

NEGOCIACIÓN DE LA CONVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS NACIONES UNIDAS

Rodrigo Medina Jara*

Quisiera señalar que el grupo de trabajo nacional encargado de negociar la "Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas" es un grupo que se formó al amparo, con el auspicio y con la iniciativa, que quisiera destacar y señalar aquí, del Ministerio de Relaciones Exteriores, fundamentalmente de su Dirección de Política Especial y de la Dirección Jurídica de dicho Ministerio, además del Consejo de Defensa del Estado y de la sociedad civil, de la que me siento parte y en cuya calidad tomé parte en el mismo.

Este es un grupo de trabajo que se ha reunido periódicamente desde hace un par de años en el Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de apreciar los avances que ha tenido la negociación de esta convención en Viena.

En este año, desde el 21 de julio hasta el 8 de agosto, en Viena, la negociación de la Convención ha celebrado su 6º período de sesiones y muy destacados miembros de este grupo han podido asistir a sus deliberaciones con el objeto, principalmente, de llevar la voz, la participación y la deliberación del pequeño grupo de trabajo homónimo acá en Chile.

Quisiera destacarles que esta "Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción" lo que ha hecho es, en una gran medida, recoger las iniciativas de otras convenciones o de otros instrumentos internacionales que ha tenido a la vista para plasmar un documento global, general y omnicomprensivo del tema de la corrupción, recogiendo, de tal manera, la "Convención Interamericana contra la Corrupción", la "Convención de la OCDE" relativa al soborno transnacional o al cohecho en transacciones comerciales internacionales, pero también las convenciones del ámbito del Consejo de Europa y de la Unión Europea, particularmente la "Convención sobre la sanción penal al delito de corrupción" del año 1999 en el seno del Consejo de Europa, y muy principalmente la Convención que acaba de ser mencionada y acaba de ser analizada por el Embajador González: la "Convención contra la delincuencia organizada" de Palermo. Todas ellas y otras han sido tenidas a la vista, han sido analizadas o, incluso en ciertos momentos, han sido transcritas literalmente, porque reflejan un espíritu más o menos unitario sobre la materia en el seno de estas deliberaciones. Hago presente de que esta no es una convención acabada, esta es una convención que está en sus instancias finales de deliberación, de tal manera que todavía pueden producirse cambios importantes y profundos.

Lo que quisiera destacar son aquellos puntos, aquellos ámbitos que son relevantes respecto de la posición chilena o que han sido debatidos en el seno del grupo de trabajo con mayor profundidad que otros y que han dado lugar a importantísimos aportes de las delegaciones o asistentes de nuestro país a Viena. Creo que es un punto muy relevante destacar y quisiera en este caso rendir homenaje a la participación masiva, profunda, interesante que han tenido quienes han ido a Viena y han puesto el nombre de Chile con muy interesantes aportes que ahí se han hecho.

¿Cuáles han sido esos aportes o sobre qué han recaído esos aportes? En primer lugar, Chile ha tenido una participación muy interesante en orden a aportar ciertas definiciones capitales en esta convención. La Convención tiene un artículo 2º, después del Preámbulo y después de las finalidades a que ella está destinada donde desglosa una serie de definiciones básicas, aplicables al resto de la misma. En dos de ellas ha sido fundamental el aporte de la delegación chilena: tales son las definiciones de "funcionario público" y la de "función pública" que no han sido colocadas allí banalmente.

La verdad es que cuando empezamos a trabajar en el grupo de trabajo sobre las definiciones y se nos pidieron aportes, nos encontramos con unas definiciones extremadamente complejas y muy engorrosas. Lo que primó, entonces, fue condensar todas esas definiciones y todos los aportes y todas las características de los funcionarios públicos en uno u otro continente en una definición sencilla, clara y precisa donde nos

preocupaba resaltar primero que el funcionario público ejercía una función pública, ya que no nos interesaba la naturaleza jurídica del vínculo que lo unía al órgano, al organismo o al servicio público e, incluso, no nos interesaba si este organismo, servicio u órgano existía en realidad; nos interesaba el tipo de función que se desempeñaba y ahí se aludía, tal como se alude también en la "Convención Interamericana contra la Corrupción", a que los funcionarios públicos desempeñan una función pública y que además (y esto sí es que novedad nuestra) que esta función pública se desempeña en representación o servicio del Estado, cuestión que no aparece en las otras definiciones que son aportes de otras delegaciones. Esta definición la delegación chilena, esto es, el grupo de trabajo, la replicaba para la definición de funcionario público extranjero, tal como señaló el profesor Onfray hace un momento, debido a que la corrupción o el soborno ya no es una cuestión afincada dentro de los límites territoriales de un Estado, sino que ha traspuesto dichos límites y se ha convertido en una corrupción transnacional y los sujetos pasivos de esa corrupción pueden ser funcionarios públicos de otros Estados.

Chile también ha tenido una participación en el orden a definir lo que es una organización pública internacional que también puede ser un sujeto pasivo de alguno de los delitos de corrupción. A pesar de que no se hizo público y que no se manifestó en Viena, en el seno del grupo de trabajo aquí en Santiago se estimó en algún momento; a mí me habría parecido interesante que se hubiese podido incluir dada la relevancia actual que tienen algunas organizaciones que no son estrictamente gubernamentales y me estoy refiriendo a una donde tengo también el honor de participar que es "Transparencia Internacional". Parece que ha llegado el momento en que la participación de las organizaciones no gubernamentales o no intergubernamentales pudiese haberse plasmado más allá del párrafo correspondiente de la sociedad civil, aunque parece que tuvimos una interesantísima discusión al respecto.

He aquí un punto que ya fue abordado por el profesor Onfray y por quienes me antecederon, vale decir, esta es una convención, la más global, la más omnicompreensiva, la más general sobre el tema de la corrupción. ¿Cómo solucionaba esta corrupción, cómo abordaba la siempre tirante y dificultosa relación con los derechos internos de los Estados? Creo, como lo vamos a ver, que existe una tendencia a romper la rígida esfera de la soberanía nacional para permitir un mayor grado de injerencia a la cooperación y dejar de lado un poco el aislacionismo. Sin embargo, la "Convención de la ONU" ha sido extremadamente respetuosa con dicha soberanía, de tal manera que ustedes pueden apreciar, o van a poder apreciar cuando este texto esté consolidado, que la regla general en esta materia es que no se puedan ejercer funciones ni jurisdicciones en el territorio de otro Estado, cuando dichas funciones y dichas jurisdicciones se hayan reservado de manera exclusiva a las autoridades de aquel, es decir, esa regla que está en el artículo 4º, apartado 2º del texto vigente de la "Convención de la ONU" es la regla general y una manifestación de esa regla está en el artículo precedente, en el artículo 3, apartado 3º, donde se dice que la convención no será aplicable en los casos en que los actos de corrupción se realicen al interior de los Estados y estén sometidos a las autoridades jurisdiccionales de dichos Estados, es decir, la convención puede ser un instrumento ilustrativo, un instrumento informativo, plenamente vigente, pero no para tener aplicabilidad directa tratándose de la corrupción interna, si tuviésemos que singularizarla con algún nombre; es decir, la convención, pese al avance y pese a la tendencia a superar a la soberanía, ha tenido mucho cuidado en manifestar que esta es su regla general. En mi entender, pudo haberse extendido más.

La excepción la constituyen aquellos casos en que los Estados pueden, excepcionalmente, ejercer jurisdicción sobre los delitos de corrupción cuando estos delitos de corrupción están vinculados a otros principios que no son los de la territorialidad como, por ejemplo, cuando los delitos de corrupción se cometan en contra de nacionales de ese Estado, cuando sean cometidos por uno de sus nacionales, o sea, aplicando el principio de personalidad, cuando la persona que comete el delito se trate de un apátrida o cuando se trate de ciertos delitos muy graves como son los de blanqueo de capitales. En esos casos y de manera muy excepcional puede otro Estado, que no sea aquel en cuyo territorio se hubiese cometido el delito, donde se encuentra el delincuente, atribuirse jurisdicción sobre ese ilícito. No puedo decir que este asunto esté absoluta y definitivamente terminado, pero en el seno del grupo de trabajo hemos entendido que más o menos esa es la lógica que existe, es decir, una regla general de respeto de la soberanía y una excepción dada por casos muy puntuales en el artículo 50.2, apartado 2º, donde está la posibilidad de que otro Estado, que no sea el del nacional, pueda atribuirse jurisdicción sobre ello.

El artículo 38 se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas y quienes me han antecedido también se han referido al tema, siendo especialmente cautelosos en orden a mencionar de qué manera esa responsabilidad de las personas jurídicas puede incidir en el cambio de la legislación interna. En el seno del grupo de trabajo, me estoy refiriendo al grupo de trabajo aquí en Chile, se propuso en su momento, con el fin de poder adelantar la necesaria modificación que, a mi juicio, debiera producirse en la legislación penal chilena, que sean sancionados especialmente, no específicamente ni únicamente quienes en las personas jurídicas tienen la dirección social de dichas empresas y están habilitados para tomar decisiones en orden a la vulneración de un determinado bien jurídico. No está absolutamente decidido este punto, pero creo que la sanción de las personas jurídicas pasa, en alguna medida, con el recato propio de la legislación chilena y la cautela a veces excesiva que siempre existe, por la instauración de una actuación a nombre de otro penalmente hablando.

Un punto interesante lo da el artículo 53, que es un artículo extensísimo dedicado a la asistencia que la convención denomina judicial recíproca, pero que nosotros entendemos aquí en Santiago que se trata de asistencia jurídica, vale decir, la asistencia de todos aquellos órganos o todas aquellas entidades involucradas en la prevención y en la represión de los actos de corrupción, sean o no sean miembros del Poder Judicial. Con la Reforma Procesal Penal ha aparecido el Ministerio Público, por lo tanto, esta asistencia no sólo debe ser jurisdiccional, sino que también judicial en un amplio sentido y administrativa, en aras de una mejor y más eficiente investigación de los hechos punibles. En este punto, creo que se produjo ahí un problema de traducción nada más y que debiendo decir "asistencia jurídica recíproca" se eligió el término defectuoso de "judicial".

Nuestra tendencia en el seno del grupo de trabajo fue favorecer dicha asistencia, es decir, si ustedes leen, por ejemplo, el apartado de este artículo 53 donde se encuentran las causales para negar la asistencia, se van a encontrar con causales en extremo vagas, imprecisas y amplias. La propuesta que, en algún momento, se estudió en el seno de este grupo de trabajo fue reducir esas causales a lo estrictamente necesario con el fin de favorecer, en lo más posible, esta asistencia, es decir, que los vínculos que permitiesen no sólo la prevención, sino que también el ataque a los actos de corrupción fuesen lo más fluidos posible además, algo que no estaba y que nos parecía raro que no se hubiese contenido en la convención, propugnábamos que el Estado requirente sea el que pague los gastos que demandase la asistencia jurídica recíproca, cosa que extrañamente se había otorgado al Estado requerido, o sea, quienes hubiesen sido requeridos debían pagar todas aquellas peticiones de información o de otro tipo de antecedentes que el Estado requirente hiciese, una cuestión que nos parecía, por decir lo menos, extraño.

En este punto quiero detenerme, porque si en algún momento mencioné que la "Convención de la Organización de Naciones Unidas" era, por así decirlo, una recopilación de las convenciones anteriores, en esto creo que ha sido novedosa. La transferencia de bienes ilícitamente adquiridos, si ha habido algún punto en el que, según me cuentan quienes han asistido a Viena, en el que se ha detenido el debate y ha sido recurrente la discusión, ha sido la forma y los mecanismos en que los bienes o recursos que se hayan adquirido producto de los actos de corrupción pudiesen ser repatriados a sus países de origen, una cuestión que pudiese provocar más de algún problema. Tan importante es para la convención este hecho, la repatriación o la devolución de los bienes ilícitamente adquiridos producto de esta actividad, que se estableció como derecho inalienable; ese es el término que se ocupa en el texto actual, el texto que está aún vigente de la convención en su 6º período de decisiones, el derecho inalienable de los Estados a recuperar los bienes ilícitamente adquiridos por los actos de corrupción. Nosotros estábamos proponiendo desde acá que esa amplitud, dada por el término inalienable, casi un derecho fundamental, fuese eliminada y que hace únicamente un derecho necesario obviamente a dicha recuperación; pero yo diría que, si hay algo, hay algún ámbito, hay algún ítem donde la convención es realmente novedosa es en esto. No nos cabe la menor duda de cuáles han sido los Estados impulsores de estos acápite, uno de ellos es el Perú, por razones obvias, cuyos representantes han sido extremadamente celosos en la defensa de este capítulo. A la vez, se propicia por parte del grupo de trabajo en Viena, en este caso, la investigación sobre fondos ilícitamente adquiridos cuando existen sospechas fundadas de transferencia. En el texto que ustedes pueden apreciar y que está en Internet, va a ver una serie de artículos que tienen por objeto adelantar esa investigación, no cuando existen operaciones financieras sospechosas, sino incluso antes, se adelanta casi en un orden de derecho penal de autor; es decir, aquellas se habla, si no me equivoco, de aquellos funcionarios públicos o personas que tuviesen sumas cuantiosas depositadas en bancos, esas personas pasan sin haber realizado operación alguna a ser sospechosas, sin haberse producido operación bancaria de ningún tipo. Basta con tener una cuantía de dinero que no se establece cuál, superior a ciertos límites para ya ser sospechoso y ser objeto de una investigación por parte de los Estados. El Estado que propugna esto, que lo propuso en el 5º período de sesiones, entiendo, es Estados Unidos por razones obvias también. Aquí nosotros estábamos más recelosos de una norma de ese tipo y preferíamos que las investigaciones respecto de las operaciones de transferencia de bienes se dieran cuando efectivamente las operaciones se realizasen y fuesen efectivamente sospechosas.

Quisiera mencionarles un par de características finales de esta convención. Primero, que en su mayoría, la mayoría de sus acápite, se trata de una convención que no es posible aplicar de manera directa, sino que necesita la necesaria intervención legislativa, lo que tiene ventajas y tiene desventajas. Las ventajas son que el Estado, cualquiera de que se trate, parte de la convención puede en alguna medida moverse con algún grado de soltura frente a aquellas normas que pudiesen ocasionarle más problemas respecto de su derecho interno y puede discernir en cuáles modificar el ordenamiento jurídico interno y en cuáles no, porque las normas de la convención necesitan necesariamente en su mayoría la intervención legislativa o la intermediación legislativa. En otras normas, en las que hay que ser muy claros, no es necesaria esta intervención legislativa y serían autoejecutable (self executive) por así decirlo. En segundo lugar, la convención tiene adecuadas salvaguardas para impedir que ciertas instituciones que no son agradables al ordenamiento jurídico interno no sean aplicables y así se alude a términos como los "principios del ordenamiento interno", "principios constitucionales". Para Chile existen algunas de estas instituciones y es necesario cuidar que al ordenamiento jurídico interno no le produzca, ocupando terminología de trasplante de órganos, algún "rechazo" por este "injerto" extraño. Esta es una ventaja, mas hay que tener cuidado del

abuso que se puede producir en estas cláusulas de salvaguarda puede producir si se hace masivo por los Estados, puede producir una verdadera inaplicabilidad de una convención y creo que esa no es la tendencia de la "Convención de la Organización de las Naciones Unidas". Si tuviese que hacer una comparación entre esta "Convención de las Naciones Unidas" y la "Convención Interamericana", diríamos que la "Convención de las Naciones Unidas" es muchísimo más aplicable y su tendencia es a una mayor aplicación, de tal manera que la interpretación de las salvaguardas que existen debe ser hecha teleológicamente teniendo presente esa finalidad.

Bueno, he querido ser extremadamente breve en mi alocución, ya que estoy en el tiempo. Les agradezco mucho que me hayan escuchado. Gracias.

* RODRIGO MEDINA JARA. Máster en Derecho en la Universidad Autónoma de Barcelona, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal y miembro del equipo de trabajo encargado de negociar la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas.
