado establece y aplica las normas penales dentro de su ámbito espacial territorial cuando se vulneren los bienes jurídicos tutelados por las mismas en el territorio nacional.

Abordar el problema con dimensiones supranacionales implica desarrollar desde el punto de vista del derecho internacional, la aplicación del principio de jurisdicción universal que atribuye a todos los estados del mundo la facultad de asumir

⁶⁰ En el mismo sentido María José Rodríguez Puerta. “de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales” en “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Quintero Olivares, Director. MORALES PRATS, Fermín Morales Prats, Coordinador. Título XIX BIS, Editorial ARANZADI A THOMSON COMPAÑY, Tercera edición, 2002, P. 1804., y MAROTO Y VILLAREJO – Julio Díaz Maroto y Villarejo “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, el art. 445 del código penal español”, Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, No. 74, mayo agosto 2008. Pag. 202. Visto en <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/354/280>

⁶¹ “la función pública global, competencia global, mercado global” son los bienes protegidos porque “Se trata de una conducta típica que atenta contra las bases que deben sustentar el capitalismo global...” Eduardo A. Fabián Caparros, “Corrupción y delincuencia económica”, en “la corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)”, cit., p. 1.

competencia sobre quienes cometan ciertos delitos que han sido especialmente condenados por la comunidad internacional, como el genocidio, la tortura, o el terrorismo, pero aunque se trate de un delito que atenta contra las bases que sustentan el capitalismo global, la corrupción o soborno transnacional no hace parte de este catálogo.

Por otro lado si es de doble naturaleza el bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pública, como afirma Cugat al señalar *“que cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un cargo de contratación pública, no solo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública”*⁶² análogamente volvemos a lo mismo, la imparcialidad y objetividad de la función pública nacional no se vulnera ni fragmentariamente y si bien es la administración pública de una nación extranjera la que se afecta por los efectos colaterales de la corrupción exportada, ello no faculta la intervención porque su tutela no corresponde al estado Colombiano.

Ahora bien, la corrupción de los funcionarios públicos de naciones extranjeras u organizaciones públicas internacionales hace parte de la fenomenología de la delincuencia económica, de la criminalidad de empresa, de su habilidad y capacidad corruptora en la esfera político-social de las sociedades en el marco de la dinámica económico comercial globalizada, que produce sus efectos en el marco de la misma, cuando se procura obtener posiciones dominantes sobre los negocios, y los mercados económicos y comerciales internacionales a través de este tipo de corrupción.

⁶²Cugat...cit.p.

No se puede olvidar que nuestro orden económico, basado en una economía de mercado, propio de los sistemas capitalistas económicos, está basado entre otras en la libre competencia y su correlativa protección que supone la ausencia de obstáculos entre los competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita⁶³, por lo tanto la dañosidad de la corrupción de funcionarios extranjeros, sin desconocer que afecta al país del funcionario corrupto, afecta principalmente es la competitividad de las empresas de nuestro país que es desde donde se realiza el acto corrupto, pues nuestra industria es la que pierde confianza internacional con la derivada afectación al sistema competitivo nacional⁶⁴.

Y es que es básicamente la competitividad de las empresas es el objetivo que se busca proteger con los distintos instrumentos de derecho internacional público como la convención de la OECD⁶⁵ que es la que exige que cada ordenamiento penal tipifique la conducta para dar respuesta a este tipo de problemática económica.

La asistemática ubicación de este tipo penal puede ser porque hay delitos que están excluidos del derecho penal económico aun cuando se cometan en el marco de

⁶³ Carlos Augusto Oviedo A. "Constitución económica y derecho penal: derecho penal económico en Colombia" en "Cuadernos de Derecho Penal Económico N° 2", Director Hernando A. Hernández Quintero, Universidad de Ibagué. 2008, pp. 49-50.

⁶⁴ Manuel A. Abanto Gómez, en "El derecho ante la globalización y el terrorismo" *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado* Actas del Coloquio Internacional Humboldt", Montevideo abril de 2003, Coordinadores LOSANO, Mario G. Losano / Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp., xw4298, y 318.

⁶⁵ Ibid p. 318., y en el mismo sentido Adan Nieto Martín, "La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea, en Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", Ediciones de la Universidad Castilla - la Mancha, 2006, p. 87. "Verbigracia el convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, sí bien marca su acento al pretender garantizar la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros, busca como objetivo principal es salvaguardar los bienes jurídicos a la libre competencia en el tráfico económico y comercial internacional".

relaciones económicas, ya que estos delitos están orientados a proteger otros intereses diferentes al económico aunque éste sea su contexto, por ejemplo cuando un funcionario público, dentro de una actividad económica exige requisitos no previstos en la ley o espera conseguir provecho para sí o para otro de tal circunstancia, en tales casos se estaría en presencia de la realización de las conductas penales de prevaricato o concusión, lesivas de la administración pública; sin embargo, es diferente la situación cuando dentro de los delitos económicos se regula la posibilidad de participación de un funcionario⁶⁶, como sería el caso del delito objeto de estudio, el soborno transnacional, donde, como ha quedado decantado, el objeto de su protección no es nuestra administración pública sino la anulación (prevención) de las contraprestaciones económicas o pecuniarias ofrecidas por un particular (empresario, contratista, comerciante, nacional o extranjero domiciliado en Colombia), a un servidor público extranjero o de una organización internacional en cumplimiento de sus funciones, para obtener o intentar obtener legal o ilegalmente beneficios irregulares en las transacciones económicas o comerciales internacionales en las que tenga la discrecionalidad de intervenir, conducta que finalmente va en quebranto del sistema competitivo nacional, pero aún más importante, en la pérdida de confianza internacional de nuestra industria.

En este orden de ideas, para que encaje el mandato internacional con la sistemática y coherencia propia de nuestro Código Penal, correlativamente, la libre competencia en el marco del tráfico económico y comercial internacional, debería en concreto ser el bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento jurídico penal interno y ubicarse como tal en un capítulo del Título X que agrupa los “Delitos contra el Orden

⁶⁶Percy García Cavero, “Concepto y Delimitación del Derecho Penal Económico” en “Derecho Penal Económico, parte general”, Capítulo I, Colección Jurídica ARA editores, Universidad de Piura. 2003. p. 67.

Económico y Social” porque como ha quedado decantado, el soborno transnacional no es un delito contra nuestra Administración Pública ni mucho menos se deriva de la Utilización Indevida de Información y/o de Influencias Derivadas del Ejercicio de la Función Pública. De hecho, la Corte Constitucional en Sentencia C-944 de 2012, que declaró exequible la Ley 1573 de 2012, mediante la cual se aprobó la suscripción a *“la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”* aunque no hizo un análisis coherente del precepto examinado y de su inadecuada ubicación, sí estableció entre otras apreciaciones que *“ésta conducta punible afecta principios de naturaleza socioeconómica, como la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional, la igualdad de los competidores, la corrección del tráfico económico internacional”*.

En conclusión al trasladar un mandato internacional (el convenio de la OCDE) a nuestro Código Penal sin utilizar una debida técnica de tipificación y una inadecuada ubicación sistemática de la criminalización de lo que el legislador reprocha como una conducta delictiva, que es inexacta porque legitima la protección de un bien jurídico que nada tiene que ver con el tipo penal de soborno transnacional, aparte de la confusión y lagunas punitivas que esto genera, creo que es un tipo penal ineficaz, que no tiene relevancia práctica alguna.

Desde su promulgación en el Artículo 433 del Código Penal de 2000 y aparte de las modificaciones que ha sufrido, que no son más que mandatos de la OCDE para evitar vacíos en la aplicación de la convención, y para que Colombia tenga una mayor probabilidad de ser evaluada favorablemente por este organismo cuando implemente cada uno de los compromisos con ellos adquiridos, no se conocen

sentencias condenatorias por este delito, inclusive de investigaciones que terminaran en archivo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez A., Juan y Escobar O. Ricardo, “Antecedentes y bien jurídico del soborno transnacional en Colombia” en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, Legis, núm. 56, 2016.

Arias Holguín, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Artículo 301 CP)*. Madrid, IUSTEL. Universidad de Antioquia, 2011.

Abanto Gómez, Manuel A., en “El derecho ante la globalización y el terrorismo” *La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado Actas del Coloquio Internacional Humboldt*”, Montevideo abril de 2003, Coordinadores LOSANO, Mario G. Losano / Francisco Muñoz Conde, valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Bajo Fernández, Miguel, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, 1ª Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1978.

Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo, Silvina., *Derecho Penal Económico*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001 y Tiedemann, Klaus, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Benito Sánchez, Demelsa, “Estudio Sobre los Delitos de Cohecho de Funcionarios Públicos Comunitarios, Extranjeros y de Organizaciones Internacionales en el Derecho Penal Alemán”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Visto en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4165582>

Castro Cuenca, Carlos y Henao Cardona Luis F., "Urbanización ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción", en Manual de *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II, Bogotá, Editorial Temis y Editorial Universidad del Rosario, 2011.

Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). véase en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>.

Convención Naciones Unidas contra delincuencia organizada transnacional 2003, disponible en internet: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, (CNUCC). Disponible en internet https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Corte Constitucional Sentencia C-397-98 MP. Fabio Morón Díaz. Disponible en internet en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-397-98.htm>

Corte Constitucional, sentencia C -962 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra. Visto en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-942-03.htm>

Corte Constitucional, sentencia C -172 de 2006, MP: Jaime Córdoba Triviño, disponible en internet en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-172-06.htm>

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-944 de 2012, MP. Jorge Pretelt Chaljub. Visto en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-944-12.htm

De La Cuesta Arzamendi, José Luis/Cordero Blanco, Isidro. “Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. Revista de ciencias penales, Vol. 4, 2001-2002, pp. 9-99. Visto en: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/A+53+Los+nuevos+delitos+de+corrupcion+en+las+transacciones+comerciales+e+internacionales.pdf>

Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, “La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español”, en Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 74, mayo-agosto 2008. Disponible en internet <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/viewFile/354/280>

Diccionario de RAE, disponible en internet: <http://www.rae.es/>

Fabián Caparrós, Eduardo, “La corrupción de los servidores públicos extranjeros (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)”, en: *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás, 2008.

Fabián Caparrós, Eduardo A. “El delito de corrupción transnacional en el derecho colombiano frente a los compromisos internacionales”. En Francisco J. Sintura Varela y Nicolás Rodríguez (editores). *El Estado de derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

“Foreign Corrupt Practices Act” –FCPA- (ley de prácticas corruptas en el extranjero). Visto en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

García Cavero, Percy, "Derecho Penal Económico", Parte General. ARA Editores. Colección Jurídica Universidad de Piura. Perú, 2003.

García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

Gómez Méndez, Alfonso / Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, "*Delitos contra la administración pública*", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Gracia Martín, Luis, "Que es la modernización del Derecho Penal. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

Molina Arrubla, Carlos Mario, "Delitos Contra la Administración Pública", Leyer, 2005.

Nieto Martín, Adán, "La lucha contra la corrupción en la Constitución Europea, en Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", Ediciones de la Universidad Castilla - la Mancha, 2006.

Olaizola, Nogales Inés, "*El delito de cohecho*", Valencia, Valencia, Titant lo Blanch, 1999.

Olaizola Nogales, Inés, "Delitos de corrupción en la transacciones comerciales internacionales", en: *Enciclopedia Penal Básica*, (Luzón Peña. Dir.), Granada, Comares, 2002.

Oviedo A, Carlos Augusto, "Constitución económica y derecho penal: derecho penal económico en Colombia" en "Cuadernos de Derecho Penal Económico N° 2", Director Hernando A. Hernández Quintero, Universidad de Ibagué. 2008

Rodríguez Puerta, María José. “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”. En: Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

Ureña, René, *Derecho de las Organizaciones Internacionales*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2008.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DEL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL.....	4
1.1 Algunos antecedentes internacionales	4
1.2 Antecedentes en instrumentos jurídicos de carácter supranacional.....	5
1.3 Antecedentes en Colombia	8
CAPÍTULO II	
BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL.....	16
2.1 Anotaciones previas sobre la evolución legislativa del soborno transnacional.....	16
2.2 Bien jurídico	20
2.2.1 Correcto funcionamiento de la administración pública.....	20
2.2.2 Libre mercado y la función pública.....	23
2.2.3 El orden socioeconómico y en particular la libre competencia	26
CAPÍTULO III	
CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE SOBORNO TRANSNACIONAL DEL ARTÍCULO 433 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.....	29
3.1 Sujeto activo del delito	30
3.2 Sujeto pasivo del delito.....	32
3.3 Servidor público extranjero como sujeto pasivo de la conducta.....	33
3.4 La conducta prohibida	38
3.5 Objeto material de la conducta.....	41

4	TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES	43
5	BIBLIOGRAFÍA	51



UNIVERSIDAD EAFIT
Escuela de Derecho
Área de Derecho Penal
Maestría en Derecho Penal

**Delito de soborno transnacional. Antecedentes,
consideraciones sobre el bien jurídico y estructura típica**

Tesis de maestría
Línea de profundización

Por: John A. Bedoya Rivera

Asesor: Juan Carlos Álvarez A.

Medellín
2016