

CONVENCIÓN CONTRA EL SOBORNO TRANSNACIONAL DE LA OCDE

Arturo Onfray Vivanco*

Me corresponde presentarles algunas pistas de reflexión sobre la "Convención de la OCDE para combatir el cohecho de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales". Para ello he considerado principalmente tres aspectos fundamentales:

- Los antecedentes que sirven de base a la convención;
- La estructura de la convención y sus mecanismos de seguimiento; y
- Algunas reflexiones sobre la situación de Chile como Estado signatario de la convención.

I. ANTECEDENTES QUE SIRVEN DE BASE A LA CONVENCIÓN

La corrupción es compleja porque ella tiene un carácter multifacético, lo que la constituye en un tema transversal. Como decía la Presidente del Consejo de Defensa del Estado, la corrupción es un "fenómeno". Es difícil, entonces, encontrar una definición compartida sobre ella. Tanto es así que más de cien países reunidos en la sexta ronda de negociaciones de la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", que se acaba de celebrar en Viena, prefirieron no incluir una definición de corrupción en tal instrumento. Sin embargo, algunas pistas podemos entregar.

Si nos fijamos en la etimología de la palabra "corrupción", vamos a ver que corrupción es romper la armonía, romper aquello que va junto, romper aquello que está unido. Los autores que analizan el tema concuerdan, en general, en que la corrupción importa una violación del interés público para favorecer el interés privado. Esto no nos debe hacer olvidar esa tendencia que ya se ha manifestado acá por algunos de los panelistas en orden a ampliar la corrupción al sector privado porque esta definición que les acabo de dar corresponde a la forma tradicional de la corrupción, cual es la corrupción pública.

Resulta necesario señalar que la corrupción en sus diversas formas –ya sea pública o privada o blanca, gris o negra– representa altos costos para la sociedad. Estos costos son éticos, políticos, sociales y, desde luego, económicos. Son los costos económicos quizás los más evidentes y resultan particularmente importantes a propósito de la OCDE porque esta organización tiene como uno de sus objetivos fundamentales promover el desarrollo económico de los pueblos. Es interesante reconocer que la corrupción atenta contra el desarrollo económico ya que, de alguna manera, ello nos indica que el Derecho es un ente "vivo" que tiene importantes consecuencias sociales y no lo constituyen sólo simples descripciones de conductas carentes de sentido.

En lo específico, cabe destacar que la corrupción es una clara amenaza para el mundo de los negocios. La corrupción desde luego distorsiona al sistema de precios y las condiciones del mercado, reduce la confianza en las autoridades, afecta al desarrollo económico sustentable de los países y las empresas, desincentiva la inversión, aumenta la incertidumbre e incrementa los costos de las operaciones comerciales. Lo anterior adquiere una particular relevancia en el contexto de un mundo globalizado e interdependiente, lo que se refleja en el establecimiento de una serie de instrumentos jurídicos internacionales destinados a combatir la corrupción. Aquí estamos analizando las convenciones de la OEA, de las Naciones Unidas y de la OCDE, pero hay otras convenciones, de los países africanos, de los países asiáticos y de los países europeos, que tratan este tema.

En particular ahora nos interesa revisar la "Convención de la OCDE". ¿Qué es la OCDE? La OCDE –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico– es una organización internacional, intergubernamental, que reúne a los países más industrializados de las economías de mercado. En la OCDE los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros. Esto es interesante, ya que la OCDE no solamente tiene por objetivo procurar el desarrollo de los países miembros sino también de los países no miembros, como es el caso de Chile.

La OCDE tiene sus raíces históricas en el año 1948 en la "Organización para la Cooperación Económica Europea", esta organización tuvo por objetivo administrar el llamado "Plan Marshall" para la reconstrucción europea después de la Segunda Guerra Mundial. En 1960 ese plan ya había cumplido su cometido. Entonces los países europeos que formaban esta organización, más Estados Unidos y Canadá, decidieron unirse para formar la OCDE y así se firmó una convención ese año, el 14 de diciembre de 1960.

La sede de la OCDE se encuentra en París y su objetivo es promover el máximo crecimiento económico entre sus integrantes y la mayor apertura al comercio y a la inversión internacional. Es importante destacar que los países miembros de la OCDE comparten un grado de homogeneidad respecto de principios de política económica, democracia plural y respeto a los derechos humanos.

La OCDE es una institución de gran tamaño y bastante productiva. De hecho produce convenios internacionales, recomendaciones y cientos de publicaciones en materias sociales y económicas. Para esto la OCDE está estructurada a base de unidades, las cuales están formadas por representantes de los Estados nacionales. Una de tales unidades es la Dirección de Asuntos Financieros de la cual depende la Unidad Anticorrupción y de la cual, a su vez, es parte el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre cohecho en las transacciones comerciales internacionales.

La OCDE ha desarrollado importantes esfuerzos para combatir la corrupción. Ellos buscan combatir, principalmente, la oferta, o sea, frenar a aquel que está dispuesto a hacer pagos irregulares con el fin de recibir mejor atención de los funcionarios o bien de hacer más atractivas las oportunidades de negocios. Sin embargo, la OCDE también combate la corrupción desde la demanda, esto es, desde el punto de vista de las exigencias de los servidores públicos para recibir un beneficio o pago extra a cambio de favorecer a alguien o de realizar un servicio.

El combate a la corrupción desde la oferta está contenido en la "Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales" en tanto que el combate a la corrupción desde la demanda está contenido en algunas recomendaciones de la OCDE como, por ejemplo, la recomendación para mejorar la conducta ética en el servicio público.

Hay varios instrumentos jurídicos y elementos que son importantes de destacar como antecedentes de la convención. Desde luego, parece necesario mencionar la "ley de prácticas corruptas en el extranjero", de Estados Unidos, del año 1977, porque esta fue la primera iniciativa en la que un gobierno involucró directamente a las empresas en el combate a la corrupción.

Más tarde, a comienzos de los años noventa, después de los cambios políticos que ocurrieron post Guerra Fría, luego de escándalos de corrupción muy graves que tuvieron lugar fundamentalmente en Italia –cómo no recordar la "Operación Manos Limpias" que se da a principios de los años 90– y también producto de las presiones de Estados Unidos, se creó un espacio favorable para negociar la "Convención de la OCDE" y así fue como en el año 1997 se llegó a la "Convención de la OCDE" que estamos revisando.

En forma paralela o adicional a esta convención, es importante destacar que hay algunas recomendaciones que están muy estrechamente vinculadas con los principios fundamentales contenidos en la misma convención como, por ejemplo, la recomendación de la OCDE sobre la prohibición de deducir fiscalmente los pagos de sobornos efectuados por las empresas. De hecho, la no posibilidad de deducir los pagos efectuados por concepto de soborno de las contabilidades es un tema que preocupa mucho a la OCDE.

¿Por qué una convención internacional? Los argumentos que se dieron para favorecer la existencia de esta convención fueron la necesidad de nivelar el campo de juego económico al evitar que las empresas que incurren en prácticas indebidas y que no son sancionadas en sus países de origen cuenten con una ventaja indebida al buscar negocios internacionales. Se buscó así configurar un nuevo tipo que no estaba normalmente recogido en las legislaciones penales de los países, cual es el soborno internacional y, por otro lado, se buscó favorecer la equidad, es decir, un impacto benéfico en la participación de pequeñas y medianas empresas en un mundo globalizado. Este tema no es menor porque de acuerdo a las estadísticas que he podido revisar en la preparación de esta presentación, sólo en Estados Unidos, entre el año 1994 y el 2000, se registraron cerca de 400 denuncias de corrupción en contratos internacionales con un valor ascendiente a 200 mil millones de dólares. Por otro lado, conforme al "índice de opacidad" del año 2001, confeccionado por la empresa Pricewaterhouse Coopers, se estima que el costo de la corrupción para las empresas que operan en China equivale a un impuesto adicional al 46%.

II. ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN Y SUS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO

Para presentarles algunas ideas básicas sobre la convención me pareció importante hacer un desglose de los rubros más interesantes dentro de la convención, y en ese sentido he distinguido entre:

- El rubro penal;
- El rubro contable y financiero;
- El lavado de dinero, y
- La asistencia legal mutua.

En el rubro penal, que es quizás el más importante, cabe destacar que el artículo 1º de la convención establece la obligación de definir como delito y castigar el acto de soborno para obtener negocios internacionales. Tal mandato se tradujo en una modificación de nuestro Código Penal a través de la inclusión del artículo 250 bis A al párrafo del cohecho.

La convención sanciona expresamente la hipótesis de la complicidad. En nuestro país no se estimó necesario regularla expresamente porque se cubría suficientemente con las reglas generales de la autoría.

La convención establece la responsabilidad de las personas jurídicas. Si en el país no se establece el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es exigible esta responsabilidad; sin embargo, si eso ocurre es necesario que se establezcan conforme lo señala el artículo 3 de la convención, sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas de carácter no penal incluyendo sanciones pecuniarias.

La convención demanda un sistema de sanciones de carácter penal, eficaces, proporcionadas y disuasivas.

Sin perjuicio de esas sanciones penales, la misma convención contempla otras posibles sanciones como son el embargo, el decomiso y sanciones civiles y administrativas.

En el rubro contable y financiero la convención establece una serie de recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables y se exige, además, a los países tomar las medidas necesarias para establecer sanciones de carácter civil, administrativo y penal por concepto de omisiones, alteraciones, fraudes y/o falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de cohechar a funcionarios públicos extranjeros u ocultar dicho cohecho.

Quiero destacar que en el rubro contable y financiero existen dos temas altamente sensibles en la OCDE, los cuales han sido objeto de comentarios y recomendaciones, a saber:

- La prohibición de llevar contabilidades paralelas; y
- La prohibición de deducir fiscalmente los pagos de sobornos efectuados por las empresas, lo que, aunque parezca extraño, era posible en algunos países tan desarrollados como Canadá hasta el año 1991.

En el rubro de lavado de dinero la convención establece que cada Estado parte que haga del cohecho de sus servidores públicos un delito antecedente, para la aplicación de su legislación concerniente a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, hará lo mismo respecto del cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Lo anterior es un tema sensible en Chile ya que recientemente el Senado ha decidido incorporar como delito antecedente del lavado de dinero, en el marco del análisis del proyecto de ley que crea una unidad de inteligencia financiera, el delito de cohecho. Tendríamos, entonces, que incorporar también el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros como delito antecedente del lavado de dinero.

Por último, tenemos el rubro de la asistencia legal mutua, este es un tema clave para la eficiencia y eficacia de la convención, es una necesidad del mundo global y es importante para hacer viva la norma contenida en la convención. La convención obliga a los países signatarios a proveer asistencia legal mutua y a compartir información relevante de manera oportuna, en procedimientos penales y no penales.

Hay un tema relativo al secreto bancario que es interesante. Un Estado parte no puede rehusarse a otorgar asistencia legal mutua en materias penales dentro del ámbito de la convención con base en el argumento del secreto bancario. Por último, en la convención se establece una serie de prohibiciones relativas a la extradición.

Al comienzo de este seminario el Ministro de Justicia destacaba la importancia de los mecanismos de seguimiento y monitoreo en las convenciones. Sin duda que esto es también así en la "Convención de la OCDE", lo que se refleja en la existencia de un grupo de trabajo en la OCDE sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales que está a cargo precisamente de estos mecanismos de seguimiento y monitoreo.

Los mecanismos de seguimiento y monitoreo contemplan dos fases:

- Una primera fase es la de evaluación o implementación, la que busca determinar si los sistemas legales nacionales son compatibles con los lineamientos de la convención y, en su caso, si no lo son, emitir recomendaciones. La primera fase de evaluación está concluida para casi todos los países signatarios de la convención. Faltan sólo tres países: Turquía, Eslovenia y Chile. Nuestro país va a ser sometido a esta evaluación en octubre de este año. El proceso es relativamente largo y supone la designación de dos países evaluadores. En el caso de Chile estos países son Argentina y España. Chile tiene que contestar un cuestionario que es propuesto por la Secretaría del grupo de trabajo sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales; las respuestas a este cuestionario se remiten a la Secretaría así como a los países evaluadores; se formulan, entonces, contrapreguntas por la Secretaría y los países evaluadores, a las cuales Chile contesta y, en octubre, en París, se discute esto y se presenta un informe al grupo de trabajo, el que está integrado por todos los países de la OCDE, quienes deciden en definitiva si aprueban la primera fase de evaluación, en este caso para Chile.

- La segunda fase de evaluación es la fase de aplicación, la que busca evaluar e identificar los problemas potenciales para asegurar el cumplimiento de la convención. Esta segunda fase de evaluación va de noviembre del año 2001 a diciembre del año 2008 y se ha aplicado ya en varios países: Alemania, Bulgaria, Canadá, Estados Unidos e Islandia. La opinión generalizada entre los especialistas es que la segunda fase es tanto o más importante que la primera por cuanto es la oportunidad para evaluar la efectiva aplicación de la convención, en ese sentido se revisa si existe en el país la estructura para cumplir con las leyes y reglas de la convención y si los principios contenidos en la convención han sido adecuadamente difundidos, son conocidos y son cumplidos por los sectores público y privado. El mayor problema que representa esta segunda fase es su costo porque esta es una etapa que se realiza in situ. La primera fase se realiza en París pero en la segunda fase los especialistas de los países evaluadores tienen que trasladarse al país evaluado, lo que representa un costo mayor. El segundo tema que presenta problemas es que, como no ha transcurrido mucho tiempo desde que se firmó esta convención, son pocos los casos de corrupción transnacional que se han llevado a los tribunales.

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN DE CHILE COMO ESTADO SIGNATARIO DE LA CONVENCIÓN

Por último, caben algunas referencias sobre Chile y la convención. Chile ratificó la convención de la OCDE el 18 de abril del año 2001, a partir de ello, y para poder cumplir con la primera fase de evaluación, tuvo que implementar la normativa destinada a aplicar la "Convención de la OCDE", lo que se tradujo en la dictación

de la Ley Nº 19.829, de fecha 8 de octubre del año 2002, que introdujo los artículos 250 bis A y 250 bis B al Código Penal básicamente recogiendo la figura del cohecho activo en transacciones comerciales internacionales.

Es interesante a propósito de lo que aquí aparece que Chile no obstante no ser miembro de la OCDE fue invitado a firmar esta convención porque la OCDE consideró que el desempeño económico y el desarrollo político de Chile eran muy destacados. Junto con Chile, hubo otros países en la región, como Argentina y Brasil, quienes también firmaron esta convención.

Chile está siendo objeto de la primera fase de evaluación en el año 2003, la que concluirá en octubre en París. Los países evaluadores son Argentina y España siendo importante destacar, también, que Chile, a su vez, ya ha sido país evaluador en los casos de Portugal y Brasil, lo que le ha aportado una experiencia bastante valiosa para poder someterse como país a este proceso de evaluación.

Hay algunos detalles más que tenía aquí en orden a problemas del tipo recogidos en el artículo 250 bis A, pero me parece que ya con esto he dado una visión general del tema, la que espero que les haya permitido aclarar algunas dudas.

Muchas gracias.

* ARTURO ONFRAY. Abogado del Consejo de Defensa del Estado, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales y Profesor Ayudante del Curso "Sociedad Contemporánea y Corrupción" impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
