

LA NEGLIGENCIA DEL ESTADO BRASILEÑO EN LA LUCHA  
CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y SUS CONSECUENCIAS  
The negligence of the Brazilian state in the fight  
against corruption in the private sector

CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE GODOI<sup>1</sup>  
Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

### Resumen

Desde fines del siglo XXI hay un movimiento en el seno internacional de lucha contra la corrupción en el sector privado que, por mucho tiempo, estuvo alejado del debate científico y político en detrimento del sector público, cuyos instrumentos jurídicos son más largos y extensos. Sin embargo, Brasil camina al contrario de otros países que ya criminalizan la corrupción, con muchas tentativas frustradas, frente a recientes escándalos de tramas de corrupción de repercusión mundial que involucra a particulares. El presente artículo busca discutir el actual escenario brasileño y las consecuencias de la ineficiencia del parlamento brasileño en dictar medidas efectivas de criminalización de la corrupción en el sector privado para la sociedad brasileña, especialmente para la iniciativa privada.

### Palabras clave

Corrupción, Criminalización, Sector privado, Ineficiencia.

### Abstract

Since the end of the 21<sup>st</sup>-Century, there has been an international movement to fight corruption in the private sector that for a long time was far from the scientific and political debate to the detriment of the public sector, whose legal instruments are longer and larger. However, Brazil walks against other countries that already criminalize corruption, with many frustrated attempts, even in the face of recent corruption scandals involving individuals with global repercussions. This article seeks to discuss the current Brazilian scenario and the consequences of the inefficiency of the Brazilian parliament in editing effective measures to criminalize corruption in the private sector for Brazilian society, especially for private initiative.

### Keywords

Corruption, Criminalize, Private Sector, Inefficiency.

## 1. Introducción

Aunque haya reconocimiento por parte de la academia, de los organismos internacionales y de muchas naciones acerca de los efectos puramente negativos de la corrupción en el sector privado para toda la sociedad —lo cual es suficiente para justificar la persecución penal,

<sup>1</sup> Investigador, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil. Especialista en Gestión de Negocios. Administrador de empresas, licenciado por la Facultad Metodista Granbery, y abogado, licenciado por la Universidad Federal de Juiz de Fora. Correo electrónico: carlogodoi@me.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6567-2655>

civil y administrativa de dicha conducta— muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo los sudamericanos, aún tratan la corrupción como un fenómeno asociado exclusivamente al sector público. El presente estudio busca describir el escenario de desajuste del marco legal brasileño de anticorrupción frente al avance de instrumentos normativos de lucha contra la corrupción privada en la coyuntura internacional, además de diseñar un diagnóstico de las causalidades y de las posibles medidas profilácticas contra el actual panorama de retraso en el país.

Comprender la ruta histórica de construcción de las malversaciones de corrupción en el sector privado y los esfuerzos que, hace mucho tiempo, han sido protagonizados por muchos países, sobre todo los europeos, para criminalizar dicha conducta, implica comprender la gravedad de la negligencia del Estado brasileño en combatir la corrupción entre particulares y asumir la importancia del debate sobre las posibles causas no tratadas, así como lo que se puede hacer para cambiar el *status quo*.

En el primer inciso de este artículo hay una profundización acerca del crecimiento del interés científico sobre la corrupción perpetrada en el sector privado y el aumento de su relevancia política, lo cual culminó en el desarrollo de instrumentos normativos de lucha en las esferas civil, penal y administrativa, en el ámbito internacional, regional y doméstico. Enseguida, se explica cómo el escenario brasileño es preocupante e ineficiente en materia de lucha contra la corrupción en el sector privado, así como el abismo en términos de importancia frente a las medidas contra la corrupción en el sector público. Luego, se hace un estudio sobre los diversos efectos negativos de la corrupción sobre la economía y la sociedad brasileña, poco comprendidos en su relevancia y gravedad por la opinión pública, en sus distintos matices.

La metodología de investigación adoptada en el presente trabajo se basa en un análisis exploratorio acerca de los estudios académicos sobre el tema y un análisis descriptivo sobre cómo las teorías se aplican en lo fáctico, en la realidad normativo-política brasileña. Al respecto del delineamiento de la investigación, esta se desarrolla a través de investigación bibliográfica en publicaciones notablemente respetadas y las más recientemente producidas, así como la investigación documental en las producciones legislativas domésticas y los tratados internacionales sobre el tema de la corrupción entre particulares.

La tesis planteada en este artículo busca responder a las siguientes cuestiones: ¿cuál la importancia de luchar contra la corrupción en el sector privado? ¿Cómo el tema del combate a la corrupción en el sector privado es tratado por otros ordenamientos jurídicos? ¿Cómo el tema de la corrupción el sector privado es tratada en el ordenamiento jurídico brasileño? ¿Cuáles son las posibles causas del retraso brasileño en tipificar la conducta de corrupción en el sector privado? ¿Cuáles son las consecuencias de la omisión normativa del ordenamiento jurídico brasileño acerca de la corrupción en el sector privado de este país? ¿Cuáles son las posibles soluciones para la omisión legislativa de lucha contra la corrupción en el sector privado?

## **2. La relevancia, expansión del interés científico y el paulatino reconocimiento normativo de la corrupción en el sector privado**

La corrupción, no importa cuál sea su modalidad, es uno de los delitos más difíciles, si no es el más difícil, de investigar. La mayoría de las veces se realiza en absoluto secreto y con medios sofisticados, orquestados por sujetos que saben ocultar con maestría los rastros de sus acciones y enterrar el fruto de sus delitos, lejos de cualquier investigación (Hershman, 1996, pp. 61-66).

Aunque la corrupción esté bajo este panorama desafiante, el fenómeno ha atraído crecientemente la atención de la academia ante su complejidad en términos sociales, políticos y económicos, cuyos impactos son sentidos por todas las naciones del mundo, independientemente del régimen de gobierno —sea autoritario o democrático— y del sistema económico —sea capitalista o socialista—, en un grado mayor o menor a depender de la fuerza y fiabilidad de las instituciones (Robles, 2015, p. 12).

La corrupción ha sido objeto de una serie de estudios en varias áreas de investigación, por ejemplo, en la economía, especialmente en lo que respecta a sus efectos sobre el desarrollo. También en el derecho, sobre todo en cuanto a sus aspectos penales y en el ámbito de la personería jurídica, orientándose por diversas perspectivas teóricas, sea de los derechos humanos, de la psicología, de la criminología o de la ética (Cuenca, 2009, p. 27).

El protagonismo de la corrupción en las investigaciones académicas en las últimas décadas se reflejó en la agenda política global, en la medida en que las organizaciones internacionales han centrado esfuerzos en emprender estudios, esta vez empíricos, con la finalidad de colaborar con las medidas para prevención y lucha contra la corrupción. Esto se ha hecho con especial énfasis en la medición de la corrupción, en el análisis de sus posibles causas y en la creación de recomendaciones de buen gobierno, en particular los provenientes de organismos como la Organización para Desarrollo y Cooperación Económica (OCDE), el Banco Mundial, y de entidades como Transparencia Internacional.

Las iniciativas internacionales en materia de lucha contra la corrupción se expandieron en el plan normativo a lo largo de los últimos años debido a la conciencia de su importancia por los actores internacionales, cuyos principales instrumentos han sido la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Drogas (1988); el Grupo de Acción Financiera (1989); el Convenio de Estrasburgo sobre Confiscación y Blanqueo de Capitales del Consejo de Europa (1990); la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, que establece los sujetos obligados a comunicar el origen de sus recursos financieros (1991); la Unidad de Inteligencia Financiera Grupo Egmont (1995); la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (1996); el Convenio sobre el Soborno de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para Desarrollo y Cooperación Económica (1997); el Convenio sobre la Lucha contra los Actos de Corrupción que Involucran los Funcionarios de las Comunidades Europeas y de los Estados Miembros de la Unión Europea del Consejo de Europa (1997); el Grupo de Estados Contra la Corrupción creado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1998); el Convenio sobre la Lucha contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999); la Convención de Palermo de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (2000); la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003); y la Convención de Mérida de las Naciones Unidas sobre la Corrupción (2003).

Sin embargo, históricamente las ciencias sociales y las legislaciones han condicionado su enfoque sobre la corrupción como un fenómeno asociado al sector público, alejándose de sus proyecciones en el sector privado, tanto que las definiciones gramaticales del término están vinculadas a su carácter público. Este escenario se extiende al derecho continental interamericano que aún insiste en comprender la corrupción como el intercambio de una acción u omisión ejercido de manera irregular en el marco de una entidad de naturaleza pública, objetivando una ventaja indebida (Del Pozo, 2016, p. 84).

Por el contrario, el derecho continental europeo camina en dirección opuesta, rompiendo los límites del ámbito público y reconociendo la necesidad de también castigar la conducta corrupta en el seno de las relaciones privadas. La Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea proporcionó un modelo mínimo de clasificación de la corrupción en el sector privado y aceleró su proceso normativo en el ordenamiento jurídico de los Estados europeos que se ha concretado con la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, que consistió en un marco comunitario de lucha contra la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arazmendi y Blanco Cordero, 2002, p. 259-263).

Sin embargo, la previsión de la corrupción en el sector privado por diplomas normativos no es reciente, habiendo registros históricos de su criminalización en la Ley sobre la Prevención de la Corrupción de 1906, de Gran Bretaña, y en la Ley Contra la Competencia Desleal de 1909, de Alemania. Después de un periodo de olvido de la corrupción en el sector privado entre los temas de interés de los Estados, los cambios en el orden económico de los finales del siglo XX contribuyeron a reavivar los temores acerca de dicho fenómeno por razones importantes:

El proceso de privatización masiva emprendido en los últimos años del siglo pasado ha supuesto importantes cambios en el sector económico, y una gran parte de las actividades económicas a través de las cuales el Estado cumplía determinadas funciones se ha transferido a empresas privadas. Dado el carácter privado de estas nuevas empresas, si un empleado actúa de forma corrupta como consecuencia de un soborno, no va a poder responder penalmente con base en las normas relativas a la corrupción, pensadas exclusivamente para castigar comportamientos que se llevan a cabo en el sector privado (p. 258).

A partir del momento en que la teorización de la corrupción rompió con la concepción según la cual el fenómeno consiste en el abuso del poder o irregularidad en el proceso de toma de decisión política o administrativa, hubo un cambio para adoptar una visión basada en el uso de una posición de poder para lograr una ventaja indebida. Dicho fenómeno empezó un camino para alcanzar la autonomía teórica en términos de lo que se conoce como corrupción privada (De la Cuesta Arazmendi, 2014).

Los avances en los estudios sobre la corrupción en el sector privado han demostrado que hay varios ejemplos en los que deben verificarse los hechos de corrupción cometidos exclusivamente entre sujetos privados, tales como: el soborno de un empleado de un banco para que conceda un préstamo a una empresa en condiciones favorables; el incentivo indebido de los directivos o empleados de una entidad con el fin de obtener una licencia; y el cambio de la ingeniería de un procedimiento de contratación de una empresa mediante el pago de soborno (Argadoña, 2005).

Además del reconocimiento del universo privado como espacio donde ocurre la corrupción, los estudios científicos también han demostrado que dicho fenómeno produce efectos negativos sobre bienes jurídicamente tutelados y que están íntimamente relacionados al orden económico. Estos son la debida lealtad al propietario de la empresa o al empleador, la protección del patrimonio de la empresa, la protección del consumidor y la justa competencia en el mercado (Encinar del Pozo, 2016, p. 91).

La literatura académica con todos estos estudios señala la debilidad de argumentos desfavorables al reconocimiento normativo de la corrupción en el sector privado recogidos en el dogma de que el mercado es una entidad eficiente para mitigar por sí sola la corrupción o de que la corrupción en el sector privado produce ínfima lesión a los bienes jurídicos para que se justifique la tutela del Estado.

Así, la corrupción no es un fenómeno restringido al sector público, extendiéndose a otros ámbitos de la vida social debido a la complejidad social, con especial énfasis para su manifestación en el sector privado. Sus efectos afectan no sólo a la economía, sino que también perjudican la regulación del funcionamiento de las instituciones sociales, lo cual tiene poco reconocimiento en el escenario legislativo de los países americanos (Bardon, 2013, p. 3).

En vista de las distintas dimensiones de la corrupción respecto a los sectores público y privado, de acuerdo con las lecciones de Antonio Argandoña y Ricardo Berendson, se puede afirmar que:

Debido a la cobertura que ha tenido la corrupción en el sector público, son de sobra conocidos los ejemplos de acciones corruptas en dicho ámbito, como los pagos para que un político o funcionario autorice la concesión de un contrato público; sin embargo, muchas veces resultan menos conocidos los ejemplos del sector privado —aunque cada vez suenan más—, como las atenciones al director de compras de una empresa para conseguir un pedido o, simplemente, para tener su ánimo inclinado a concederlo en el futuro. Se trata de prácticas que no siempre se pueden distinguir de la costumbre legítima de hacer regalos para mantener buenas relaciones comerciales y sociales (2009, p. 8).

Respecto a la dicotomía entre el sector público y privado es importante destacar que la simple separación entre estas esferas consiste en una simplificación demasiado obtusa de la estructura social, que implica a la corrupción. La idea de fusión de los aspectos del sector público y del privado es deficiente, pues no considera el hecho de que la sociedad es fragmentada en diversos sectores que requieren una multiplicidad de enfoques descriptivos distintos que no pueden ser satisfactoriamente comprendidos desde una clasificación binaria. Esto puede ser verificado en el trato normativo de la corrupción, pues hay legislaciones que conciben un tipo penal unívoco para abarcarla en los sectores público y privado, y toda una suerte de variables con el objetivo de alcanzar de manera satisfactoria todas sus posibles formas. Por otro lado, hay otras legislaciones que no se limitan solamente a tipificar la corrupción en dos tipos, como corrupción pública y privada, pero considera otros tipos penales que tipifican conductas específicas de acuerdo con su gravedad, tales como soborno de oficiales extranjeros, corrupción deportiva, corrupción urbanística, entre otros.

Sin embargo, los primeros esfuerzos en el plan internacional para reconocer la importancia de medidas legislativas de lucha contra la corrupción en el sector privado, con énfasis en las medidas comunitarias de la Unión Europea, aunque aún basadas en la clásica dicotomía Estado y sociedad o público y privado, tienen un importante papel en la difusión de la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Hasta comienzos de la década de los 90 del siglo pasado, la corrupción era considerada como una materia de jurisdicción doméstica, que interesaba solamente a los Estados frente su soberanía. Sin embargo, tal escenario empieza a cambiar a partir de finales de la década e inicios del siglo XXI, pues la corrupción en general se estableció en la agenda de la comunidad internacional que empezó a tratar el tema mediante instrumentos normativos con imperativos para la legislación doméstica, ante diversos contextos que desafiaron la capacidad de los Estados de frenar los efectos transnacionales del fenómeno. Por citar algunos: la fuga de capitales y de los agentes hacia otros Estados; la dificultad para ejecución de sentencias; la repatriación de las ganancias; y la extradición de los corruptos fugitivos (Vargas, 2004, pp. 133-134).

A este panorama se sumó la apertura de los mercados nacionales y la creciente exigencia por desregulación y modernización de los Estados, en vista de atraer inversiones extranjeras, resultando en mayor competencia internacional. Como consecuencia demandó a los Estados la adopción de niveles más exigentes de transparencia y prácticas más objetivas y predecibles en las contrataciones públicas con el sector privado, especialmente por fuerza de legislaciones nacionales con efectos extraterritoriales.

Sin embargo, la adopción de nuevas prácticas de buen gobierno no fue capaz de evitar la sofisticación de las prácticas corruptas, debido al carácter complejo del fenómeno, demandando a los Estados una postura más enérgica para la unión de esfuerzos, con otras naciones y organismos internacionales, para obtener más éxito en el combate de la corrupción. Asimismo, la corrupción, siendo un fenómeno complejo, multifacético y plagado de matices que le confieren un sentido demasiado amplio y metajurídico, no impidió su integración en el sistema normativo, siendo aún paulatina la recepción de sus variables, por ejemplo, la corrupción en el sector privado.

Lo que resultó del interés internacional por la tipificación de la conducta corrupta entre particulares han sido una serie de factores enumerados por Antonio Argandoña: los avances en la lucha contra la corrupción en el sector público han puesto de manifiesto la importancia que tiene el fenómeno también en el sector privado, materializado en la Convención de la OCDE, que resultó en la reforma de las legislaciones domésticas de sus Estados-miembros; el aumento significativo de la corrupción en países emergentes para supervivir en medio a la intensificación de la competencia y eficiencia económica de los mercados o de países subdesarrollados para atraer el capital extranjero mediante facilidades ilegales; la sensibilidad de los negocios ante los efectos del soborno y de la extorsión privada sobre la justa competencia; la necesidad de establecimiento de un espacio nivelado para los negocios entre particulares en mercados recién abiertos que aún son conniventes con la corrupción en las costumbres comerciales; la traslación de la cultura de corrupción del sector público para el sector privado en virtud de la privatización de las empresas públicas; los procesos de apertura y desregulación de mercados nacionales sin las necesarias reformas institucionales para que el Estado reúna condiciones para soportar la economía de mercado y la democracia liberal; y la mayor exposición de los negocios ante la intensificación de prácticas de marketing que resultaron en una valoración mayor por parte de la sociedad con respecto a las buenas prácticas y la imagen corporativa (Argandoña, 2003, p. 3).

Muchos Estados miembros de la Unión Europea castigan como delito el hecho de corrupción practicada en el sector privado con un tipo penal específico según los moldes de la Acción Común del bloque europeo, tales como Alemania (sección 299 ss., *Strafgesetzbuch*)<sup>2</sup>, Austria (sección 305 y 306, *Strafgesetzbuch*)<sup>3</sup>, Francia (artículo 445-1 ss., *Code Pénal Français*)<sup>4</sup>, Países Bajos (artículo 328ter, *Dutch Criminal Code*)<sup>5</sup> y Reino Unido (sección 1 y 2, *Bribery Act*)<sup>6</sup>. Sin embargo, otros países europeos aún caminan demasiado lento en este aspecto, tal como Portugal e Italia, que sólo recientemente han criminalizado la corrupción en el sector privado. Por su lado, España es el peor ejemplo en este aspecto, pues aún no contempla en su legislación penal el castigo a la corrupción en el sector privado (De la Cuesta Arazmendi y Blanco Cordero, 2002, p. 268).

<sup>2</sup> Parlamento Federal de Alemania (1851).

<sup>3</sup> Parlamento de Austria (1974).

<sup>4</sup> Parlamento de Francia (1992).

<sup>5</sup> Parlamento Nacional de los Países Bajos (1881).

<sup>6</sup> Parlamento del Reino Unido (2010).

Mientras los países europeos avanzan en lo que se refiere a la criminalización de la corrupción en el sector privado, debido sobre todo a las iniciativas de la Unión Europea, este avance no pertenece solamente a este continente, sino que países ajenos al bloque europeo también han combatido la corrupción en el sector privado a través de la tipificación penal de la conducta. En Oriente Medio, la corrupción en el sector privado es criminalizada en los Emiratos Árabes Unidos (artículo 236/1, Código Penal)<sup>7</sup> y Líbano (artículo 354, Código Penal Libanés de 1943)<sup>8</sup>. En Asia, la corrupción en el sector privado es delito en Malasia (*Malaysian Anti-Corruption Commission Act 2009*)<sup>9</sup>, Singapur (*Prevention of Corruption Act*)<sup>10</sup> y China (artículo 8.1, *Anti-Unfair Competition Law*<sup>11</sup>; artículos 163, 164, 385, 387, 388, 389, 391, 392 y 393, Código Penal Chino)<sup>12</sup>. En el Extremo Oriente, la corrupción en el sector privado es criminalizada en Ucrania (*Law on Prevention of Corruption*<sup>13</sup>, *Law on Principles of Preventing and Countering Corruption*<sup>14</sup> y *Criminal Code*)<sup>15</sup>, Eslovenia (artículo 241 KZ-1 y 242 KZ-1, Código Penal Esloveno)<sup>16</sup>, Eslovaquia (artículo 328, 332, 336A y 336B, Código Penal Eslovaco)<sup>17</sup>, República Checa (secciones 331-334, Código Penal Checo)<sup>18</sup> y Bosnia y Herzegovina (Código Penal Bosnio)<sup>19</sup>.

Sin embargo, mientras la corrupción en el sector privado siga siendo acogida en las legislaciones de los países europeos en virtud de las iniciativas comunitarias y en otros países del mundo, debido a los mandatos de criminalización constantes en los tratados internacionales que son resultado del consenso multilateral en los organismos internacionales, estos esfuerzos no han tenido un impacto sustantivo en las legislaciones de los países del continente americano, en este caso en Brasil, por una serie de factores que son objeto de análisis en el capítulo siguiente.

### 3. El retraso brasileño ante el avance internacional en la lucha contra la corrupción en el sector privado

El movimiento de tipificación de la corrupción en el sector privado sobrepasó las fronteras del continente europeo en el inicio del siglo XXI y, tímidamente, ha sido recomendado por organismos internacionales de mayor cobertura a través de instrumentos internacionales de *soft law*. Es decir, que aún no tienen mandato imperativo, tan solo un carácter de recomendación.

El mejor ejemplo de dicho contexto es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también conocida como Convención de Mérida, firmada en el 2003 por una serie de naciones que se comprometieron a prever normas en sus ordenamientos jurídicos que, al menos, tipificasen penalmente la corrupción y otros hechos delictivos. Sin embargo, en lo que se refiere a la corrupción en el sector privado, existe tan solamente una disposición de criminalización sin carácter imperativo que recomienda el combate a dicha conducta al menos en la esfera civil y administrativa.

<sup>7</sup> Parlamento de Emiratos Árabes Unidos (1987).

<sup>8</sup> Parlamento del Líbano (1943).

<sup>9</sup> Parlamento de Malasia (2009).

<sup>10</sup> Parlamento de la República de Singapur (1960).

<sup>11</sup> Asamblea Popular Nacional de China (1993).

<sup>12</sup> Asamblea Popular Nacional de China (1979).

<sup>13</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2014).

<sup>14</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2011).

<sup>15</sup> Consejo Supremo de la República de Ucrania (2001).

<sup>16</sup> Consejo Nacional de la República de Eslovenia (2012).

<sup>17</sup> Consejo Nacional de la República Eslovaca (2005).

<sup>18</sup> Parlamento de República Checa (2009).

<sup>19</sup> Asamblea Parlamentaria de Bosnia y Herzegovina (2017).

La redacción del artículo 21 de la Convención de Mérida es una clara evidencia de que el consenso internacional busca estorbar el avance de la lucha contra la corrupción en un sector estratégico de la sociedad e históricamente poco reglamentado. En este sentido, es evidente e innegable el trato desigual de la corrupción en el sector público y privado que no se sustenta en argumentos válidos.

La diversidad de países que componen las Naciones Unidas resulta en una inequívoca dificultad para el consenso internacional homogéneo que Eiiti Sato afirma ser una cuestión históricamente jamás resulta en las relaciones internacionales, pues:

[...] No hay una fórmula para establecer los límites de la noción de soberanía en relación a las normas, principios e instituciones internacionales. La razón central reside en el hecho de que no hay un estándar universal para los conceptos de justicia, de derechos y de obligaciones entre sociedades y pueblos. A pesar de toda la retórica de la globalización, continúan evidentes las señales de que permanecen vivas las diferencias culturales y religiosas entre los pueblos. Esas diferencias revelan más de una entre las muchas facetas de la paradoja de la propia existencia humana: al mismo tiempo que son esenciales para la preservación de la multiplicidad y riqueza del fenómeno humano, también sustentan diferentes patrones de comportamiento económico, social y político, dificultando la comprensión mutua y la convivencia (2003, p. 162).

En este aspecto de la construcción del orden internacional hay una gran dificultad que reside en la reluctancia de muchos Estados en ceder parte de su soberanía en favor de instancias internacionales en lo que respecta a la transformación de la acción política doméstica, orientada por en consenso multilateral ante las visiones y percepciones internas acerca del mundo y de las cosas.

La opción seguida por la Convención de Mérida difiere mucho de la seguida por los convenios regionales, a destacarse la Convención para la Prevención y el Combate de la Corrupción de la Unión Africana y la Acción Común 98/742/JAI, sustituida por la Decisión Marco 2003/568/JAI de la Unión Europea, frente a la opción seguida por la Organización de los Estados Americanos (OEA), que refleja la diversidad existente entre los diversos ordenamientos jurídicos que componen la Convención de las Naciones Unidas en el punto referente a la corrupción en el sector privado y el deseo de lograr, pese a las diferencias, el mayor número posible de ratificaciones del texto (Pérez Cepeda y Benito Sánchez, 2012, p. 42).

Debido a este motivo, la Convención de Mérida se ha tornado un instrumento internacional sin efectos prácticos en el orden interno de muchos Estados, reacios a criminalizar la corrupción en el sector privado bajo el argumento de que los pactos internacionales no pueden sobreponer la soberanía estatal. Súmase a esto el hecho de que dicho tratado internacional es carente en mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las disposiciones ratificadas y de mecanismos sancionatorios para los incumplimientos de los compromisos asumidos (Argadoña, 2005, p. 10).

Este contexto de retraso de las iniciativas normativas de combate a la corrupción en el sector privado es muy significativo en el continente americano, pues es la región con menor desarrollo en el mundo en lo que se refiere a esta materia. Tal retraso se reafirma cuando se analiza las relaciones internacionales entre los Estados americanos dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo instrumento internacional dedicado al combate a la corrupción es la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1997. Así

como en la Convención de Mérida, la Convención Interamericana está compuesta de normas de aplicación imperativa y aquellas de carácter programático, articulando un marco en la lucha contra la corrupción en la región interamericana. En lo que se refiere al combate a la corrupción en el sector privado, el instrumento es deficiente, pues su alcance es limitado a la corrupción en el sector público y ni siquiera contempla disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, ni que sea civil o administrativa, demandando una actualización después de once años sin cualquier discusión.

El continente americano es más permisivo con la corrupción en el sector privado que otros continentes, aunque países como Perú y Colombia incorporaron en sus legislaciones la criminalización de la conducta. En Perú, se ha incorporado en el Código Penal<sup>20</sup>, a través del Decreto Legislativo No. 1385, los artículos 241-A y 241-B que prohíben las figuras de la corrupción en el ámbito privado y la corrupción en el interior de los entes privados. En Colombia, se adoptó, entre otras medidas contra la corrupción, la incorporación de los artículos 250A, 250B y 258 al Código Penal<sup>21</sup>, a través de la Ley No. 1474/2011, que castigan las figuras de la corrupción privada, la administración desleal y la utilización indebida de información privilegiada.

En los EE. UU., mientras la legislación federal no posee un tipo penal que prohíba expresamente la conducta de corrupción entre particulares, el Departamento de Justicia, equivalente a la Fiscalía, se vale de una inteligencia jurídica de las normas para punir los hechos delictivos con base en conductas tipificadas como fraude, conspiración o lavado de dinero. Ante tal ausencia, los dispositivos legales relativos al fraude por correo, medios electrónicos y de servicios honestos (S.18 § 1341, 1343, 1346, *U.S. Criminal Law*)<sup>22</sup>, la Ley de Viajes son utilizados por el Departamento de Justicia para enjuiciar el soborno en el sector privado. Sin embargo, las sanciones aplicables a dichos hechos con base en estos tipos delictivos son más blandas que el tipo penal de soborno previsto en la legislación estadounidense, pues tales tipos son pensados para situaciones menos complejas o cuya lesión al bien jurídico tutelado es de menor relevancia.

Así como las legislaciones en el ámbito federal estadounidense tienen un papel inexpresivo en la lucha contra la corrupción en el sector privado, las legislaciones de 36 Estados norteamericanos criminalizan la corrupción en el sector privado, entre los cuales están California (sección 641.3, *California Penal Code*)<sup>23</sup>, Delaware (sección 881, *Delaware Code*)<sup>24</sup>, Massachusetts (sección 39, *Massachusetts General Laws*)<sup>25</sup>, New Jersey (sección 2C:21-10, *The New Jersey Code of Criminal Justice*)<sup>26</sup> y Texas (sección 32.43, *Texas Penal Code*)<sup>27</sup>.

Brasil no se distancia tanto de la realidad estadounidense en lo que se refiere a la ausencia de legislación a nivel federal que castigue la corrupción en el sector privado. Sin embargo, el panorama brasileño es aún peor porque no hay siquiera leyes estatales, como en el contexto norteamericano, por más que haya el permiso constitucional previsto en el párrafo único del artículo 22 de la Constitución de la República Federal de Brasil<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> Congreso de la República del Perú (1991).

<sup>21</sup> Congreso de la República de Colombia (2000).

<sup>22</sup> Congreso de los Estados Unidos de América (1948).

<sup>23</sup> Legislatura del Estado de California (1872).

<sup>24</sup> Parlamento de Delaware (1899).

<sup>25</sup> Corte General del Estado de Massachusetts (1920).

<sup>26</sup> Asamblea General del Estado de New Jersey (1978).

<sup>27</sup> Legislatura Estatal de Texas (1856).

<sup>28</sup> Congreso Nacional de Brasil (1988).

Así como el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la Fiscalía de Brasil no deja que la ausencia de un tipo penal específico que castigue los hechos de corrupción en el sector privado impida la persecución penal de las conductas, para que sus agentes no permanezcan impunes, y eso ocurre a través de la aplicación de otros tipos penales que puedan ser adoptables. Sin embargo, la consecuencia es la misma verificada en el ejemplo norteamericano, que es condenar con penas más blandas a hechos muy lesivos a bienes jurídicos muy importantes, especialmente en el actual escenario de corrupción sistémica. Además, hay otro efecto negativo ante esta carencia, que es la imposibilidad de cooperación penal internacional con otros países que estén investigando delitos de corrupción privada, practicados por brasileños o por extranjeros, pues en virtud de la atipicidad de la conducta, la extradición o el cumplimiento de sentencia se torna imposible de acuerdo con las reglas constitucionales e infra constitucionales de naturaleza procesal y penal.

Brasil asumió el compromiso internacional de acoger las disposiciones de la Convención de Mérida en 2003, con su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico interno en 2006, a través del Decreto No. 5.687, de 31 de enero de 2006<sup>29</sup>. Sin embargo, hasta hoy, las medidas contra la corrupción en el sector privado no pasan de proyectos legislativos suspensos en los archivos del parlamento brasileño, pues en lo que se refiere a la criminalización de la corrupción en el sector privado, dicho tratado internacional produce tan sólo una recomendación.

Actualmente, los únicos instrumentos punitivos de hechos de corrupción en el sector privado vigente en Brasil son la Ley No. 12.529/2011<sup>30</sup>, cuya finalidad es la prevención y represión a las infracciones contra el orden económico; y la Ley No. 9.279/1996<sup>31</sup>, que reglamenta la propiedad industrial y prevé catorce tipos penales relacionados a la competencia desleal, pero que permanece sin eficacia práctica en la represión a los delitos.

En el Senado Federal, desde el año 2012, se tramita el Proyecto de Ley No. 236<sup>32</sup>, para la institución de un nuevo código penal brasileño que propone en el capítulo de los delitos contra el patrimonio, el artículo 167, que tipifica la figura del cohecho entre particulares. En un análisis comparado con el artículo 21 de la Convención de Mérida, la citada disposición de dicho proyecto de ley es positiva, en lo que se refiere a los actos que componen la conducta típica. Más allá de los actos de prometer, ofrecer, conceder, solicitar y aceptar de la Convención, la propuesta legislativa acrecienta la exigencia, recibimiento, pago y aceptación de promesa, como hechos punibles. Sin embargo, la propuesta cumple deficientemente la Convención, es decir, no adopta el texto mínimo acordado, pues a lo que se refiere al hecho activo inserto en el párrafo único del proyecto propuesto, se castiga sólo a aquel que dirige el acto ilícito, al representante de la entidad del sector privado, y deja impune a aquellos que objetivan practicar el delito frente a otros que ejercen cualquier actividad en la misma entidad.

Es importante señalar que en dicho proyecto normativo, la tipificación de la corrupción entre particulares prevé una pena de prisión durante un período de uno a cuatro años; al paso que el cohecho contra la administración pública prevista en el artículo 276 conmina una pena de prisión de tres a ocho años. La menor severidad en el castigo a la corrupción cometida en el sector privado es injustificable y puede generar una idea de menor reprobación y, consecuentemente, un estímulo a tal conducta, ya que la legislación aún permite la aplicación de sanciones alternativas a la prisión del agente debido al *quantum* de la pena máxima.

<sup>29</sup> Congreso Federal de Brasil (2006).

<sup>30</sup> Congreso Federal de Brasil (2011).

<sup>31</sup> Congreso Federal de Brasil (1996).

<sup>32</sup> Senado Federal de Brasil (2016).

Otro error de dicho proyecto de ley, que puede explicar parte de tal discrepancia es la mala vinculación del delito a una lesión al patrimonio, en vez de asociarlo a una lesión contra el orden económico-financiero, que es un bien jurídico de mayor protección. Por lo tanto, las lesiones son más reprochables y resultarían en penas mayores, así como son los delitos contra la Administración Pública.

Una escandalosa trama de corrupción de repercusión mundial involucrando la Confederación Brasileña de Fútbol (CBF), el Comité Organizador Local de la Copa del Mundo FIFA Brasil 2014 (COL) y la Federación Internacional del Fútbol (FIFA), en actos de pago de soborno para cesión de derechos de transmisión de los juegos de fútbol de la Copa del Mundo del 2014, pagos de sobornos en contratos de patrocinio diseñados para realización de partidas del equipo de fútbol nacional brasileño y de los juegos organizados por la CBF, de la Copa de las Confederaciones FIFA 2013 y de la Copa del Mundo de 2014, impactó negativamente la percepción de la corrupción en Brasil (Bruno, 2018).

Dicho escándalo no sólo develó una trama sistémica y antigua de corrupción, involucrando a sujetos privados, como también señaló para el mundo que dichos hechos no podrían ser perseguidos por las autoridades brasileñas, pues la corrupción en este sector específico no estaba inserta en la legislación nacional como crimen. Esto se tornó aún más claro y vergonzoso cuando la autoridad judicial estadounidense condenó el ex presidente de la CBF, José Maria Marin, una pena de cuatro años de prisión acumulada con multa de USD 1,2 millones, por los delitos de crimen organizado, fraude bancario y lavado de dinero, aunque en el territorio brasileño los delitos permanecieron impunes (Eastern District of New York Attorney's Office, 2018).

Otra trama de corrupción en el sector privado en Brasil se volvió un escándalo internacional en 2016, involucrando el ex jefe del Comité Olímpico Brasileño (COB), Carlos Arthur Nuzman, por pago de soborno de USD 2 millones para garantizar el voto del ex presidente de la Asociación Internacional de Federaciones Atléticas (IAAF), Lamine Diack, en favor de elegir a Río de Janeiro como sede de los Juegos Olímpicos de 2016, por más que la ciudad era la que poseía las peores condiciones para recibir el evento deportivo, desmembrándose para otros fraudes en el seno de los proyectos de construcción de la Ciudad Olímpica y compras de resultados de juegos.

En virtud de los perennes escándalos de corrupción estrictamente perpetrados entre particulares con poder económico en el seno de las tramas deportivas de 2014 y 2016 en Brasil, fue propuesto el Proyecto de Ley No. 455, del año 2016<sup>33</sup>, por la Comisión Parlamentaria de Investigación del Fútbol, instalada en 2015 en el Senado Federal, para apurar posibles irregularidades en la realización de la Copa de las Confederaciones y de la Copa del Mundo de 2014. Dicho Proyecto de Ley busca modificar en el actual Código Penal el artículo 196-A para tipificar como delito la conducta de corrupción privada, con sanción de prisión de uno a cuatro años.

La crítica que se hace a la redacción del tipo penal del Proyecto de Ley No. 455/2016 es que limita a los agentes a un rol taxativo, olvidando al tercero que comete las mismas conductas con la misma finalidad. Razón por la cual, el texto del tipo penal del Proyecto de Ley No. 236/2012 es mejor diseñado, pues alcanza también al tercero, en sintonía con el texto propositivo de la Convención de Mérida, evitándose que se opere la impunidad de determinados sujetos y que dicha disposición luego se torne inútil ante la apertura del texto, sobre el hecho activo de la conducta a interpretaciones más restrictivas al campo de agentes del delito.

<sup>33</sup> Parlamento de Brasil (2016).

INSTRUMENTO NORMATIVO	TEXTO NORMATIVO
Convención de Mérida	<p>Artículo 21. Soborno en el sector privado</p> <p>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 en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:</p> <p>a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;</p> <p>b. La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.</p>
PL No. 236, 2012	<p>Artículo 167. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, como representante de la empresa o institución privada, para favorecer a sí o a tercero, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones.</p> <p>Pena – prisión, de un a cuatro años.</p> <p>Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, al representante de la empresa o institución privada, ventaja indebida.</p>
PL No. 455, 2016	<p>Artículo 196-A. Exigir, solicitar, aceptar o recibir ventaja indebida, el director, el administrador, el miembro del consejo o de órgano técnico, el auditor, el gerente, el prepuesto, el representante o el empleado de la empresa o institución privada, para favorecer a sí o a terceros, directa o indirectamente, o aceptar promesa de ventaja indebida, a fin de realizar u omitir acto inherente a sus atribuciones.</p> <p>Pena – reclusión, de un a cuatro años, y multa.</p> <p>Párrafo único. En las mismas penas incurre quien ofrece, promete, entrega o paga, directa o indirectamente, la ventaja indebida.</p>

Figura 1.

Hace más de quince años, después de la firma de la Convención de Mérida por parte del Estado brasileño, que la criminalización de la corrupción entre particulares aún es una materia en discusión que tramita en los cajones del Parlamento Nacional brasileño. Es decir, el lapso temporal entre la firma del tratado internacional y su ratificación a través de los trámites internos se extiende demasiado, mientras que un número significativo de países ya adoptó la recomendación de tipificación de la corrupción privada desde que asumieron el compromiso.

A pesar de que el tratado internacional posee mandados de criminalización de carácter imperativo y de normas de orden facultativa, la firma solemne del Jefe de Estado no ha sido comprendida por la academia como una simple formalidad accesoria en el proceso de conclusión de un tratado internacional, sino un acto que genera un compromiso con el contenido integral

del texto, exceptuadas las reservas, y que parte del presupuesto de la obligación de buena fe de los Estados signatarios previsto en el artículo 18 de la Convención de Viena<sup>34</sup>, de 1969, sobre el derecho de los tratados (Dinh, Daillier y Pellet, 2003, pp. 138-140).

Dicho dispositivo de la mencionada Convención determina que los Estados que firman un tratado deben abstenerse de practicar cualquier acto que resulte en la frustración del objeto y de la finalidad del documento. Para eso, aunque dicho tratado no esté en vigor, es decir, aunque no exista como una norma jurídica, la firma del Estado de un tratado internacional le genera la obligación de no hacer, que consiste en abstenerse a cualquier acto contrario el espíritu del tratado.

En este contexto, parece correcta y asertiva la concepción de que, así como cuando los Estados se comprometen con los mandatos de criminalización de un convenio internacional a través de su firma, y más aún después de su ratificación, asumen una auto limitación al legislador ordinario en la elección de los bienes jurídicos penales. Es decir, se comprometen a criminalizar determinados hechos considerados ofensivos a estos bienes jurídicos, mediante la imposición de sanción; también asumen un deber ante las normas recomendatorias de criminalización de, al menos, vincular al parlamento a la discusión legislativa sobre la protección de los bienes jurídicos a que se recomienda proteger, como un acto coherente con la búsqueda de realización del objeto y de la finalidad del tratado que se traduce en, por lo menos, hacer esfuerzos para cumplir integralmente el convenio internacional.

La existencia de normas facultativas en tratados internacionales que solamente recomiendan medidas de enfrentamiento a hechos ofensivos a determinados bienes jurídicos, tal como el artículo 21 de la Convención de Mérida, no son meros dispositivos figurativos sometidos a la soberanía absoluta y desmedida de los Estados, sino también los vinculan en la medida que, a pesar de no estar obligados a tipificar los hechos, deben al menos considerarlos. Eso implica tomar iniciativas para discutir en el parlamento las recomendaciones hechas en los tratados internacionales ratificados en tiempo razonable, como un acto de buena fe esculpido en el artículo 18 del Convenio de Viena.

Así, solamente se puede decir que el Estado considera la posibilidad de adoptar la tipificación de la corrupción en el sector privado si este se discute en el ámbito doméstico, según los trámites internos legislativos al respecto del tema que se materializa en los proyectos de ley de discusión parlamentaria en tiempo razonable. Sin embargo, lo que se critica en el escenario brasileño es que tal discusión es demasiado lenta, sin cualquier esfuerzo de los parlamentarios de conferir la relevancia que el tema merece frente a los crecientes escándalos de corrupción, incluso en el sector privado, que han surgido en los últimos años.

#### **4. Las consecuencias del panorama legislativo brasileño sobre la corrupción en el sector privado**

Inicialmente, es fundamental establecer la premisa teórica de que es un gran error la idea de que la corrupción en el sector privado causa menos efectos negativos sobre la sociedad. El predominio de los estudios acerca de la corrupción en el sector público sobre los del sector privado crea una falsa sensación de que el primero es más importante, pero es al revés. La prevalencia de estudios sobre la corrupción en el sector público puede ser explicada por la mayor dificultad de percepción de la corrupción en las relaciones entre particulares que, por su naturaleza, son privadas del conocimiento público y, por eso, hay pocos insumos para la investigación.

<sup>34</sup> Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*: CDI.

Sin embargo, este escenario ha cambiado gradualmente en los últimos años debido a la génesis de una serie de nuevos estudios respecto a la corrupción en el sector privado. Esto ha sido impulsado por los movimientos de legislación anticorrupción en diversos ordenamientos jurídicos en el mundo.

Especialmente en la última década, la teoría de los costes transaccionales ha contribuido para el aumento del interés científico sobre la corrupción privada y sobre su dicotómica relación con el sector público, siendo responsable por una serie de nuevos estudios que develaron al mundo un nuevo diseño paradigmático sobre el *modus operandi* de la corrupción y sus consecuencias.

Los primados de la teoría de los costes transaccionales apuntan a la existencia de diferentes tipos de incertidumbres, presentes en el ambiente donde una organización actúa y que influyen en diferentes tipos de costes que, al fin y al cabo, determinan la toma de decisiones de los entes privados (Karjalainen y Moxham, 2013). En lo que dice respecto a la corrupción, este estudio se centra en dos géneros de incertidumbres: la incertidumbre ambiental y la incertidumbre comportamental.

La incertidumbre ambiental consiste en la ambigüedad presente en el ambiente operacional relativa a la política, procedimientos y prácticas del gobierno que rige el territorio donde la organización está instalada y, a depender del grado de esa ambigüedad, hay un menor o mayor grado de imprevisibilidad para los gestores (Miller, 1992). Con el objetivo de suprimir la incertidumbre ambiental, en general, los gestores buscan informaciones sobre el ambiente externo. Sin embargo, la capacidad de los gestores en esta búsqueda es limitada. La previsión de resultados de sus decisiones se torna más oscura, culminando en el tipo de incertidumbre ambiental llamada incertidumbre informacional.

Para hacer frente al aumento de la incertidumbre interna, agravada por el riesgo de conocimiento sobre el ambiente externo, las organizaciones precipitan costes asociados a la búsqueda de informaciones necesarias para la ejecución de transacciones en el mercado de actuación, motivando a las empresas a que busquen mercados menos inciertos en términos ambientales para disminuir los costes de información (Madhok, 1996).

Mientras la corrupción privada opera en el seno de las relaciones privadas, el sector público no se aleja por completo de mantener cierta influencia en este campo. Como se ha manifestado en líneas anteriores, la política, los procedimientos y las prácticas del gobierno pueden significar una incertidumbre ambiental en la medida que estas son poco transparentes o contradictorias. El gobierno brasileño transmite un ejemplo práctico de dicha proposición teórica en la medida que el Jefe de Estado asume el compromiso de combatir la corrupción, incluso de discutir acciones efectivas de lucha contra el fenómeno en el sector privado. Sin embargo, el Poder Legislativo se mantiene ineficiente en crear normas que tipifiquen tal conducta como delito, como sucedió frente a los recientes escándalos de corrupción involucrando el sector privado en dos eventos de alcance mundial (Copa del Mundo 2014 y Juegos Olímpicos 2016), en un camino contrario al adoptado en relación a la corrupción en el sector público.

La postura del gobierno brasileño crea una imprevisibilidad para los gestores de organizaciones privadas que desean operar en el mercado nacional y que necesitan anticipar costes para coleccionar y procesar informaciones sobre la integridad ética de la iniciativa privada, y sobre la inclinación política estatal en criminalizar la corrupción privada.

El otro aspecto de incertidumbre es el asociado a la previsión de cuál comportamiento ha de ser adoptado por las otras personas; cuánto más alta la tasa de incertidumbre más alto es el riesgo de oportunismo (Brouthers y Brouthers, 2003). El oportunismo es conceptualizado como el comportamiento de aprovechar una oportunidad para defraudar o engañar a otra parte

de una relación (Smith, 2018). En el ambiente empresarial, el oportunismo es una preocupación constante de los gestores en la conducción de los negocios que, a modo de prevenirse contra sus efectos, precipitan costes de monitoreo y ejecución, tanto para garantizar que las partes cumplan con sus obligaciones predeterminadas, como para castigar o ejercer control sobre la parte que incumpla sus obligaciones, respectivamente (Sampath, Gardberg y Rahman, 2018).

Las organizaciones, especialmente las transnacionales, buscan evitar altos costes de transacción, relativos a la incertidumbre de comportamiento en determinados mercados. Es decir, el objetivo es evitar mercados que exigen altos costes con monitoreo y seguimiento que, consecuentemente, impactan en los resultados de los negocios. En este sentido, la corrupción en el sector privado posee un impacto muy negativo sobre la fiabilidad de un mercado, pues le torna menos atrayente a inversiones de capital extranjero y estimula la fuga de capital nacional para otros mercados más fiables.

En el caso brasileño, la ocurrencia de los dos mencionados escándalos de corrupción, involucrando los dos mayores eventos deportivos mundiales, demuestra las debilidades del gobierno en hacer frente a tales conductas, pues no sólo devela la costumbre delictuosa sino también la carencia de instrumentos de persecución; cosa que se agrava debido a la falta de interés del gobierno en luchar contra dicha práctica y tornar el mercado más seguro y atractivo para los negocios.

Aquel que piensa que el país no sufre los perjuicios por la corrupción entre los particulares, se engaña. La sociedad sufre igual que cuando se trata de desvío de dinero público. Los daños son colectivos, pues la economía nacional siente, como un todo, los impactos de un ambiente de incertidumbre de comportamiento, pues se aumentan los costes de monitoreo y ejecución para hacer negocios en el país y, consecuentemente, al momento de la toma de decisión de los gestores se torna un destino menos atractivo en comparación con mercados más seguros, en términos de poseer instrumentos de represión contra la corrupción en el sector privado.

Los estudios científicos sobre las perversas consecuencias de la corrupción en el sector privado de la sociedad no son exclusivos de las investigaciones jurídicas, habiendo, por cierto, una extensa gama de estudios en las áreas de administración y de la ciencia política (Montiel, Husted y Christmann, 2012). Ninguna organización actúa aisladamente, pero sí hace parte de un sistema complejo, de un organismo inteligente conectado con tantas otras instituciones que no solamente son entes privados. Dentro de esta organización están comprendidos varios actores del campo privado, tales como clientes, proveedores, inversionistas y empleados, los cuales componen lo que la ciencia de la administración y de economía llama de cadena de valor (Jung y Lee, 2017).

El éxito de una cadena de valor es sopesado por el grado de confianza entre los actores privados que la componen, pues las transacciones serán ejecutadas según lo acordado y con lo que se espera de una relación íntegra. Sin embargo, la corrupción en el sector privado degrada los lazos de confianza, necesarios para el establecimiento y manutención de una cadena de valor exitosa, pues debilita la previsibilidad acerca de patrones de comportamiento esperados en las relaciones comerciales (Lange, 2008).

Con el advenimiento de nuevas leyes nacionales de represión a la corrupción en el sector privado con alcance extraterritorial, como la *UK Bribery Act*, por ejemplo, los costes de transacción para un negocio se firman en un país marcado por la impunidad, como es el caso de Brasil, son muy altos y en muchos casos puede tornar la inversión desventajosa.

Así, la economía brasileña siente los efectos negativos de la ineficiencia legislativa en criminalizar la corrupción en el sector privado y del gobierno ejecutivo de desarrollar

mecanismos más efectivos de control y represión a la corrupción entre particulares. Las empresas brasileñas también sufren el impacto negativo, tanto para hacer negocios internos (frente a la desconfianza con los otros actores del mercado) como también para ampliar sus negocios para otros mercados, ya que ellos son verdaderas banderas rojas para los empresarios extranjeros en la hora de considerar un acuerdo comercial.

## 5. Conclusión

En términos prácticos, el Estado brasileño no posee esfuerzos sustantivos para criminalizar la corrupción en el sector privado, como lo hace con relación al sector público, en un claro conflicto de interés de los parlamentarios y de los ciudadanos.

Infelizmente, los escándalos de corrupción involucrando agentes públicos<sup>35</sup> han ocupado el debate público, por fuerza de la prensa, ofuscando el debate sobre la corrupción entre particulares.

Este contexto contribuye para que los parlamentarios desvíen la atención a otras medidas de combate al crimen bajo la excusa de una supuesta orden de importancia en donde la corrupción privada está entre los temas de última relevancia. Eso se percibe en el actual escenario de discusión parlamentario sobre el tema de la corrupción, en el que el Congreso Nacional brasileño se concentra con un proyecto legislativo sobre abuso de autoridad (PL 7596/2017) y el conjunto de proyectos legislativos anticrimen (PL 881/2019, PL 882/2019 y PL 38/2019) propuesto por el Ministro de Justicia Sergio Moro, que en nada contemplan al sector privado.

La carencia de medidas efectivas de los organismos internacionales para incentivar a países como Brasil a implementar respuestas normativas contra la corrupción privada contribuye para la permanencia de estos panoramas de ineficiencia. La historia brasileña ha mostrado que ni siquiera los escándalos de corrupción divulgados por la prensa, que involucraron los dos mayores eventos deportivos con sede en el país en la última década, fueron capaces de surtir efecto sobre el comportamiento parlamentario de inclinación a la criminalización de la corrupción en el sector privado, a diferencia de lo que ocurre cuando el tema es la corrupción en el sector público.

Entre los muchos motivos posibles, hay la poca importancia que se confiere por la opinión pública, que solamente empieza a cambiar a partir del esfuerzo de concientización de las instituciones públicas, de las entidades de la sociedad civil y de los organismos internacionales. Ese camino es un proceso lento, de hormiga, que va produciendo efectos en un largo lapso de tiempo, que requiere mucha paciencia y que añade riesgo de más perjuicios al orden económico del Estado.

Colmar el vacío legislativo penal en torno a la corrupción en el sector privado es un proceso complejo, impregnado de variables políticas, económicas e intereses de los grupos de presión, lo que contribuye a explicar, además del desinterés latente de los parlamentarios, el extendido plazo para que el sistema legal brasileño presente una respuesta en línea con el compromiso internacional asumido por Brasil en las Naciones Unidas.

Sin embargo, el sistema legal brasileño ofrece formas alternativas de responsabilidad que puedan tener un mismo impacto inhibitorio y represivo que la respuesta penal posee; que son la responsabilidad civil y administrativa, como ya ocurre con los particulares, que practican actos nocivos contra personas jurídicas de derecho público, en los términos de la Ley no. 12.846/2013<sup>36</sup>. Así, una medida inicial que pueda ser aprobada más rápidamente es la responsabilidad civil y administrativa de las personas jurídicas involucradas en actos de corrupción privada, haciendo que las empresas adopten políticas de integridad para prevenir, detectar y remediar tales actos para evitar o reducir las penas aplicables.

<sup>35</sup> Por ejemplo, los relativos a la Operación Lava Jato.

<sup>36</sup> Congreso Nacional de Brasil (2013).

Otra medida importante para presión a los Estados es la actuación de los organismos regulatorios para imponer patrones de conducta ética a las empresas del sector, como ya lo hace la Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), con las imposiciones de niveles diferenciados de gobernanza corporativa para clasificar empresas de capital abierto en segmentos de mejor confiabilidad (Nivel 1, Nivel 2 y Nuevo Mercado). Esto se repite en otros mercados regulados, por lo que tal práctica empieza a cambiar las costumbres comerciales y fortalecer una demanda por seguridad jurídica más sólida a través de la edición de leyes de repercusión general, tal como la criminalización de conductas indeseadas socialmente.

Brasil incurre en el riesgo de convertirse en un país menos atractivo a la inversión privada de empresas internacionales reguladas por legislaciones más efectivas en el combate de la corrupción con alcance extraterritorial. Así los efectos de la omisión del Estado brasileño pueden ser sentidos en la economía en un futuro próximo, ante la posibilidad de Brasil de figurar entre los países con mercados de mayor riesgo de desvíos éticos para los negocios internacionales.

Hay mucho que discutir sobre el tema del combate a la corrupción privada debido a su enfoque reciente y a la multiplicidad de soluciones posibles. Por eso, el debate no termina en las breves líneas de este estudio, pero sí es, solamente, un punto de partida para un espectro mayor de reflexión.

## Referencias bibliográficas

- Argandoña, A. (2003). La corrupción en el sector privado. *Documento de Investigación* 531, 1-20.
- (2005). “Private-to-private corruption”. *IESE Business School Working Paper* 531, 1-20.
- Argandoña, A. y Berendson, R. M. (2009). La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial. *Cuadernos de la Cátedra de Responsabilidad Social de La Empresa y Gobierno Corporativo* 4, 34-46.
- Bardon, C. B. (2013). El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *Revista para el Análisis del Derecho* 2, 1-30.
- Brouthers, K. D. y Brouthers, L. E. (2003). Why service and manufacturing entry mode choices differ: the influence of transaction cost factors, risk and trust. *Journal of Management Studies* 5, 1179-1204.
- Bruno, M. M. (2018). How corruption and football are connected in Brazil. En *The Brazilian Report*. <https://brazilian.report/society/2018/06/13/corruption-brazilian-football/>.
- Cuenca, C. G. C. (2009). *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. (2014). La corrupción ante el Derecho y la justicia. *Diritto Penale Contemporaneo* 1, 1-14.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. y Blanco Cordero, I. (2002). “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?”. En: Díez, J. L. (coord.), *La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo* (pp. 257-290). Madrid: Tecnos.
- Dinh, N. Q., Daillier, P. y Pellet, A. (2003). *Direito internacional público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Encinar Del Pozo, M. A. (2016). *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.

- Eastern District Of New York Attorney's Office. (2018). Former Brazilian soccer official sentenced to four years' imprisonment for racketeering and corruption offenses. En: *United States' Department of Justice*. <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/former-brazilian-soccer-official-sentenced-four-years-imprisonment-racketeering-and>.
- Grewatsch, S. y Kleindienst, I. (2017). When does it pay to be good? Moderators and mediators in the corporate sustainability – corporate financial performance relationship: a critical review. *Journal of Business Ethics* 2, 383-416.
- Hershman, M. J. (1996). Métodos para la investigación de la corrupción. *Revista Chilena de Ciencia Política* 18, 61-66.
- Jung, J. C. y Lee, K. P. (2017). Host country sourcing of multinational enterprises: a corporate social responsibility perspective. *Journal of Business Ethics* 3, 683-701.
- Karjalainen, K., Moxham, C. (2013). Focus on Fairtrade: propositions for integrating Fairtrade and supply chain management research. *Journal of Business Ethics* 2 267-282.
- Lange, D. (2008). A multidimensional conceptualization of organizational corruption control. *Academy of Management Review* 3, 710-729.
- Madhok, A. (1996). The organization of economic activity: transaction costs, firm capabilities, and the nature of governance. *Organization Science* 5, 577-590.
- Miller, K. D. (1992). A framework for integrated risk management in international business. *Journal of International Business Studies* 2, 311-331.
- Montiel, I., Husted, B. y Christmann, P. (2012). Using private management standard certification to reduce information asymmetries in corrupt environments. *Strategic Management Journal* 9, 1103-1113.
- Perez Cepeda, A. I. y Benito Sánchez, D. (2012). La política criminal internacional contra la corrupción. En I. B. Gómez de la Torre y A. E. Liberatore S. Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña* (pp. 21-59). Salamanca: Centro de Estudios Brasileños.
- Robles, M. U. (2015). *Corrupción, límites y psicoanálisis*. Madrid: El Duende.
- Rose-Ackerman, S. (2010). The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science* 6, 217-238.
- Sampath, V. S., Gardberg N. A. y Rahman, N. (2018). Corporate reputation's invisible hand: bribery, rational choice and market penalties. *Journal of Business Ethics* 3, 743-760.
- Sato, E. (2003). Conflito e cooperação nas relações internacionais: as organizações internacionais no século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional* 2, 161-176.
- Smith, J. (2018). Efficiency and ethically responsible management. *Journal of Business Ethics* 3, 603-618.
- Vargas, E. (2004). La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: las convenciones de la OEA y la ONU. *Nueva Sociedad* 194, 133-134.

## Legislación

- Asamblea General del Estado de New Jersey (1978). *The New Jersey Code of Criminal Justice*: Registro de Legislación, 19 de junio de 1978.
- Asamblea Parlamentaria de Bosnia y Herzegovina (2017). *Ley no. 64/2017*: Gaceta Oficial de Bosnia y Herzegovina, 13 de julio de 2017.

- Asamblea Popular Nacional de China (1979). *Código Penal de la República Popular de China*: Gaceta Oficial de la República Popular de China, 01 de julio de 1979.
- (1993). *Anti-Unfair Competition Law*: Gaceta Oficial de la República Popular de China. Adoptada por la Tercera sesión del Comité Permanente del Octavo Congreso Nacional del Pueblo de la República Popular de China, 2 de septiembre de 1993.
- Congreso de la República de Colombia (2000). *Ley no. 599/2000*: Diario Oficial de Colombia, 24 de julio de 2000.
- Congreso de la República del Perú (1991). *Decreto Legislativo no. 635/1991*: Diario Oficial de Perú, 08 de abril de 1991.
- Congreso de los Estados Unidos de América (1948). *Title 18 of the United States Code – Crimes and Criminal Procedures*: Registro Federal de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 1948.
- Congreso Nacional de Brasil (1988). *Constitución de la República Federativa de Brasil*: Diario Oficial de la Unión, 05 de octubre de 1988.
- (1996). *Ley no. 9.279*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 14 de mayo de 1996.
- (2006). *Decreto no. 5.687*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 31 de enero de 2006.
- (2011). *Ley no. 12.529*: Diario Oficial de la Unión. Adoptada por el Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil el, 30 de noviembre de 2011.
- (2012). *Proyecto de Ley del Senado no. 236*: Diario del Senado Federal. Protocolado por el Senador José Sarney el 09 de julio de 2012.
- (2013). *Ley no. 12.846*: Diario Oficial de la Unión, 01 de agosto de 2013.
- Consejo Nacional de la República Eslovaca (2005). *Ley no. 300/2005*: Colectivo de Leyes de la República de Eslovaquia, 02 de julio de 2005.
- (2012). *Ley no. 2065/2012*: Boletín Oficial de la República de Eslovenia, 14 de junio de 2012.
- Consejo Supremo de la República de Ucrania (2001). *Código Penal de la República de Ucrania*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 01 de septiembre de 2001.
- (2011). *Ley no. 3206-VI*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 01 de julio de 2011.
- (2014). *Ley no. 1700-VII*: La Rada Suprema de la República de Ucrania, 14 de octubre de 2014.
- Corte General del Estado de Massachusetts (1920). *Massachusetts General Laws: Acts and Resolves of Massachusetts*, 22 de diciembre de 1920.
- Legislatura del Estado de California (1872). *California Penal Code*: Información Legislativa Oficial de California, 14 de febrero de 1872.
- Legislatura Estatal de Texas (1856). *Texas Penal Code*: Gaceta Oficial de Texas, 28 de agosto de 1856.
- Parlamento de Austria (1974). *Strafgesetzbuch (StGB)*: Gaceta de Leyes Federales de la República de Austria, 23 de enero de 1974.
- Parlamento de Delaware (1899). *Title 11 of the Delaware Code – Crimes and Criminal Procedures*: Información Legislativa Oficial de Delaware, 10 de marzo de 1899.
- Parlamento de Emiratos Árabes Unidos (1987). *Ley Federal no. 3/1987*: Gaceta Oficial de los Emiratos Árabes Unidos, 08 de diciembre de 1987.
- Parlamento de Francia (1992). *Code Pénal Français*: Diario Oficial de la República Francesa, 22 de julio de 1992.

- Parlamento de la República de Singapur (1960). *Prevention of Corruption Act*: Gaceta Oficial de la República de Singapur, 17 de junio de 1960.
- Parlamento de Malasia (2009). *Act 694/2009 - Malaysian Anti-Corruption Commission Act 2009*: Gaceta Federal de Malasia, 08 de enero de 2009.
- Parlamento de República Checa (2009). *Ley no. 40/2009*: Colectivo de Leyes de la República Checa, 08 de enero de 2009.
- Parlamento del Líbano (1943). *Decreto Legislativo no. 340/1943*: Gaceta Oficial de la República del Líbano, 01 de marzo de 1943.
- Parlamento del Reino Unido (2010). *Bribery Act 2010 Chapter 23*: Registro Público Oficial de Reino Unido, 08 de abril de 2010.
- Parlamento Federal de Alemania (1851). *Strafgesetzbuch (StGB)*: Gaceta de Leyes Federales de la República Federal de Alemania, 13 de noviembre de 1998.
- Parlamento Nacional de los Países Bajos (1881). *Dutch Criminal Code*: Gaceta Oficial del Reino de los Países Bajos, 03 de marzo de 1881.
- Senado Federal de Brasil (2012). *Proyecto de Ley del Senado no. 236*: Diario del Senado Federal. Protocolado por el Senador José Sarney el 09 de julio de 2012.
- (2016). *Proyecto de Ley del Senado no. 455*: Diario del Senado Federal. Protocolado por la Comisión Parlamentaria de Investigación del Fútbol 2015 el 09 de diciembre de 2016.

### **Convenciones y tratados internacionales**

- Organización de las Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*: CDI. Adoptada por la Asamblea General el 23 de mayo de 1969.
- (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*: UNODC. Adoptada por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003.
- Unión Africana (2006). *Convención para la Prevención y el Combate de la Corrupción de la Unión Africana*: PRC. Adoptada por la Asamblea e Jefes de Estado y de Gobierno el 1 de julio de 2006.
- Unión Europea (1998). *Acción Común 98/742*: JAI. Adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 22 de diciembre de 1998.
- (2003). *Decisión Marco 2003/568*: JAI. Adoptada por Consejo de la Unión Europea el 22 de julio de 2003.