



Transparencia por Colombia Agencia de Cooperación Técnica Alemana - GTZ

OBSERVACIONES ADICIONALES SOBRE EL CHECKLIST DE AUTOEVALUACION EN LA IMPLEMENTACION DE LA UNCAC

Experto Consultor
MARINO TADEO HENAO
matheo.henao@gmail.com

Diciembre 19, 2007

I. QUE CUBRE LA LISTA DE VERIFICACION

La lista de verificación comprende artículos seleccionados de La Convención, así:

1. En el Capítulo...de Medidas preventivas : Políticas y prácticas de prevención de la corrupción¹, órgano u órganos de prevención de la corrupción², contratación pública y gestión de la hacienda pública³ ;
2. Del Capítulo III, correspondiente Penalización y aplicación de la ley : Soborno de funcionarios públicos nacionales⁴, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas⁵ , malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público⁶, blanqueo del producto del delito⁷ y obstrucción de la justicia⁸ .
3. En cuanto al Capítulo IV de Cooperación internacional cubre Extradición⁹ y Asistencia judicial recíproca¹⁰

¹ **Artículo 5**, Párrafo 1 (Políticas de prevención de la corrupción)

² **Artículo 6**, Párrafo 1 (Órgano u órganos de prevención de la corrupción) y Párrafo 2 (Independencia, recursos y personal capacitado facilitados al órgano u órganos de prevención de la corrupción)

³ **Artículo 9**, Apartado *a*) del párrafo 1 (Sistemas de contratación pública destinados a prevenir la corrupción); Apartado *b*) del párrafo 1 (Formulación de condiciones de participación en la contratación pública); Apartado *c*) del párrafo 1 (Criterios para la adopción de decisiones sobre contratación pública); Apartado *d*) del párrafo 1 (Mecanismo de examen interno de las decisiones sobre contratación pública); Apartado *e*) del párrafo 1 (Medidas relativas al personal encargado de la contratación pública); Apartado *a*) del párrafo 2 (Transparencia y obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública); Apartado *b*) del párrafo 2 (Presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos); Apartado *c*) del párrafo 2 (Normas de contabilidad y auditoría); Apartado *d*) del párrafo 2 (Sistemas de gestión de riesgos y control; interno); Apartado *e*) del párrafo 2 (Adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento); Párrafo 3 (Prevención de la falsificación de los registros contables de los gastos públicos)

⁴ **Artículo 15**, Apartado *a*) (Soborno activo de un funcionario público nacional)

⁵ **Artículo 16**, Párrafo 2 (Soborno pasivo de un funcionario público extranjero o de un funcionario de una organización internacional pública)

⁶ **Artículo 17**

⁷ **Artículo 23**, Apartado *a*) del párrafo 1 (Penalización de la conversión o la transferencia de bienes que son producto del delito); Apartado *b*) del párrafo 1 (Penalización de la adquisición, posesión o utilización de bienes que son producto del delito); Apartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del párrafo 2 (Delito determinante en materia de blanqueo del producto del delito); Apartado *d*) del párrafo 2 del artículo 23 (Delito determinante en el blanqueo del producto del delito)

⁸ **Artículo 25**, Apartado *a*) - Tipificación como delito de la inducción, las amenazas o el uso de la fuerza para obstaculizar la intervención de testigos o funcionarios); Apartado *b*) - Tipificación como delito de la obstaculización de la actuación de los funcionarios de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley

⁹ **Artículo 44**, Apartado *a*) del párrafo 6 (Utilización de la Convención contra la Corrupción como base jurídica de la cooperación en materia de extradición)

4. En cuanto al Capítulo IV sobre Recuperación de activos cubre lo referente a Prevención y detección de transferencias del producto del delito¹¹ y medidas para la recuperación directa de bienes¹², mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso¹³, cooperación internacional para fines de decomiso¹⁴ y restitución y disposición de activos¹⁵

II. MANDATORY AND NON-MANDATORY PROVISIONS

Trasciende los alcances de estas páginas, el intentar una revisión detallada de los aspectos que debería cubrir (y no cubre) la lista de verificación con el propósito de diseñar un efectivo mecanismo de monitoreo de la implementación de la UNCAC.

¹⁰ **Artículo 46**, Párrafo 13 del artículo 46 (Designación de una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca)

¹¹ **Artículo 52**, Párrafo 1 (Verificación de la identidad e intensificación del escrutinio en lo relacionado con clientes de instituciones financieras); Apartado *a*) del párrafo 2 (Emisión de directrices para las instituciones financieras); Apartado *b*) del párrafo 2 (Notificación a las instituciones financieras de la identidad del titular de una cuenta a efectos de un mayor escrutinio); Párrafo 3 (Aplicación de medidas para que las instituciones financieras mantengan registros adecuados); Párrafo 4 (Prevención del establecimiento de bancos que no tengan presencia real o que no estén afiliados a un punto financiero sujeto a regulación); Párrafo 5 (Establecimiento de sistemas de divulgación de información financiera para funcionarios públicos); Párrafo 6 (Exigencia de que los funcionarios públicos declaren su relación con cuentas financieras en un país extranjero)

¹² **Artículo 53**, Apartado *a*) (Adopción de medidas por un Estado Parte a fin de facilitar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil); Apartado *b*) (Adopción de medidas por un Estado Parte a fin de facultar a sus tribunales para ordenar el pago de indemnizaciones o resarcimientos por daños y perjuicios); Apartado *c*) (Adopción de medidas por un Estado Parte a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre bienes que son producto del delito)

¹³ **Artículo 54**, Apartado *a*) del párrafo 1 (Adopción de medidas por un Estado Parte para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a órdenes de decomiso dictadas por tribunales de otro Estado Parte); Apartado *b*) del párrafo 1 (Decomiso de bienes de origen extranjero); Apartado *c*) del párrafo 1 (Decomiso, sin que medie una condena, de bienes adquiridos mediante actos de corrupción); Apartado *a*) del párrafo 2 (Embargo preventivo o incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación); Apartado *b*) del párrafo 2 (Embargo preventivo o incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que exponga razones suficientes); Apartado *c*) del párrafo 2 (Preservación de los bienes a efectos de decomiso)

¹⁴ **Artículo 55**, Párrafo 1 (Presentación de una solicitud para obtener una orden de decomiso a las autoridades competentes); Párrafo 2 (Identificación, localización, embargo preventivo o incautación del producto del delito con miras a su eventual decomiso); Párrafo 3 (Contenido de una solicitud de orden de decomiso)

¹⁵ **Artículo 57**, Párrafo 1 (Disposición de los bienes decomisados); Párrafo 2 (Restitución de los bienes decomisados a solicitud de otro Estado Parte); Párrafo 3 (Restitución de los bienes decomisados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la Convención contra la Corrupción); Párrafo 4 (Deducción de los gastos efectuados para la restitución o disposición de los bienes decomisados); Párrafo 5 (Celebración de acuerdos con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados)

Sin embargo, debe destacarse que, conforme a la declaración de la sociedad civil en la Primera Conferencia de los Estados Partes (*Amman, Jordania, Diciembre de 2006*) se requirió que:

“en todas las fases del monitoreo de la implementación de la Convención se deben incluir **“mandatory and non-mandatory provisions of UNCAC”**”

La lista de verificación no incluye la mayor parte de las “non mandatory provisions” y tampoco varias de las “mandatory provisions”, algunas de las cuales serían muy relevantes dadas las específicas condiciones de Colombia, como son las relativas a la:

1. Financiación de la Política y especialmente los esquemas de “alianzas” preelectorales que envuelven compromisos de distribución de recursos, contratos y empleos públicos y que corresponden a un verdadero proceso de “cartelización de la política y los negocios
2. Corrupción en el sector privado
3. Delitos de personas jurídicas
4. Independencia de Fiscales y Jueces
5. Protección de Testigos & whistleblowers

Estos aspectos son especialmente relevantes si se considera:

1. La indebida intervención de la política en la gestión pública y en la contratación con recursos públicos constituye un factor sistemático de corrupción y captura del Estado, especialmente por los esquemas de “alianzas” preelectorales que envuelven compromisos de distribución de recursos, contratos y empleos públicos y que corresponden a un verdadero proceso de “cartelización de la política y los negocios,
2. Por los procesos de privatización, entidades privadas manejan o inciden en inmensos recursos públicos (para salud, agua, vías, energía, contratación de infraestructura y fondos de pensiones),
3. El proceso de captura del Estado por grupos de poder privado (armados y desarmados, legales e ilegales, regionales y nacionales), y,
4. La penetración (infiltración) en la selección, estabilidad, traslado, y promoción de funcionarios por parte de los grupos de poder (armados y desarmados) a nivel regionalo y local, así como la violencia y poder de intimidación de estos grupos y la necesidad de garantizar la independencia de fiscales y jueces.

5. Considerando que los grupos paramilitares, la guerrilla y los grupos organizados de corrupción política, tienen un reconocido poder intimidatorio en vastas regiones de Colombia (y su poder ha llegado a extenderse a la contratación estatal, a la actuación de los servidores públicos y a la elección de autoridades locales, departamentales y de miembros del Congreso), es imposible pensar en un programa serio contra la corrupción si no tiene como base la adecuada protección de denunciantes y testigos y si no se logra crear una percepción de seguridad en ese sentido.

La impunidad es el resultado de un escenario en que hay un bajo (o nulo) riesgo en la actividad de los criminales y sus cómplices y encubridores, mientras los magistrados, fiscales, denunciantes, testigos, peritos y colaboradores de la justicia están expuestos a todos los riesgos, desde la pérdida de sus empleos (y/o fuentes de ingreso) hasta la pérdida de la vida o la integridad (física o moral). Poner fin a la impunidad requiere invertir ese escenario de riesgos para convertir en altamente peligrosa no solo la actividad criminal directa sino la obstrucción de la justicia (y la no cooperación con la justicia) y crear condiciones de protección y seguridad de magistrados, fiscales, denunciantes, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.

Las decisiones recientes de la Honorable Corte Suprema de Justicia constituyen un hito en el esfuerzo de invertir el escenario de riesgos y poner fin a la impunidad. Es probable que los criminales y sus cómplices y encubridores actualmente evalúen ese escenario. También los potenciales denunciantes y testigos se preguntan si ha llegado el momento de cooperar con la justicia o si después de sus declaraciones quedarán abandonados a la acción (retaliación) de los criminales. La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) indica que aun para marzo de este año 140 de las víctimas del paramilitarismo habían recibido intimidaciones.

III. ALGUNAS DISPOSICIONES RELEVANTES DE LA UNCAC, QUE DEBEN TENER DESARROLLOS EN LOS MECANISMOS DE MONITOREO

Algunos aspectos como financiación corporativa de la política, mecanismos de intervención de la sociedad civil, acceso a la información y corrupción en ingresos públicos, tienen específicos desarrollos en otros documentos y no sería pertinente una referencia en estas páginas. Otros aspectos, que si se incluyen en la lista de verificación requieren un más preciso mecanismo de

monitoreo como lo relativo a las declaraciones de bienes de los servidores públicos que deben quedar sujetas a un adecuado sistema de auditoría y cruce de cuentas con las información de las entidades financieras (nacionales e internacionales), y con los sistemas de registro público de bienes inmuebles y muebles de especiales características.

Sin embargo, en consistencia con lo expuesto antes (y solo con el propósito de que quede planteado para elaboraciones posteriores más detalladas), conviene mencionar algunas disposiciones relevantes de la UNCAC que no pueden ignorarse en los desarrollos que se requieren de los mecanismos de monitoreo:

1. Delitos de soborno y malversación en el sector privado¹⁶

Artículos 21 y 22 – En los que se requiere definir como delitos el soborno y la malversación en actividades privadas. Con estas conductas antijurídicas los Directivos (o funcionarios) de la entidad privada no solo están afectando la propiedad privada, sino el bien jurídico del orden económico-social al burlar la confianza masiva que en ellos se deposita

2. Tráfico de influencias¹⁷

En el delito de “Tráfico de influencias” es fundamental, como se requiere en el art. 18 de La Convención, que en la descripción típica, el sujeto activo y pasivo de la acción estén indeterminados: “cualquier persona”. Ello permite penalizar el aspecto más profundo del tráfico de influencias: la negociación, por fuera del Estado, de las decisiones y recursos públicos. En Colombia el tráfico de influencias solo puede cometerse entre “servidores públicos”.

3. Protección de testigos & whistleblowers¹⁸.

La Convención (art.32) obliga a los Estados parte a adoptar las medidas apropiadas de protección de testigos, peritos y víctimas de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, contra eventuales actos de represalia o intimidación. La norma incluye disposiciones sobre protección

¹⁶ Artículos 21 y 22

¹⁷ Artículo 18

¹⁸ Artículo 32

física de esas personas, incluyendo su reubicación; permitir la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero; establecer normas probatorias que permitan testimonios en condiciones de seguridad, incluyendo el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados; y la oportunidad para que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas. Colombia tiene legalmente establecido, con cargo al Estado y bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, el "Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso, y Funcionarios de la Fiscalía", mediante el cual "se les otorgará protección integral y asistencia social, lo mismo que a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil y al cónyuge, compañera o compañero permanente cuando se encuentren en riesgo de sufrir agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención en proceso penal".

Sin embargo, o el programa no está efectivamente cubriendo a los potenciales denunciantes o testigos en los delitos a que se refiere La Convención o, por lo menos ellos no lo perciben así, pues, como se destaca en el informe sobre la implementación en Colombia de las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción, según los resultados de la encuesta "Gobernabilidad y Anticorrupción". Así :

"un 82% de los funcionarios públicos adujo como la principal razón para no denunciar "el temor a represalias para quienes denuncian"; que la segunda causal para la no denuncia la constituye la percepción de incapacidad de las instituciones públicas para llevar a cabo las investigaciones y sancionar a los responsables" y que "la actitud pasiva y complaciente" es aducida por "alrededor del 40 por ciento de los funcionarios"

4. Delitos de personas jurídicas¹⁹

El artículo 26 de La Convención reconoce el hecho de que las personas jurídicas son protagonistas principales de los delitos económicos, sociales, financieros, ambientales y en la corrupción del sector público y privado¹ y

¹⁹ Artículo 26

dispone que los Estados parte adoptarán las medidas necesarias “a fin de establecer la responsabilidad penal de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

5. Independencia de fiscales y jueces²⁰

Sin la independencia de los funcionarios de la fiscalía es impensable que puedan iniciarse y adelantarse las investigaciones penales por los delitos directamente relacionados con la corrupción en la contratación y la gestión de recursos públicos como son el peculado, el cohecho (soborno), el prevaricato, la concusión, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el abuso de autoridad, y los delitos relacionados con la obstrucción a la justicia, el aseguramiento de la impunidad y el aprovechamiento de los productos de la corrupción, como son el lavado de activos, el testaferrato, la omisión de control de instituciones financieras y cooperativas, la falsedad y los delitos contra los medios de prueba.

Igualmente, sin la independencia de los funcionarios de la Procuraduría y de las contralorías territoriales es impensable que puedan adelantarse las disciplinarias por las faltas en que incurrir los funcionarios que permiten y/o se benefician de la corrupción y los juicios de responsabilidad fiscal para proteger el patrimonio público.

²⁰ **Artículo 11** - Sin embargo, la independencia de los funcionarios de la Fiscalía, la Procuraduría, las contralorías (y por supuesto, de la rama judicial) es una condición necesaria (indispensable) pero no suficiente. Se requiere apoyar el desarrollo de capacidades (conocimientos, técnicas) de estos funcionarios, de la sociedad civil y del sector privado para prevenir, investigar y promover la judicialización de la corrupción en el nivel regional y local. Igualmente se requiere crear un marco de cooperación entre todos ellos.