

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Miguel Ángel Peñailillo*

Muy buenos días. Es un placer para mí estar aquí frente a ustedes en esta universidad y, además, acompañado de tantos colegas a quienes respeto y aprecio.

Me han pedido que exponga muy brevemente cuáles son los desafíos de Chile en el cumplimiento de un instrumento jurídico internacional específico, cual es la "Convención Interamericana contra la Corrupción", que suscribimos en el año 1996 y que, hace ya más de 3 años, tiene plena vigencia en nuestro país.

Mi exposición va a ser un tanto adjetiva, voy a ver el problema desde un punto de vista fundamentalmente procesal aun cuando finalizaremos con una breve mirada a cuál es el desafío actual, en este preciso instante, de Chile respecto de esa convención. No voy a entrar a detallar el contenido de la convención, es bastante conocido y seguramente sí vamos a entrar un poco más en detalle cuando veamos exactamente cuál es el problema al que ahora nos enfrentamos dentro del marco de esta convención.

Hay una serie de instrumentos jurídicos internacionales en materia de lucha contra la corrupción. Los que nos importan a noso-

* MIGUEL ÁNGEL PEÑAILILLO. Abogado, representante de Chile ante el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y Abogado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

tros básicamente son: La “Convención Interamericana Contra la Corrupción”, la “Convención de la OCDE para el combate al soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” y la Convención que se está negociando en este momento de las Naciones Unidas contra la corrupción, la “Convención Global contra la corrupción”. Veamos cuáles son las notas diferenciadoras de la “Convención Interamericana contra la corrupción” respecto de estas otras que he mencionado.

En primer lugar, se trata de una convención que reúne a Estados partes que son muy distintos entre sí, lo que no es menor, atendida la dificultad de poder implementar un compromiso internacional en países que, fuera de su elevado número —33 Estados—, tienen diferencias sustanciales. Pensemos básicamente en la población de Brasil, 170 millones de habitantes, y compáremosla con la población de Uruguay de 3 millones de habitantes; o pensemos en el PIB per cápita de Estados Unidos que está en los 34 mil dólares y pensemos en el PIB per cápita, ajustado según poder adquisitivo, de Haití con mil cuatrocientos dólares o de Nicaragua con 2.300 dólares. O miremos el problema desde el punto de vista territorial simplemente, si es tan posible dar plena vigencia y aplicación a una convención internacional en todo un territorio, pensemos en Ecuador con 250 mil kilómetros cuadrados y toda su diversidad geográfica, y al mismo tiempo los 9 millones de kilómetros cuadrados de Canadá. Estamos hablando de una convención que está firmada por países que van territorialmente desde Alaska hasta Tierra del Fuego. La diversidad geográfica, la diversidad de gente, la diversidad en la situación económica, social, productiva, es vastísima. En el caso de la OCDE es un tanto diferente, hay una mayor uniformidad —aunque no total— en los Estados parte. Esta ya es una nota diferenciadora de la convención de la OEA, reúne a todos los países del continente americano en sus diversidades.

En segundo lugar, es una convención que contempla compromisos que van más allá de las homologaciones de naturaleza penal. Esta convención lo que hace es introducir no sólo delitos que deban incorporarse en los estatutos nacionales o medidas de cooperación y asistencia, sino que además se enfoca sobre las medidas preventivas de la corrupción. La diferencia es notable entre el impulso para homologar figuras penales y colaborar para que tengan éxito esas homologaciones, con la dificultad para incorporar medidas preventivas, medidas de política y medidas administrativas que pueden ser muy

distintas dependiendo del país y que además tienen un fuerte contenido político y soberano en el origen, en su desarrollo, en su evaluación. Es importante el tema de la prevención y yo lo pongo de relieve en este seminario porque seguramente voy a ser el único que va a hablar del tema de la prevención a propósito de estas convenciones.

Considero importante mencionar entonces este pequeño artículo 3° de la "Convención Interamericana", que nos dice que debemos tener normas de conducta para administrar nuestros dineros fiscales, que debemos tener normas de conducta para resolver los conflictos de intereses, que debemos tener normas que ayuden y posibiliten que los funcionarios denuncien actos de corrupción, que debemos contar con mecanismos para hacer efectivas las normas de conducta o que debemos contar con declaración pública de patrimonio, con órganos superiores de control, con leyes que eliminen los beneficios tributarios en el caso de prácticas corruptas, y también con sistemas para la contratación de funcionarios públicos y con participación de la sociedad civil en los esfuerzos de prevención. Cuando estamos hablando de la prevención, estamos tratando de hacer notar —y en esto les pido atención— su importancia como condición necesaria de eficiencia y eficacia de la represión.

Si todos los Estados solamente se preocuparan de la represión y no de la prevención tal vez la ausencia de prevención inundaría de prácticas represivas a los Estados. El costo de la represión es altísimo, y para que ésta sea efectiva además debe tratarse de casos aislados dentro del conjunto. La ley penal es la última razón, no puede ser la primera, la constante y la última.

La otra nota diferenciadora de la convención es que cuenta con un mecanismo de seguimiento de reciente nacimiento y con características propias. Ya no da lo mismo que los países suscriban tratados y que quede sujeto a su sola voluntad si los aplican o no los aplican, y si cumplen en qué medida. Hoy en día las convenciones internacionales se dan a sí mismas, han incorporado en sus cuerpos muchas veces o en anexos, la posibilidad de que los Estados firmantes se sometan a un mecanismo de seguimiento, de auto evaluación o de evaluación mutua. La "Convención Interamericana contra la Corrupción" cuenta desde hace sólo dos años con un mecanismo de seguimiento que tiene ciertas características y vamos a pasar a ver entonces este mecanismo de seguimiento.

Primeramente, ¿qué es un mecanismo de seguimiento? Si en materia de gestión pública uno puede hablar de instrumentos de segui-

miento, de evaluación y control, en el cumplimiento de las convenciones y los compromisos internacionales los mecanismos de seguimiento pueden definirse como instrumentos de observación, análisis, y eventualmente de monitoreo, que buscan determinar el grado de incorporación e implementación de los compromisos contenidos en instrumentos jurídicos internacionales que han llevado a cabo los Estados parte. Fundamentalmente es un sistema de observación, de confrontación, de diálogo entre quienes están involucrados en una tarea común. Las finalidades pueden apuntar a obtener información, a promover ciertas instituciones, a homologar conductas sancionables, a aunar políticas y a favorecer la cooperación y la asistencia en su caso.

¿Cuáles son las características generales del mecanismo de seguimiento de la “Convención Interamericana Contra la Corrupción”? Básicamente se trata de un mecanismo voluntario, esto significa que no es un mecanismo que estaba incorporado en la convención al momento de firmarla, fue introducido después un mecanismo de seguimiento al cual voluntariamente han adherido los Estados o la casi totalidad de los Estados parte firmantes; de los 33 Estados en este momento hay 29 Estados firmantes que además han adherido al mecanismo de seguimiento, es decir, se han sometido a un mecanismo de evaluación al cual no estaban obligados hace 2 años atrás. En segundo lugar, no busca monitorear. Esa es una palabra un poco más aguda y que se acerca muchas veces al concepto de certificación. Finalmente busca analizar la forma en que se implementan las disposiciones como una manera de impulsar su cumplimiento y facilitar la cooperación entre los Estados. En tercer lugar, no implica la adopción de sanciones y por último está incorporado el respeto, en el mismo mecanismo, a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado parte.

Vamos adentrándonos ahora en las características específicas del mecanismo de seguimiento. Primero, en cuanto a la estructura, ¿cómo se estructura este mecanismo de seguimiento, cómo dialogan los Estados parte? Básicamente existen 3 órganos:

- La conferencia de Estados parte, donde participan los Estados representados por sus diplomáticos, por sus embajadores, jefes de misión. Es el órgano político el que puede establecer cambios en el mecanismo de seguimiento de la convención.
- Existe un Comité de Expertos, que es el órgano técnico y que se reúne 3 veces al año en la sede de la OEA en Washington,

para proceder a analizar parte por parte, disposición por disposición el estado de implementación de la Convención Interamericana en los Estados que han sido seleccionados, de acuerdo a un calendario previamente establecido.

- Finalmente, está la Secretaría como un órgano de apoyo, servicio de Secretaría que aporta la Organización de Estados Americanos.

En términos de tiempo, existen períodos para evaluar. Estos períodos se denominan “Ronda”. Estas rondas también existen en los otros mecanismos de seguimiento de otras convenciones, como el caso de la OCDE. La ronda es el período de tiempo que se dan los Estados para analizar específicamente una materia que han seleccionado. En el caso de la convención de esta primera ronda, la cual se encuentra en ejecución, se ha seleccionado básicamente materias relativas a la prevención de la corrupción y se ha introducido además la evaluación de los mecanismos de asistencia y cooperación y la existencia de autoridades centrales para hacer efectiva la asistencia y la cooperación.

El Comité de Expertos, por su parte, se ha dado criterios de análisis, es decir, la información que se recaba a través de cuestionarios que deben responder los Estados y que son informados a la OEA debe analizarse sobre ciertos criterios uniformes. ¿Qué criterios son estos? ¿Cómo el Comité de Expertos puede adoptar una decisión respecto de la situación particular de un Estado en la implementación de una norma o de una institución jurídica?

El primer criterio de análisis general es el de **“tratamiento igualitario”**, que significa que todos los Estados parte serán analizados en el marco de la ronda y de acuerdo con los mismos criterios y los mismos procedimientos. Así, el cuestionario es el mismo para todos los Estados parte, y todos los informes por país, aunque parezca un asunto menor, tienen la misma estructura.

El segundo criterio general es el de la **“equivalencia funcional”**. Este es un criterio adaptado del mecanismo de seguimiento de la OCDE, y en el caso de la “Convención Interamericana” implica que el comité analizará las medidas tomadas por un Estado parte en cuanto a la aplicación de las disposiciones específicas de la Convención para determinar si ellas buscan cumplir con las obligaciones y propósitos de ella, es decir, no se verifica si ellas cumplen con las obligaciones de la convención, sino que, si buscan cumplir, se trata

de un criterio con un sentido teleológico que permite adaptar la norma de la convención a la realidad de cada país. Al respecto entonces el Comité debe revisar la información dentro del sistema, dentro del contexto legal, específico, de cada Estado parte y no examina si las medidas son uniformes entre los distintos Estados, sino que aprecia la equivalencia de éstas en la búsqueda del cumplimiento de las finalidades señaladas.

El tercer criterio de evaluación general o de análisis general es el **“fortalecimiento de la cooperación”**, de acuerdo con el cual la información recibida de los distintos Estados es analizada siempre teniendo en cuenta que tanto la Convención como el Mecanismo tienen como propósitos promover, facilitar y fortalecer la cooperación entre los Estados parte en la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción. Los esfuerzos de análisis buscan detectar los lugares y modos donde es necesario establecer un fortalecimiento en la cooperación para lograr –justamente– una mejor implementación de la Convención.

Hay criterios específicos también –ya entrando en el mayor detalle–. Cuando se tiene un cúmulo de información se verifica cuál es el nivel de avance de la implementación; si existe un marco jurídico, o en lugar del marco jurídico, si existen medidas que suplan de alguna manera el marco jurídico que debiera haber; si ese marco jurídico y las medidas son adecuadas realmente para cumplir la finalidad de la convención, y cuáles son los resultados objetivos que puede mostrar el Estado respecto de cada una de las disposiciones seleccionadas.

Ahora bien ¿cuáles son aquellas materias sobre las que Chile se encuentra bajo análisis en este preciso instante, ya que estamos en el medio de la primera ronda y Chile va a ser evaluado en enero de este año?

Se nos pregunta si tenemos normas de conducta orientadas a la prevención de conflictos de intereses y a asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. También si existen medidas y sistemas que exijan a los funcionarios la denuncia de actos de corrupción, tema sensible que ha adquirido notoriedad en el último tiempo. Adicionalmente, nos preguntan acerca de la existencia de mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de las normas de conducta, es decir, si existen sistemas, instituciones, normas que busquen en conjunto hacer cumplir todas estas normas que anterior-

mente he mencionado; si tenemos sistemas para la declaración de ingresos, de activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas, y para la publicación de las mismas cuando corresponda. Quiero hacer notar que en esa parte Chile no cuenta con una declaración de ingresos; existe algo parecido, pero no es lo mismo, que es la declaración de intereses. Se trata de instituciones incorporadas tanto en la normativa de los Tribunales de Justicia –el Código Orgánico de Tribunales–, del Banco Central –para los directores del Banco Central–, de los Diputados y Senadores, y de todas las autoridades y funcionarios directivos y en algún caso también los profesionales de la administración del Estado. Sin embargo, en el seno del Comité de Expertos cuando se planteó este tema, debimos anticipar una explicación y un debate en su momento, para que en enero próximo dicho Comité no se encuentre con sorpresas respecto de Chile. Me explico. Existía la idea de que el sistema de declaración de ingresos sólo servía para perseguir el delito de enriquecimiento ilícito, delito que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto nos estarían evaluando sobre algo que no tiene sentido para nosotros pero sí tiene sentido para la gran mayoría de los otros países del continente, y debió sostenerse una discusión de aproximadamente dos horas para poder concordar que las declaraciones de ingreso, las declaraciones de patrimonio, declaraciones de bienes o las declaraciones de intereses, tienen una doble finalidad: no sólo preconstituir prueba para el delito de enriquecimiento ilícito sino, también, exponer ante la opinión pública con transparencia los intereses que pueden estar involucrados en una decisión y cuáles son los intereses que podrían colisionar respecto del funcionario que toma una decisión en el Estado, y por lo tanto servía para prevenir conflictos de interés. Entonces no es tan simple finalmente cuando uno lee la disposición de la Convención saber cuál es la aplicabilidad específica que tiene en el caso chileno. También se nos pregunta si tenemos órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas, es decir, nos preguntan por nuestra Contraloría General de la República, por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, por la Dirección de Presupuestos, o nos preguntan por una Superintendencia o por el Ministerio de Justicia en algunos casos. También nos preguntan si tenemos mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en la prevención de la corrupción, un gran

tema que está en la agenda larga, en la agenda del 2003, y ya estaba incorporada desde antes, en una serie de proyectos, la ley sobre participación ciudadana. Finalmente, dentro de la Ronda se nos requiere información sobre el cumplimiento de nuestro compromiso de prestar asistencia judicial y cooperación técnica mutua. En esto en general ha habido bastante dificultad; los Estados que hasta el momento han sido evaluados han constatado internamente que desconocen exactamente cuál es el grado de cumplimiento de su obligación de asistencia judicial y que se maneja muy fragmentariamente la información sobre cooperación técnica mutua que normalmente se da interinstitucionalmente. En casi todos los casos no se había designado una autoridad central que fuera el puente entre las solicitudes internacionales y las solicitudes internas, o las respuestas internas a esas solicitudes. Muchas veces se descubrió que había 2 ó 3 canales de comunicación. En Chile afortunadamente tenemos mayor certeza sobre eso, pero evidentemente que hemos tenido que entrar a un conocimiento mayor respecto del ordenamiento y el funcionamiento interno de nuestro Estado.

Llegado este punto, hagamos un balance en atención a que vamos a ser evaluados, en octubre en la OCDE, en materia de lavado, de sobornos, de normas contables y de auditoría para el sector privado, y en enero de 2004 en el marco de la OEA respecto de fundamentalmente medidas preventivas y sobre la asistencia y cooperación. Cuáles son los aspectos positivos del mecanismo de seguimiento y lo que ha significado para nuestro país.

Primero, el aprendizaje de **nuevas prácticas de cooperación** es un aporte indudable. Es a propósito de la “Convención Interamericana Contra la Corrupción” que se crea, a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores, el “Grupo Nacional de Expertos sobre Corrupción” que reúne actualmente a 14 instituciones públicas, seguramente se me va a quedar alguna en el tintero y pido disculpas anticipadas, pero está la Dirección de Política Especial del Ministerio de Relaciones Exteriores —que además es quien convoca y sostiene este grupo—, el Consejo de Defensa del Estado, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda, la Dirección de Presupuestos, el Comité de Inversiones Extranjeras, la Policía de Investigaciones, el Banco Central, la Contraloría General de la República, la Corte Suprema, la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

El segundo aprendizaje de estas nuevas prácticas de cooperación es que la sociedad civil también tiene algo que decir y es útil para contrastar no distintas realidades sino distintas visiones acerca de una misma realidad. Finalmente también hemos aprendido internacionalmente que es posible construir acuerdos sobre asuntos que antes eran considerados predominantemente asuntos internos, es decir, el tema de la corrupción, el flagelo de la corrupción ya está asentado como una práctica que —no importa dónde se produzca— va a producir un efecto en nuestro país, en nuestra vida cotidiana.

El segundo aspecto positivo es la **generación de estándares internacionalmente aceptados** en materia de corrupción.

Estamos construyendo estándares que nos permiten medirnos a nosotros mismos y ver a los demás; no son estándares impuestos, los comités técnicos justamente lo que permiten es aunar criterios que antes pudieron estar dispersos.

En tercer lugar, la **vinculación y retroalimentación** entre el sistema internacional y los sistemas nacionales van siendo cada vez mayores, otorgando un grado de coherencia superior en las prácticas y en las medidas de prevención y de represión de la corrupción.

Pero también seamos críticos y veamos cuáles son los desafíos (para terminar porque estoy en el tiempo).

En materia de normas de conducta ¿cuáles son los desafíos de Chile? Tenemos una seria deficiencia en materia de inducción del personal de la administración pública y de los órganos del Estado, y en términos de capacitación permanente en materias de ética pública, de responsabilidad, de cumplimiento honorable de la función. Es una seria deficiencia y no será sorpresa tal vez si eso aparece en su momento en el informe de la OEA o en cualquier otro informe.

Segundo, el estímulo a la denuncia de los funcionarios es una dificultad que tiene muchas aristas, materia sobre la cual el Consejo de Defensa del Estado, justamente para el informe dirigido a la OEA, hizo un informe enriquecedor sobre la materia; el perfeccionamiento de los mecanismos de verificación y transparencia de la declaración de intereses, la declaración de intereses en la medida de que no es plenamente pública, no es plenamente representativa, o no es verificable, carece de la eficiencia necesaria para cumplir con los propósitos para los cuales fue instituida; y, finalmente, un tema pendiente por años, el fortalecimiento de la participación ciudadana en las decisiones de lo público. Ayer estaba en el Congreso asistiendo a un seminario internacional sobre el Ombudsman, el Defensor del

Pueblo, y la pregunta que estaba en el aire era: si el Estado está para defendernos de las arbitrariedades, ¿quién nos protege de nuestros protectores? Se referían a la corrupción pública por supuesto, pero también y especialmente —eso lo noté a poco andar el seminario— a la corrupción privada, o a aquella frontera que se da a través de los servicios públicos que prestan empresas privadas. Todos coincidían, y los expertos internacionales asistentes también, en la importancia de la participación ciudadana como mecanismo de prevención de la corrupción, de involucramiento y de legitimación de la actuación pública.

Estos son —a mi juicio— los desafíos actuales de Chile en el marco de la “Convención Interamericana Contra la Corrupción”.

Muchas gracias a todos.