

Cumplimiento de los Estados Unidos de
América de la
Convención Interamericana contra la
Corrupción

Informe de la Sociedad Civil al Comité de Expertos

31 de enero de 2005



TRANSPARENCY
INTERNATIONAL
USA



FOLEY
HOAG LLP
ATTORNEYS AT LAW

COMITÉ DE EXPERTOS DEL MECANISMO DE SEGUIMIENTO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Comentarios de la Sociedad Civil respecto de la Respuesta del Gobierno de los Estados Unidos de América al Cuestionario sobre la Disposiciones Seleccionadas por el Comité de Expertos para su Análisis dentro del Marco de la Ronda Preliminar

INTRODUCCIÓN

31 de enero de 2005

De acuerdo con el Artículo 33(b) de la Normas para el Mecanismo de Seguimiento de implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, Transparency International USA (TI-USA) somete la siguiente respuesta al cuestionario de evaluación a la consideración del Comité de Expertos. Esta presentación, realizada con el apoyo de Foley Hoag, LLP, incorpora material proveniente de consultas con numerosas organizaciones y expertos de la sociedad civil, entre ellos:

Campaign Legal Center –Centro Legal de Campañas- (www.campaignlegalcenter.org)

Citizens for Responsibility and Ethics in Washington (CREW) – Ciudadanos por la Responsabilidad y la Ética en Washington (www.citizensforethics.org)

George Washington University Law School - Government Procurement Law Program (Universidad George Washington – Facultad de Derecho –Programa de Ley de Compras del Gobierno (www.law.gwu.edu))

Government Accountability Project –Proyecto de Accountability Gubernamental (www.whistleblower.org)

International Business Ethics Institute – Instituto Internacional de Ética en los Negocios (www.business-ethics.org)

Judicial Watch – (www.judicialwatch.org)

Se debe reconocer al Gobierno de los EE.UU. por la respuesta tan completa e informativa al cuestionario. Su amplitud y profundidad reflejan un sistema que establece los más altos estándares de integridad y transparencia, e implica un gran ámbito de aplicación. Según establece el ex Contralor de los Estados Unidos y miembro del Consejo Asesor de TI-USA Charles A. Bowsher, “no es un sistema estático, sino más bien uno que evoluciona y debe evolucionar constantemente, reaccionando así a los intentos para evadirlo o a cambios en las prácticas.” Es éste el espíritu con el que esta presentación toma la respuesta del Gobierno como punto de partida, y sólo nota aquellos aspectos positivos en el sistema estadounidense que no hayan sido incluidos en la respuesta del Gobierno, o los temas de preocupación desde la perspectiva de la sociedad civil.

Esperamos sinceramente poder presentar éstos y otros hallazgos en la reunión del Comité de Expertos con la Sociedad Civil el lunes 26 de septiembre de 2005. Hasta entonces, sírvase contactar a quienes suscriben, para obtener mayor información sobre este informe.

Transparency International – USA
1023 15th Street NW, Suite 300

Washington, DC 20005
(202) 589-1616

Nancy Zucker Boswell, Managing Director
nboswell@transparency-usa.org

Foley Hoag LLP
1875 K Street NW, Suite 800
Washington, DC 20006
(202) 223-1200

Kathleen M Hamann, Attorney at Law
khamann@foleyhoag.com

CAPÍTULO PRIMERO

MEDIDAS Y MECANISMOS RESPECTO DE LOS ESTÁNDARES DE CONDUCTA PARA EL CORRECTO, HONORABLE Y ADECUADO CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Estándares Generales de Conducta y Mecanismos

a. ¿Existen en su país estándares de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de la función pública?

Poder Ejecutivo –

Mientras que la respuesta del Gobierno de EE.UU. establece el régimen regulatorio aplicable, se necesita mejorar el sistema de ética y llegar así a un nivel más eficiente y efectivo. La Oficina de Ética del Gobierno no ha tenido Director desde diciembre de 2003 y esa posición debería ser ocupada rápidamente. La posición requiere una persona familiarizada con temas de ética y sistemas de cumplimiento, así como también con normas de investigación y proceso. El Director debe también manejar una oficina con un amplio mandato, que incluya asesoría, capacitación y declaraciones financieras, así como también ser capaz de trabajar más efectivamente con los Funcionarios Designados de la Oficina de Ética (DAEO) en más de 100 departamentos y agencias, así como también con 60 Inspecciones Generales, la Oficina de Gestión de Personal, el Ministerio de Justicia y otros. Dada la amplia gama de las responsabilidades del Director, la experiencia, más que la política, debe pesar para esta designación.

La Independencia del Director de la OEG debe estar asegurada. En la actualidad, el Director dura cinco años en su mandato, lo que contribuye a aislar su posición de la influencia política. Sin embargo, las funciones del Director están de acuerdo con las inclinaciones del Presidente. El Director tendría más asegurada su independencia si el término del mandato fuera extendido y, particularmente, si su remoción fuera permitida sólo por una causa.

La independencia de los Inspectores Generales (IGs) podría también fortalecerse mediante un proceso de selección basado en la experiencia en la investigación o auditoría, y asegurando también que su remoción sucederá sólo en casos en que exista una causa. Esto le daría a cada agencia de IG más independencia de presiones políticas externas, o bien de directores de agencias con cargos políticos, lo que les permitiría descubrir administraciones negligentes, fraude y abuso.

Con el tiempo, las normas de conducta han sido complementadas con más de 1.400 opiniones consultivas informales, lo que dio como resultado un sistema complejo, cuyo cumplimiento resulta difícil. Además, no ha habido una revisión de OEG sobre la efectividad del sistema desde 1992, ni ha habido revisión alguna del Congreso durante más de 20 años. Durante este período, los avances tecnológicos y los cambios en el modo en que el Gobierno Federal conduce sus negocios han dado lugar a vulnerabilidades ya identificadas, pero todavía no corregidas (este punto se discute en mayor detalle en el Capítulo Segundo, pregunta a.)

Existe además de las leyes escritas enumeradas en la respuesta del Gobierno de los Estados Unidos, la Ley de Hatch, 5 U.S.C. §§ 7321-7326, que busca proteger la imparcialidad de los empleados federales al limitar su capacidad para participar en la actividad política.

Poder Legislativo– Según se establece en la respuesta del Gobierno de los EE.UU., tanto el Senado como la Cámara de Diputados poseen códigos de conducta y publican manuales que contienen lineamientos generales sobre su interpretación. La Comisión Seleccionada del Senado sobre la Ética y la Comisión de la Cámara de Diputados sobre las Normas de Conducta Oficial notifican a sus miembros y al personal acerca de los cambios en las leyes que pudieran afectarlos.

Sin embargo, contrario al sistema del Poder Ejecutivo, donde los códigos de conducta son establecidos por ley, ajustados y aplicados por un cuerpo independiente, la legislatura se autogobierna. Desarrolla y aplica los códigos ella misma. Como resultado, existe gran preocupación porque el sistema de ambas Cámaras no resulta efectivo, sus reglas son rara vez aplicadas, y los castigos resultan ineficientes para disuadir violaciones futuras o procesos sujetos a la influencia política.

A fines de los 80s y los 90s, algunos miembros de la Cámara de Diputados presentaron reclamos éticos contra miembros del partido opositor en lo que algunos caracterizaron como un intento de utilizar el proceso de ética para dañar a sus oponentes políticos. Como resultado, en 1997, los miembros líderes del Congreso de ambos partidos decidieron adoptar abiertamente una “tregua” informal por la cual los miembros acordaban evitar presentar reclamos éticos contra colegas.¹ Al mismo tiempo, la Comisión de la Cámara de Diputados sobre Normas de Conducta Oficial adoptó un cambio en las reglas que prohibía que grupos reguladores externos presentaran reclamos a menos que fueran acompañados de una certificación firmada por un miembro de la Cámara Baja.

Desde entonces, según el informe de 2004 de la Comisión de la Cámara de Diputados,² ha habido una gran baja en los reclamos presentados ya sea por miembros o grupos externos. En 2004, se implementó un cambio en las normas que hará mucho más difícil lanzar una investigación, al exigir la mayoría de votos de la Comisión, en vez de un empate como se requería en el pasado, para desatar una investigación automática dentro de los 45 días de haber presentado una demanda. La estructura de la Comisión, que consta de cinco miembros Demócratas y cinco Republicanos permanentes, podría traer aparejadas consideraciones políticas que tengan un mayor rol en las decisiones. Además, la Comisión ha declarado recientemente que no aceptará reclamos con “alusiones, afirmaciones especulativas o declaraciones concluyentes.”³

Una coalición de organizaciones de la sociedad civil ha estado llamando la atención sobre las debilidades del sistema. Dada la presión pública resultante, este año, el partido mayoritario ha retirado sus planes tentativos para implementar restricciones mayores sobre los procesos de ética,

¹ Charles Babington y Dan Morgan, “Ethics Truce Frays in House,” *Washington Post*, 17 de marzo de 2004, p. A01.

² Resumen Histórico de Causas por Conducta en la Cámara de Diputados (6 de noviembre de 2004)
http://www.house.gov/ethics/Historical_Chart_Final_Version.html.

³ http://www.house.gov/ethics/Press_Statement_DeLay_Bell.htm

incluyendo una norma que podría haber permitido al Comité sancionar a un miembro sólo por violar una ley o reglamentación específica. Históricamente, la Comisión ha impuesto sanciones más a menudo bajo una norma más amplia que exige a los miembros conducirse de manera que “se refleje la credibilidad de la institución.”

En el Senado, donde las normas y la cultura alientan un sistema colegiado, los senadores han presentado algunas demandas contra sus colegas. A pesar de que las normas del Senado no permiten que grupos externos presenten reclamos ante la Comisión Seleccionada de Ética, al no investigar algunos reclamos, la Comisión ha explicado que no hace lugar a pretensiones basadas solamente en informes de prensa.

Tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, el sistema auto-regulador, que impone la responsabilidad de evaluar a los miembros por una comisión compuesta sólo por miembros, genera cierta presión en la comisión, y en particular en su Presidente. Liberarse de su deber de investigar a un colega, que supuestamente ha cometido una violación, podría poner en peligro la capacidad de los miembros de la comisión de perseguir sus objetivos legislativos, en particular, cuando el sujeto de la pretensión es un líder del partido o tiene un rol importante en el Congreso.

Dadas las vulnerabilidades inherentes a un sistema auto-regulado y el débil seguimiento de los registros en el Congreso, muchos creen que el proceso debe ser administrado por un organismo independiente de no-miembros con la debida autoridad y experiencia para investigar demandas y sugerir sanciones. En la Cámara de Diputados, las normas de ética deben permitir que los no-miembros, incluyendo las organizaciones no gubernamentales, miembros del Congreso y otros empleados, presenten reclamos sin el patrocinio de un miembro de la Cámara Baja.

Algunos recomiendan que cuando se presente un reclamo, un asesor externo independiente con experiencia en casos de corrupción pública lleve a cabo una investigación inicial y haga sugerencias a las comisiones de ética sobre si se deben llevar a cabo otras acciones, o bien no hacer lugar. Si la asesoría externa recomendara mayor investigación, se le daría amplio margen para llevar esto a cabo, informando los hallazgos y sugerencias a la comisión. La confirmación de las violaciones debería ser comunicada a todos los Miembros de la cámara y hacerse pública.

Respecto de las prácticas de las comisiones de proveer respuestas a los requerimientos de los miembros asesores respecto de una situación ética en particular, se debe considerar el hecho de hacer públicas tales opiniones.

Resulta importante notar que los miembros del Congreso tengan sólo inmunidad limitada⁴ y que haya un proceso transparente para levantarla. Los miembros pueden ser expulsados cuando hay presunciones o certezas de una conducta posible de sanción penal. Esto resulta clave para evitar que un funcionario elegido utilice su mandato como una protección contra un proceso judicial legítimo.

⁴ *Constitución de los EE.UU.*, Artículo 1, Inciso 6: “Mientras asistan a las sesiones de sus respectivas Cámaras, o mientras se dirijan a ellas o regresen de las mismas, no podrán ser arrestados excepto en casos de Traición, Delito Grave o Alteración de la Paz. Tampoco podrán ser reconvenidos fuera de las Cámaras por ninguno de sus discursos o manifestaciones en cualquier debate en ella.”

Poder Judicial – Según se establece en la respuesta del Gobierno de los EE.UU., el poder judicial establece las más altas normas de conducta y se espera que los jueces federales actúen de manera tal que no den lugar, ni siquiera en apariencia, a un comportamiento ilícito. El sistema de tribunales federales se gobierna a sí mismo a nivel nacional a través de la Conferencia Judicial de los Estados Unidos (un cuerpo de 27 jueces federales, dirigidos por el Ministro del Poder Judicial de los Estados Unidos) En el ámbito estadual y local, existen varias diferencias. Los Consejos Judiciales, compuestos de jueces, considera las demandas éticas contra los jueces. Como sucede con cualquier sistema de auto-regulación de pares, existe una debilidad inherente. Los Jueces podrían dudar el investigar o sancionar trasgresiones éticas o legales en las que hayan incurrido otros jueces.⁵ Además, resulta difícil evaluar la suficiencia de la disciplina legal de la Conferencia Judicial, dado que la Comisión de Códigos de Conducta no publica estadísticas.

La Conferencia Judicial debería considerar el permitir una supervisión independiente de los reclamos antes de ser remitidos. Un cuerpo independiente debe mantener la confidencialidad de los nombres de los demandantes al menos y hasta que el proceso llegue a la etapa de la audiencia.⁶ Un organismo tal también puede controlar los reclamos para determinar si existen patrones de presunciones que puedan indicar actividades poco éticas. Permitir que no-jueces participen en la sentencia de reclamos éticos legales, sería disminuir cualquier percepción de favoritismo que pudiera surgir cuando los jueces juzguen reclamos contra sus colegas.

2. Conflictos de Interés

a. ¿Existen en su país normas de conducta respecto de la prevención de conflictos de interés en el cumplimiento de la función pública? b. ¿Existen mecanismos para hacer cumplir las normas de conducta antes mencionadas?

Poder Ejecutivo – Según se indica en la respuesta del Gobierno de los Estados Unidos en el Capítulo Primero, Pregunta 1a, las Normas de Conducta del Poder Ejecutivo abordan los conflictos de interés. El sistema de declaración de activos, descritos en el Capítulo Segundo a continuación, sirve para identificar posibles conflictos de interés y proporciona una acción correctiva. Además de las recomendaciones establecidas en estas secciones, debería ser obligatorio, más que voluntario, para las Oficinas de los Fiscales de los EE.UU. responder la encuesta de la Oficina de Ética del Gobierno sobre casos de conflicto de interés, de manera que pudiera incluirse en los informes de la OEG al público.

Poder Legislativo – Mientras pueda no ser estrictamente interpretado como un conflicto de interés, existe una gran preocupación sobre si los funcionarios elegidos están sujetos a la influencia de aquellos quienes han realizado importantes aportes a sus campañas electorales. Dados los costos de campaña, la presión para reunir las altas sumas de dinero es real. Por lo tanto, buscar aportes, ya sea de individuos o comisiones de acción política, resulta una necesidad para los candidatos al congreso, y los grandes contribuyentes son o parecen ser, en algunos casos, recompensados con mayor acceso al diseño de políticas y más influencia a la hora de

⁵ Ver por ejemplo, Anthony D'Amato, *Self Regulation of Judicial Conduct could be Mis-Regulation*, 89 Michigan Law Review 609 (1990).

⁶ Los requerimientos del Debido Proceso prohíben por completo las demandas anónimas, dado que los jueces acusados tienen, en última instancia, el derecho a confrontarse con sus acusadores

tomar decisiones. También parece haber una creencia pública bastante difundida sobre que los grupos con intereses especiales son los que escriben la legislación, para proteger o beneficiar sus propios intereses.

Es de suma importancia que el sistema permanezca altamente transparente, y que el público pueda acceder a la información más fácilmente. Mientras que la transparencia es un tema crítico, está claro que se necesitan otras medidas para recortar la dependencia de los candidatos del apoyo financiero de los grupos de intereses especiales para ser elegidos. Además, debería ser más fácil acceder a registros de agentes extranjeros y a registros de información presentada por lobistas.

Poder Judicial – En casos donde exista preocupación sobre si un juez pudiese experimentar un conflicto de interés, cualquier parte podría exigir que un juez se recuse o descalifique para un proceso particular. (Los jueces pueden tomar esta decisión, y a menudo lo hacen) Si se denegara, esta decisión puede ser apelada, a excepción de los Ministros de la Corte Suprema. En general, el sistema parece funcionar bien. Un análisis de Judicial Watch de los registros de los tribunales muestra 1.609 instancias de recusaciones voluntarias de Ministros de la Corte Suprema desde enero de 1990 hasta enero de 2004. Sin embargo, ha habido instancias que generaron controversias, y algunos comentaristas y funcionarios públicos han sugerido que otros jueces o los Consejos Judiciales de los Estados Unidos tengan la facultad de apelar en conflictos de recusación respecto de los Ministros de la Corte Suprema.

A pesar de las estrictas reglas, la aceptación de viajes gratis a conferencias, o viajes con individuos relacionados con casos presentados ante un tribunal, las dudas acerca de la posible influencia en un juez o su imparcialidad han aumentado. A pesar de que los abogados pueden exigir la recusación, basada en el impacto de tal influencia externa, tales mociones de recusación y apelación son difíciles de ganar y no abordan el tema de si los viajes generan un conflicto de interés fuera del contexto de un caso en particular.

En 2004, un informe independiente del Consejo de Derechos de la Comunidad (CRC), titulado “Nada es Gratis: Cómo los Seminarios Judiciales Privados Socavan las Protecciones Ambientales y Afectan la Confianza Pública,” condujo a una investigación de los medios, y generó un revuelo significativo entre expertos de ética, jueces, grupos de interés público y la prensa en general. Los esfuerzos legislativos para abordar este tema no han tenido éxito.⁷ La reacción al informe de la CRC demuestra que existe la necesidad de un canal para denunciar temas de integridad judicial fuera del sistema, para preservar los objetivos del poder judicial, no sólo para evitar la falta grave, sino también la apariencia de la misma.

También existe cierta preocupación acerca del posible impacto de la designación judicial sobre la imparcialidad e independencia. Los Jueces compiten por una designación en 38 de los 50 estados. En el ámbito estadual o local, casi el noventa por ciento de los 30.000 jueces son elegidos, y el costo de la designación judicial llega a millones de dólares.⁸

⁷ Esta información ha sido extraída de Douglas T. Kendall y Jason C. Rylander, “Justicia Manchada: Cómo los Viajes Judiciales Privados Socavan la Confianza del Público en el Poder Judicial,” Georgetown Publicación de Ética Legal, Otoño/Invierno 2004.

⁸ Ver también Bok & Hills, “Justicia a la Venta,” Comisión de Desarrollo Económico, Washington.

El Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO), en su evaluación de 2004 de los Estados Unidos, reconoció que las designaciones judiciales también tenían una dimensión política que podía crear un conflicto de interés para el juez. Se recomienda a los EE.UU. “promover un debate sobre políticas públicas con la participación de todas las partes interesadas, para abordar el proceso de selección de los jueces federales en vista a mejorar el funcionamiento eficiente del proceso judicial.”⁹

⁹ Grupo de Estados Contra la Corrupción, Primera Ronda de Evaluación, Informe de la Evaluación de los Estados Unidos de América, adoptado en la 17ma. Reunión Plenaria del 22-25 de marzo de 2004, pág. 36. Disponible en: www.greco.coe.int.

3. Conservación y Uso Adecuado de los Recursos Confiados a Funcionarios Públicos en Cumplimiento de sus Funciones

a. ¿Existen normas de conducta en su país que regulen la conservación y el uso adecuado de los recursos confiados a los funcionarios públicos en cumplimiento de sus funciones? b. ¿Existen mecanismos para hacer cumplir las normas de conducta antes mencionadas?

Poder Ejecutivo – Todo debate acerca del uso adecuado de los recursos y su control para evitar el fraude, la administración negligente y el abuso incluyen el rol clave de las Inspecciones de Justicia y la Oficina de Responsabilidad Gubernamental (“GAO” antes, Oficina General del Cuentas.) En nombre del Congreso, la GAO controla los presupuestos, la gestión de licitaciones y contratos, y otros usos de recursos realizado por el Poder Ejecutivo. Sus informes y sentencias están disponibles online, y el público en general puede ser incluido en listas de correo para recibir notificaciones sobre informes y sentencias. El uso inapropiado de recursos puede informarse directamente a la GAO a través de su sitio web. Cabe destacar este gran esfuerzo público por hacer cumplir la responsabilidad del Poder Ejecutivo.

En el área de compras, un área no cubierta por la respuesta de los Estados Unidos, aborda temas específicos que requieren atención. Existe una gran preocupación sobre los cambios estructurales recientes, conocidos como “racionalización,” sobre si han tenido un efecto en la reducción de la transparencia y competencia por los contratos públicos. Mientras que las licitaciones para la reconstrucción de Irak concentraron la mayor atención pública, los potenciales problemas resultan aún mayores. Con menos competidores y menos transparencia sobre la efectividad de la licitación respecto de los costos, existe más terreno para que relaciones puedan influir en el resultado. Ver el informe reciente de la Administración General de Servicios sobre el fracaso masivo de los contratos para tareas específicas (o “acuerdos marco” con competencia reducida.)¹⁰ Algunos miembros del Congreso demuestran una gran preocupación por la posibilidad del favoritismo, colusión, y sobre-precios en las adjudicaciones.¹¹ Un informe del Centro para la Integridad Pública concluye que la gestión del Pentágono para proveedores externos necesita un mayor control, y establece que el Pentágono ha reducido significativamente el número de funcionarios responsables de la supervisión de compras a casi la mitad desde comienzos de 1990, a pesar de los mayores presupuestos.¹²

En cuanto al cumplimiento de las normas que reglamentan la gestión de recursos por parte de los funcionarios del Poder Ejecutivo, la respuesta de los EE.UU., aunque es completa, es desde una perspectiva esencialmente del Poder Ejecutivo, y no logra abordar plenamente los mecanismos de cumplimiento delineados a continuación, muchos de ellos implementados por partes privadas, que ayudan a asegurar la conservación y el uso adecuado de recursos confiados a los funcionarios públicos en los Estados Unidos.

¹⁰ Ver Oficina del Inspector General, Administración General de Servicios, *Compendio de Auditorias del Servicio Federal de Tecnología, Centros Regionales de Atención al Cliente (Dem. 2004)*, disponible en: <http://www.pubklaw.com/hi/gsaig12-14-04.pdf>.

¹¹ Ver por ejemplo, Gail Russell Chaddock, “Targeting No-Bid Deals,” *The Christian Science Monitor*, 10 de octubre de 2003.

¹² “Outsourcing the Pentagon”, Centro para la Integridad Pública, 29 de septiembre de 2004.

1. Protestas por licitaciones

La respuesta de los Estados Unidos establece que "los mecanismos anti-corrupción que permiten la participación pública presentan una oportunidad para que oferentes decepcionados objeten las adjudicaciones de contratos Federales," según C.F.R. 48 Part. 33. La protesta de la licitación (o procedimiento de "objeción" como se conoce en muchos países) resulta en la práctica un medio robusto de asegurar la cautelosa gestión de los recursos públicos ofrecidos por Estados Unidos a través del proceso de compras. Según la legislación actual, un "interesado" (por lo general un oferente decepcionado) podría presentar una protesta de licitación en uno de estos tres foros: El Tribunal estadounidense de Demandas Federales, La Oficina de Responsabilidad Gubernamental, o la agencia de contratación (bajo una protesta de licitación "a nivel agencia") El segundo – protestas a la Oficina de Responsabilidad Gubernamental– es, en la práctica, el más popular; la GAO hace lugar y deniega unas 1200 a 1300 protestas de licitaciones al año. *Ver, por ejemplo*, Informe de la GAO al Congreso (20 de enero, 2004), *disponible en:* <http://www.gao.gov/special.pubs/bidpro03.pdf>. La GAO también proporciona un servicio de suscripción online que enviará un e-mail diario, a todo individuo que lo requiera, con una síntesis de cada informe de la GAO y su decisión sobre protestas de licitación. Este mecanismo no es perfecto, ya que sólo permite una transparencia limitada, sólo los contratistas afectados toman posición, y las decisiones sobre las protestas de las licitaciones tienden a transformarse en errores de procedimiento más que en errores sustanciales en el manejo que el funcionario hace de los recursos públicos. Sin embargo, a pesar de su naturaleza esporádica e impredecible, el proceso de protesta de licitación proporciona una garantía importante de la integridad del sistema de compras en los EE.UU.

2. Ley contra Falsas Causas

La respuesta de los EE.UU. también aborda las acciones civiles fraudulentas, incluyendo la causa '*qui tam*' (o "informante fraudulento ") (31 U.S.C. § 3730), lo que permite que un ciudadano presente una demanda bajo la Ley contra Falsas Causas, argumentando corrupción para obtener un contrato público. Si bien la respuesta de los EE.UU. establece que, "[s]i tiene éxito, el ciudadano puede recuperar un porcentaje de los frutos de la sentencia", subestima el impacto que las causas *qui tam* han tenido en la protección de la integridad de las compras de EE.UU. Estas acciones civiles por fraude son presentadas, en primera instancia, por un agente privado (el "informante") y luego, si fuera adecuado, se suma el Ministerio de Justicia. Dado que el relator podría recuperar una porción significativa de su botín, y la parte perdedora podría tener que pagar los honorarios legales del relator, ha surgido una interesante comunidad de abogados privados para atender estos casos. La adjudicación de daños también puede resultar severa: los contratistas acusados pueden ser obligados a pagar daños por triplicado *más* penalidades de hasta \$11.000 por "causas" falsas (es decir, facturas) A través de este tipo de acciones, los ciudadanos privados y la División Civil del Ministerio de Justicia de lo EE.UU. ha recuperado miles de millones de dólares por fraude contra el Gobierno. La amenaza que presentan estos casos sirve de mecanismo disuasivo válido contra el fraude para contratistas estadounidenses.

3. Ley de Integridad en las Compras

La respuesta de EE.UU. tampoco cita la Ley de Integridad en las Compras, U.S.C. 41 § 423, la cual ha sido implementada en C.F.R. 48 § 3.104-1 *et seq.* (Reglamentación sobre Compras Federales (FAR) 3.104-1 *et seq.*). La Ley de Integridad en las Compras establece controles cuidadosos en la divulgación de información sensible sobre compras, tanto del gobierno como de los contratistas, y la Ley establece límites importantes para la "puerta giratoria," *es decir*, el flujo regular, en Estados Unidos, de personal capacitado entre el Gobierno y la industria. Entre otras cosas, la Ley de Integridad en las Compras complementa la norma escrita sobre conflictos de interés penal citada en la respuesta de EE.UU., U.S.C. 18 § 208 (y algunos consideran que hasta se superpone con ella) La Ley de Integridad en las Compras y las leyes penales escritas por supuesto no son suficientes en sí para detener la corrupción, como muestran los recientes escándalos de la Fuerza Aérea. Sin embargo, a Ley de Integridad en las Compras es una parte importante del marco de normas anti-corrupción en EE.UU., y merece ser mencionada.

4. Conflictos de Interés en Organizaciones

La respuesta de EE.UU.- no aborda los conflictos de interés en organizaciones, que resultan un área de creciente riesgo para la corrupción, a medida que madura el sistema de compras estadounidense, y se terciarizan más obras públicas a contratistas privados. La preocupación es que los contratistas privados no proporcionan asesoría imparcial al Gobierno. Según las normas de compras estadounidenses, parte 48 C.F.R. inciso 9.5 (FAR inciso 9.5, disponible en: www.arnet.gov/far), si, debido a obligaciones del trabajo, (1) el contratista obtuviera una ventaja beneficiosa en la compra, o (2) el consejo del contratista al gobierno se distorsiona, entonces se da lugar a lo que se denomina "conflicto de interés en organizaciones," tema que debe ser abordado por el funcionario que contrata. La legislación estadounidense sobre el tema es complicada y avanza rápidamente, y sería conveniente revisar y examinar la evolución de las protecciones bajo las normas estadounidenses y los precedentes.

5. Alcance Corporativo y Cumplimiento

El actual mandato de la Oficina Gubernamental de Ética de los EE.UU. no incluye ni capacitación ni asesoría en el sector privado, como sucede en muchos otros países. Con el aumento del volumen y valor de los contratos gubernamentales, con mayor énfasis en la contratación de servicios más que la compra de mercaderías, se debe considerar la extensión de las responsabilidades de la OEG para proporcionar una mayor cooperación con el sector privado, en particular con proveedores gubernamentales que no cotizan en bolsa.

En la práctica, los programas de cumplimiento para empresas, que ponen énfasis en las conductas lícitas y la cooperación con las investigaciones gubernamentales, a menudo sirven como "la primera línea de defensa" contra el fraude y la corrupción, en un proceso de compras federal. La respuesta de los EE.UU. no hace referencia a los incentivos para los programas de cumplimiento que surgen de los lineamientos promulgados por la Comisión de Sentencias de los EE.UU., www.ussc.gov, descritos con mayor detalle en <http://www.ussc.gov/orgguide.HTM>. Según dichos lineamientos, revisados en noviembre de 2004, se exige a las corporaciones que establezcan completos programas internos de cumplimiento, para asegurarse de que los empleados entienden las obligaciones legales de las empresas y para poner en el tapete las violaciones corporativas de la ley. En la práctica, muchas corporaciones, en particular las que

cotizan en bolsa, instituyen estos programas de cumplimiento como práctica usual. Así el sector privado comparte una porción sustancial de la carga de asegurarse el cumplimiento de las leyes, y sus esfuerzos complementan los programas de las agencias federales.

4. Medidas y sistemas que exigen a los funcionarios públicos denunciar actos de corrupción de los que tengan conocimiento, ante las autoridades correspondientes, en cumplimiento de sus funciones

a. ¿Existen en su país normas de conducta que establezcan medidas y sistemas que regulan la obligación de los funcionarios públicos de denunciar actos de corrupción de los que tengan conocimiento, ante las autoridades correspondientes, en cumplimiento de sus funciones? b. ¿Existen mecanismos para hacer cumplir las normas de conducta antes mencionadas? c. Brevemente, mencione los resultados obtenidos en la implementación de las normas y mecanismos antes mencionados

Poder Ejecutivo – La respuesta del Gobierno de EE.UU. establece claramente las políticas respecto de la obligación de denunciar actos de corrupción en todas las ramas del gobierno. También es correcta su apreciación sobre los recursos que se ahorran o se recuperan gracias a denuncias de fraude u otros actos de corrupción presentadas por los empleados.

Sin embargo, mientras que los empleados del Poder Ejecutivo están al resguardo de la Ley de Protección de Informantes de 1989,¹³ la legislación bi-partidaria presentada ante el anterior Congreso indica que algunos legisladores no consideran la protección de la ley lo suficientemente adecuada y expresan su preocupación sobre que los empleados federales podrían verse disuadidos de denunciar estos casos. Según datos recolectados por el Proyecto de Accountability Gubernamental en casos de retribución de los informantes, se demuestra que las protecciones no son suficientes para proteger a aquellos que actúan obedeciendo su deber de denunciar. Las pruebas estadísticas del análisis de casos en los que los informantes experimentaron represalias por haber denunciado actos ilícitos confirman las consecuencias de estas debilidades en la ley. Al revisar los registros del Circuito Federal de Tribunales de Apelación desde octubre de 1994 a octubre de 2004, en 95 de 96 sentencias, el tribunal decidió contra el informante por falta de méritos. El mecanismo administrativo interno – La Oficina de Sistema de Protección basado en los Méritos (MSPB) – cuenta con un registro similar respecto de los informantes.

La última vez que el Congreso modificó la Ley de Protección de Informantes en 1994, algunos la consideraban la ley de libertad de expresión más fuerte de la historia. Sin embargo, en la práctica, se ha debilitado mucho en los últimos 10 años. Proyectos de ley tanto de la Cámara Baja como del Senado han intentado fortalecer las protecciones necesarias para alentar a los empleados a dar un paso adelante.

En la práctica, los empleados federales también enfrentan problemas al decidir cuando y cómo hacer las denuncias, y quién es finalmente el responsable de presentar dicha denuncia. Las leyes respecto de la protección de información clasificada o restringida puede dejar a los empleados del Poder Ejecutivo atrapados entre su obligación de proteger la información clasificada y la

¹³ 5 U.S.C. § 2302(b)(8).

necesidad de actuar según el interés público, ya sea divulgando la información al Congreso o al público en general. Las Inspecciones Generales a menudo carecen de recursos para tratar las situaciones emergentes, o bien para responder rápidamente a temas donde haya una amenaza inmediata al interés público. El aumento de Inspectores Generales designados políticamente también genera preocupaciones respecto de que los empleados podrían no hacer denuncias por temor a la reacción del partido.

El gobierno federal tiene el apoyo para crear un proceso, fuera del sistema de agencias, que sea independiente y capaz de proporcionar una respuesta rápida. Un proceso para comunicarse con el Congreso de manera que se proteja tanto al empleado como a la información, podría resultar útil, y las agencias no podrán entonces prohibir a los empleados hablar con el Congreso, si existieran los mecanismos adecuados para proteger la información sensible.

Poder Legislativo – A pesar de que la respuesta del Gobierno de los EE.UU. establece correctamente la obligación de los miembros, funcionarios y empleados de denunciar actos de corrupción, no aborda las dificultades prácticas que surgen de las limitaciones sistémicas enumeradas en el Capítulo Primero, Pregunta 1a. Los cambios desde 1997, según se describe anteriormente, en realidad evitan las denuncias. Además, los empleados del poder legislativo no poseen leyes escritas para la protección de los informantes.

Poder Judicial – La respuesta del Gobierno de los EE.UU. describe las leyes que exigen a los empleados del poder judicial denunciar actos de corrupción. Sin embargo, en el poder judicial hay menos lineamientos para el personal y falta una autoridad independiente para cuestionar las acciones de los jueces, según se discute anteriormente. También carece de mecanismos para la protección de los informantes.

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMAS PARA REGISTRAR INGRESOS, ACTIVOS Y PASIVOS

a. ¿Existen reglas en su país para el registro de ingresos, activos y pasivos de aquellos que cumplen una función pública en ciertas posiciones, según se estipula en la legislación, y si fuera adecuado, para divulgarlos públicamente? b. Brevemente, mencione los resultados obtenidos al implementar las normas y mecanismos antes mencionados, y adjunte información estadística pertinente, si fuera posible.

Poder Ejecutivo – A pesar de que el Gobierno de los EE.UU. proporciona una respuesta detallada a la pregunta, anteriores expertos del gobierno consideran que el sistema es obsoleto y necesita ser revisado. El actual sistema de divulgación financiera no aborda la fluidez de los mercados financieros actuales. Por ejemplo, con las negociaciones diarias, es posible para un individuo realizar distintas transacciones en un día que sería casi imposible detectar con un sistema de declaración anual.

Cabe destacar como algunas agencias, tales como la Comisión de Valores (SEC), donde los empleados pueden tener mayor acceso a la información que puede afectar los mercados, exigen a

sus empleados que registren todas las transacciones. Además, el Ministerio de Defensa, donde los empleados trabajan muy cerca de los proveedores del gobierno, están sujetos a mayores exigencias.

En general, el foco del sistema estadounidense para el registro de ingresos, activos y pasivos se encuentra en la identificación de conflictos de interés, más que en la determinación del patrimonio neto de los individuos. Al focalizarse sólo en identificar los conflictos de interés, EE.UU. intenta equilibrar la necesidad de asegurar la independencia de los empleados del Poder Ejecutivo de los intereses privados, con el derecho del empleado a su privacidad. Sin embargo, el sistema se beneficiaría con la simplificación de los formularios de denuncia y un menor número de archivadores.

La mayoría de los elementos del sistema de divulgación pública son pedidos por el Congreso y sólo pueden ser modificados por éste. Muchos consideran los formularios muy complicados, y a menudo los funcionarios designados deben contratar un contador para completarlos de modo adecuado. Resultan difíciles de revisar, y por lo general no presentan la información necesaria para identificar el conflicto de interés. En casos de personas designadas en posiciones políticas que requieren el consentimiento del Senado, cada comisión puede requerir registros de ingresos adicionales. Así podría haber dos o tres formularios con información inconsistente o diferente (por ejemplo, las declaraciones para “este año fiscal” pueden ser muy diferentes a la de los “últimos doce meses”)

Mientras se busca la simplificación, existen ciertas preocupaciones sobre si la legislación pendiente puede reducir la calidad de la información financiera por el alto nivel de designados presidenciales. Es importante que los esfuerzos para revisar los formularios no sean utilizados para impedir su utilidad.

La Oficina de Ética de los EE.UU. (OEG) ha publicado informes y planes estratégicos recientes, con algunos datos (www.usoge.gov) Todo el sistema del Poder Ejecutivo recolecta unas 20.000 declaraciones públicas y más de un cuarto de millón de informes confidenciales. La mayoría de ellos son revisados en las agencias, a pesar de que la OEG revisa unos cuantos de los provenientes de funcionarios de alto rango. Las estadísticas del pasado (Informe de la OEG al Congreso de 1994) demuestran que alrededor de un tercio de los designados políticos deben desprenderse de algunos activos, o hacer otros arreglos respecto de éstos antes de entrar al Gobierno. Sin embargo, los empleados públicos, que presentan la mayoría de los informes, se suman nominalmente a aquellos que deben realizar cambios.

Poder Legislativo – Los Senadores y Miembros de la Cámara Baja deben presentar su declaración financiera, y estará disponible al público si así lo exigiera la Oficina de los Empleados de la Cámara Baja y el Secretario del Senado. Sin embargo, no existe un mecanismo de cumplimiento, que no sean las comisiones, para asegurar una declaración completa y precisa. Según se establece anteriormente, dado que las comisiones de ética se niegan a presentar causas contra sus colegas, no resulta probable que traten archivos tardíos o incompletos. Además, dado que los no-miembros son efectivamente disuadidos de presentar demandas en la Cámara Baja, los temas de las presentaciones podrían nunca transformarse en una acción formal de las Comisiones.

No obstante, es importante notar que, debido a la gran tradición de denuncias agresivas en la prensa estadounidense, es muy probable que los contenidos sean denunciados. Su impacto en las elecciones ayuda a asegurar que los miembros del Congreso se tomen seriamente este requisito y reorganicen sus propios intereses para asegurarse de que los informes sean precisos.

Poder Judicial – Las declaraciones financieras judiciales son utilizadas por los litigantes, los medios, y grupos reguladores judiciales para controlar los posibles conflictos de interés que se puedan presentar a los jueces en los casos que atienden. Sin embargo, mientras se supone que las declaraciones financieras deben estar disponibles al público –si fueran requeridas, una vez pagados los honorarios correspondientes– 30 días luego de ser presentadas, un estudio reciente de la Oficina de Responsabilidad Gubernamental de Estados Unidos (GAO-04-696NI) muestra que durante 2002, unos 90 días fueron necesarios para que el personal de la Comisión de la Conferencia Judicial para las Declaraciones Financieras (depositario de las declaraciones financieras judiciales) respondiera los requerimientos de ese año.

Las leyes federales permiten que la información sea redactada a partir de los formularios de los jueces federales, por razones de seguridad. Los críticos sostienen que algunos jueces, luego de consultar al Servicio de Supervisores Judiciales de EE.UU., han pedido y recibido de la Conferencia Judicial la aprobación para evitar declarar información que consta en los formularios, no necesariamente relacionada con temas de seguridad. Según un estudio de la Oficina General de Cuentas, información financiera y otra ha sido resguardada unas 592 veces por razones de seguridad entre 1999-2002.

En 2004, junto con la Conferencia Judicial, Judicial Watch, organización no gubernamental, instituyó un programa para que las declaraciones financieras estuvieran disponibles en forma gratuita en la Internet, a partir de estar disponibles en la Conferencia Judicial. Esto podría eliminar demoras en el acceso a la información. La Conferencia Judicial, el Servicio de Supervisión Judicial de EE.UU. y los jueces individuales necesitan volver a evaluar la retención adecuada de información financiera importante y otra información para el público.

CAPÍTULO TERCERO

ORGANISMOS DE CONTROL

a. ¿Existen organismos de control con la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de las disposiciones del artículo III (1), (2) y (4)? b. Brevemente, mencione los resultados obtenidos por dichos organismos de control en el cumplimiento de las funciones antes mencionadas.

Poder Ejecutivo – La Oficina de Ética Gubernamental (OEG) tiene la responsabilidad de controlar las revisiones que las oficinas de ética hacen de las declaraciones, y cuenta con un grupo auditor responsable de hacerlo. Sin embargo, debido a la reducción en el número de auditores en los últimos cinco años, la revisión de cada agencia al menos cada cuatro años, puede llevar unos seis años o más.

La OEG emite informes sobre las auditorias de la agencia y marca las deficiencias. Tiene la autoridad de establecer acciones correctivas así como otras medidas para forzar a las agencias a cumplir, y lo ha hecho regularmente.

Poder Legislativo – Como se ve en la respuesta a la Pregunta 1 a, el control del Congreso se deja al Congreso mismo. El único otro control, en la práctica, es la influencia de la prensa independiente y los informes investigativos profundos sobre las elecciones.

Poder Judicial -- Según se nota en la respuesta de EE.UU., el sistema de tribunales federales se auto regula a través de la Conferencia Judicial de los Estados Unidos. En el ámbito federal, ningún ciudadano puede presentar una demanda sobre un juez. Algunas demandas se focalizan erróneamente en las sentencias del juez, más que en sus conductas ilícitas.

Los jueces federales sólo pueden ser removidos por enjuiciamiento del Senado. El poder judicial ha apercibido, reprimido y hasta censurado públicamente a algunos jueces y, en casos de una violación significativa de la ética judicial o de un delito, ha enviado a algunos ante el Senado para su enjuiciamiento. Sin embargo, pocos jueces han sido procesados en la historia del país,¹⁴ aunque algunos hayan renunciado bajo presión.

Como se establece en el debate sobre el poder legislativo, existen debilidades inherentes a los sistemas auto-regulados. Los críticos creen que el sistema podría mejorar si los ciudadanos tuvieran un lugar en las comisiones, como sucede en algunos estados. Otros piden mayor control del Congreso. No obstante, dada la posibilidad de que tal control pudieran afectar la independencia judicial, es responsabilidad de la Conferencia Judicial asegurar que sus prácticas cuenten con la confianza pública. Más transparencia podría resultar útil al respecto.

¹⁴ “La Ética Judicial y el Imperio de la Ley, por el Juez de la Corte Suprema de EE.UU. Anthony Kennedy, Temas de Democracia, septiembre de 1999. Ver también www.senate.gov

CAPÍTULO CUARTO PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

1. Preguntas Generales y Mecanismos de Participación

a. ¿Existe en su país un marco legal y mecanismos para fomentar la participación de la sociedad civil y organismos no gubernamentales en los esfuerzos para combatir la corrupción?

La respuesta del Gobierno de los Estados Unidos describe adecuadamente la amplia gama de oportunidades para la participación ciudadana en los procesos de diseño de políticas. Tienen origen en la Primera Enmienda de la Constitución que garantiza la libertad de expresión y el derecho a peticionar ante el gobierno.

El creciente uso de Internet en todos los poderes del gobierno, la presentación de informes, estadísticos, de las reglamentaciones propuestas y las decisiones legales, así como también toda otra información clave, han permitido la disponibilidad de datos significativos, y fomentado la participación activa. Sin embargo, existe una percepción generalizada sobre el impacto poco adecuado de los grandes contribuyentes a las campañas en las políticas.

2. Mecanismos de Acceso a la Información

a. ¿Existen en su país mecanismos para regular y facilitar el acceso de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales a la información para controlar las instituciones públicas? b. Brevemente, comente los resultados obtenidos en la implementación de las normas y mecanismos antes mencionados.

La Ley de Libertad de Información (FOIA) y la Ley de Privacidad juntas forman un esquema legislativo completo que proporciona un derecho privado, que se puede hacer cumplir en los tribunales, para obtener información del gobierno. En apoyo de este régimen legislativo acuden una larga historia de obligaciones legales y doctrinas que refuerzan y protegen la cultura de la información en EE.UU.

La respuesta de EE.UU. establece que el Ministerio de Justicia envía un informe anual sobre la actividad regulada por la FOIA. Además, la FOIA obliga a cada agencia del gobierno federal a informar sobre la actividad de la FOIA. *Ver U.S.C. 5 § 552(e) (2004)* Este requisito, que permite a los ciudadanos a revisar la capacidad de respuesta y adecuación de la implementación de la FOIA año tras año, sería más útil si la información fuera compilada en un solo informe, que cubra todos los componentes federales.

Mientras que resulta un desafío encontrar el equilibrio entre la transparencia y los valores de la privacidad y la seguridad, el escenario ha sufrido un cambio molesto en detrimento del acceso a la información. La FOIA establece la creencia general de que todos los registros en posesión de las agencias y ministerio del Poder Ejecutivo de los EE.UU. deben estar a disposición del público. La Ley otorga a los individuos el derecho a exigir dichos registros y a recibir una respuesta a su pedido, a pesar de no otorgar un derecho absoluto a examinar todos los

documentos del gobierno federal. Si una agencia niega el pedido, es el gobierno quien debe demostrar que la información cae bajo una de las nueve claramente delineadas excepciones a las normas que exigen la disponibilidad de los registros requeridos.

Durante las Administraciones de Clinton, la capacidad gubernamental de invocar las excepciones discrecionales resultaban limitadas. El gobierno debía demostrar los daños previsibles que ocurrirían a partir de la divulgación. En un Memo de 2001 del Fiscal General Ashcroft a las agencias gubernamentales, la carga pudo revertirse. Bajo la nueva norma, el gobierno debe determinar si existe una “sólida base legal” para confiar en una excepción a la retención de información y el Ministerio de Justicia ha indicado que defenderá todos estos casos.

Existen otras definiciones a partir de las cuales algunos determinan un patrón para limitar el acceso público a la información. Por ejemplo, la Ley de Registros Presidenciales de 1978 permite un pedido según la FOIA de registros presidenciales 2 años después de que un Presidente termina su mandato. Sin embargo, la orden ejecutiva Presidencial de 2001 Nro.13233 restringe el acceso público, al darle al presidente actual o anterior la facultad para negar el acceso, basándose en privilegios constitucionales.

Prácticas pasadas del Gobierno de los EE.UU. bajo la FOIA y reglamentaciones que la complementan presentan dos áreas problemáticas adicionales: (a) clasificación e (b) implementación ineficiente.

1. Clasificación

Muchas de las excepciones a la divulgación establecidas en la FOIA están diseñadas para proteger a los ciudadanos de la divulgación de información privada o sensible, tales como archivos internos de personal, secretos comerciales, etc. Las deliberaciones internas de las agencias también se ven protegidas de manera de asegurar un ambiente en el que los funcionarios puedan expresar libremente sus opiniones, y así someter las políticas a un control total, de la misma manera en que se hace cumplir la ley cuando la divulgación de la información pudiera afectar la imparcialidad de los procesos legales, o bien poner en peligro a los funcionarios que hacen cumplir la ley.

Las excepciones a la divulgación bajo FOIA resultan más problemáticas cuando la información es retenida según la excepción de “seguridad nacional” –una amplia excepción para la divulgación que protege todo documento que haya sido clasificado adecuadamente. Mientras que ciertamente una gran cantidad de la información que es clasificada debe ser mantenida en secreto por razones de seguridad nacional y/o protección del personal, incluido en este amplio abanico se encuentran los documentos relacionados con algunos de los aspectos gubernamentales más críticos donde la transparencia es muy necesaria.

Reconociendo este problema, en 1995, el Presidente Clinton revisó los criterios de clasificación según la FOIA, U.S.C. 5 § 552(b)(1)(A), Orden Ejecutiva Nro. 12958 (OE 12958) La OE 12958 estableció medidas drásticas para mejorar el acceso público a la información antes negada, a menudo por tiempo indeterminado, al escrutinio público. Desafortunadamente, la mayoría, sino todas las disposiciones claves de la OE 12958 fueron derogadas y eliminadas por la Orden Ejecutiva Nro.13292 (OE 13292), emitida por el Presidente Bush en marzo de 2003. Una

revisión de los informes producidos por la Oficina de Control de Seguridad de la Información ilustra la severidad del problema. En los años fiscales de 1995 a 2002, la OE 2958 estaba en vigencia y el número promedio de páginas desclasificadas al año llegaba a 126.000 millones. En comparación, sólo unas 43.000 millones fueron desclasificadas en el año fiscal 2003 (y en los primeros seis meses de ese año, la OE 12958 todavía estaba en vigencia) Además, un número mucho mayor de documentos están siendo clasificados bajo la OE 13292, están siendo clasificados a niveles más altos, y retienen sus estados de clasificación por períodos más largo de tiempo. Estos cambios erosionan de modo significativo la eficacia de la FOIA en el ámbito de los documentos clasificados.¹⁵

2. Implementación ineficiente

El gobierno federal de los Estados Unidos presenta posiblemente una de las mayores burocracias del mundo. La FOIA agrega un complejo esquema legal y regulatorio que no está, y no puede estar incluido en la experiencia de cada funcionario que lo implementa. Por lo tanto, no puede evitarse cierto grado de ineficiencia. Sin embargo, la ineficiencia del sistema de la FOIA es mucho mayor de lo que debe ser.

El primer problema comienza con los sistemas de mantenimiento y archivo de documentos. Las agencias federales tienen sus políticas respecto de como archivar, mantener y “eliminar” los registros para asegurar que las investigaciones de documentos según la FOIA o las causas legales puedan llevarse a cabo efectivamente, recuperando toda la información correspondiente a un proceso. Sin embargo, muchos empleados federales no implementan estas políticas, o bien las desconocen. Por lo tanto, los allanamientos en búsqueda de información resultan largos y arduos procesos sin garantías de poder identificar a todos, o a la mayoría de los documentos relevantes.

El segundo problema es que la FOIA establece fechas límite expresas para proporcionar las respuestas, lo que llevó a los ciudadanos a creer que pueden en realidad obtener la información requerida en un período de tiempo razonable cuando, de hecho, podrían tener que esperar más de un año. Un lector promedio podría considerar que 20 días son suficientes para requerir información según la FOIA. En realidad no lo son, dado que la FOIA enumera “circunstancias inusuales” bajo las cuales una agencia podría extender el período con una notificación escrita. Muchas de las circunstancias descritas –tales como la recolección de información de sedes externas que procesan el pedido- resultan muy poco inusuales y se aplican a casi todos los requerimientos según la FOIA. La FOIA sigue eviscerando los lineamientos de tiempo al establecer que una agencia podría elevar los límites de tiempo si el que presenta el pedido se niega a limitar el alcance del pedido o acuerda una alternativa al marco de tiempo. Como resultado, ninguna persona que presente un pedido puede saber con antelación qué marco de tiempo podría aplicarse a su respuesta. Por ejemplo, el informe del Departamento de Estado sobre la FOIA de 2003 enumera la media de días para procesar un pedido, que va de 8 a 671. Existen disposiciones para procesos más expeditivos, pero se remiten a circunstancias específicas abiertamente restrictivas. Aún para procesos expeditivos, la media del Departamento de Estado llegó a 196 días.

¹⁵ Oficina de Control de Seguridad de la Información, “Informe al Presidente de 2003” e “Informe al Presidente de 2001,” 31 de marzo y 20 de septiembre de 2002.

Estados Unidos debería volver a los parámetros de desclasificación de la OE 12958 y rescindir la asesoría del Fiscal General sobre la interpretación expansiva de las excepciones de la FOIA. Deberá restablecerse la presunción de divulgación.

Estados Unidos debe asegurar que todos los empleados del Gobierno estén capacitados adecuadamente para mantener, retener y archivar documentos y que los archivos sean organizados de manera adecuada. Se deben promulgar leyes para: (1) establecer explícitamente procesos expeditivos para los pedidos según la FOIA cuando haya una causa pendiente en el tribunal; (2) prescribir un período de tiempo razonable y confiable en el que deba completarse la respuesta según la FOIA, independientemente de “circunstancias inusuales”; (3) restringir la definición de “circunstancias inusuales.”

3. Mecanismos de Consulta

a. ¿Existen mecanismos en su país para que los empleados públicos consulten a la sociedad civil y a las organizaciones no-gubernamentales sobre temas dentro de su ámbito de competencia, que puedan ser utilizados para la prevención, detección, castigo, y erradicación de la corrupción pública?

Existe un sistema extensivo para obtener información de la sociedad civil sobre procesos de toma de decisiones. Respecto de temas relacionados al comercio, por ejemplo, existen oportunidades para responder a notificaciones del Registro Federal y resúmenes informales. En términos de procesos de la comisión asesora establecidos en la respuesta gubernamental, han habido muchas recomendaciones de la GAO y la sociedad civil para mejorar el sistema y ampliar la participación. Un informe de 2003¹⁶ de la Comisión Asesora de Políticas para el Comercio y el Medio Ambiente descubrió algunas formas en que la sociedad civil puede proporcionar información en debates sobre políticas comerciales. Sin embargo, se establece que estas oportunidades no son muy conocidas y recomiendan a la Cámara de Comercio de EE.UU. hacer mayores esfuerzos para “aumentar la disponibilidad de información al público sobre como comunicarse efectivamente con las entidades.” Las recomendaciones incluyen utilizar más la Internet, identificar el personal clave y las comisiones de control y del Congreso para el comercio, así como también proporcionar más información a la sociedad civil para demostrar si sus opiniones han sido tomadas en cuenta.

Un informe de la GAO de 2002¹⁷ hace referencia al importante rol del sistema de comisiones asesoras en la formulación de políticas comerciales. Sin embargo, establece tres áreas para mejorar el sistema: 1) hacer consultas a tiempo; 2) proporcionar más oportunidades para hacer contribuciones, con acceso a documentos clave y tiempo para evaluarlos; y 3) aumentar el flujo de información al Congreso para asegurar que los consejos sean tomados en cuenta. También se establece que “la estructura y composición del sistema de comisiones no ha sido plenamente actualizado para reflejar los cambios en la economía de los EE.UU. y en sus políticas comerciales.” En particular, establece el hecho de que “los interesados no-corporativos” se sienten “marginados del sistema en general porque se les permite participar en muy pocas

¹⁶ Informe de la CC de EE.UU. de la Comisión Asesora de Políticas para el Comercio y el Medio Ambiente sobre la contribución de la Sociedad Civil en las decisiones comerciales, 2003.

¹⁷ GAO-02-876 Comercio Internacional.

comisiones y perciben la dificultad de asegurar que sus opiniones sean consideradas seriamente.” Resulta necesario abordar estos temas.

Más allá de las políticas comerciales, no todas las agencias han creado una comisión asesora. Se debe considerar la creación de tales comisiones en todas las agencias, para proporcionar los canales adecuados para la contribución de la sociedad civil en las políticas y las decisiones.

4. Mecanismos para Fomentar la Participación Activa en la Administración Pública

a. ¿Existen mecanismos en su país para facilitar, promover, y obtener la participación activa de la sociedad civil y organizaciones no-gubernamentales en procesos de políticas públicas y toma de decisiones, para satisfacer los objetivos de prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción pública?

Como se establece en la respuesta del Gobierno de los EE.UU., todos los poderes gubernamentales en EE.UU. presentan procedimientos para organizar reuniones y audiencias, y para ofrecer al público la posibilidad de hacer sus comentarios sobre leyes y reglamentaciones. Sin embargo, en el contexto legislativo, las organizaciones de la sociedad civil muestran su preocupación porque las comisiones de las conferencias del Congreso¹⁸ llevan a cabo menos reuniones abiertas y, a veces, niegan la participación en temas críticos e inclinan la nueva política a favor de los que tuvieron acceso al Congreso, sin el debate público¹⁹. La Comisión de la Conferencia debe reunirse en una sesión abierta antes de que se llegue a un acuerdo, así se permite el acceso público a los procedimientos y se le da la oportunidad de hacer comentarios.

CAPÍTULO QUINTO ASISTENCIA Y COOPERACIÓN

1. Asistencia Mutua

a. Brevemente describa el marco legal de su país, si lo hubiera, para establecer mecanismos de asistencia mutua para procesar pedidos de estados extranjeros que buscan asistencia en la investigación y procesos de actos de corrupción.

La respuesta del gobierno de los EE.UU. es muy completa, aunque cabe destacar que las Normas Federales para los Procesos Civiles no establecen la emisión de requerimientos de asistencia legal. Como resultado, según la Norma Federal de Procesos Legales Nro. 57, los jueces pueden reglamentar la asistencia legal de modo tal que no sea incompatible con las normas, lo que podrían resultar en una gran inconsistencia en la práctica.

Se debe reconocer a los EE.UU. por su ratificación de la Convención Interamericana sobre la Asistencia Mutua en Temas Penales y numerosos tratados bilaterales para facilitar la asistencia

¹⁸ Cuando la Cámara Baja y el Senado aprobaron las distintas versiones de la misma ley, se reunió una “Comisión de Conferencia,” con miembros de ambas cámaras para negociar una legislación común para que apruebe tanto la Cámara Baja como el Senado. El proyecto resultante negociado se emite en el “informe de la conferencia.”

¹⁹ Ver “La Causa común apoya las reformas procesales para asegurar que todas las voces sean oídas en el Congreso”, 14 de julio de 2004 en:
<http://www.commoncause.org/site/apps/nl/content2.asp?c=dkLNK1MQIwG&b=194883&ct=225160>.

mutua, y también por sus esfuerzos para promover mecanismos mejorados de asistencia legal mutua en la Cumbre de las Américas, Organización de los Estados Americanos y otros foros internacionales. Tales tratados y mecanismos son el único modo de apresurar lo que, sin arreglos especiales, sería un proceso lento y tedioso.

b. El gobierno ¿ha presentado o recibido pedidos de asistencia mutua según la Convención?

Aún donde la asistencia mutua se establece mediante un tratado, tal como la Convención Interamericana contra la Corrupción (IACAC), cuando no esté en vigencia un tratado de asistencia legal mutua (“MLAT” en inglés) entre el estado que hace el pedido y el que lo recibe, la ley estadounidense obliga a la asistencia mutua ya sea bajo la Convención de La Haya o a través de un proceso diplomático de cartas rogatorias. Ambos procesos, en particular el de cartas rogatorias, resultan difíciles y lentos. El Departamento de Estado advierte en su sitio web que, “las cartas rogatorias llevan tiempo, resultan un proceso complicado y no deben ser utilizadas a menos que no haya otras opciones disponibles.” Las cartas rogatorias son difíciles de presentar y no hay garantías de que el juez responda favorablemente, ya que los procesos basados en cartas rogatorias se basan en el respeto mutuo, más que en una obligación internacional.

Las cartas rogatorias son manejadas por la Oficina de Servicios a Ciudadanos Extranjeros en el Departamento de Estado. Podría mejorar mucho la Coordinación entre esta oficina y la Oficina de Asuntos Internacionales en el Ministerio de Justicia, la Autoridad Central para la mayoría, sino todos, los tratados de asistencia legal mutua y la Autoridad Central bajo la IACAC. EE.UU. deberá realizar esfuerzos para asegurar que la coordinación entre las oficinas involucradas en la asistencia mutua sea efectiva y que el procesamiento de los requerimientos sea racionalizado en la medida de lo posible.

2. Cooperación Técnica Mutua

a. ¿Cuenta su país con mecanismos para permitir mayor cooperación técnica mutua entre los Estados Miembro respecto de los modos y medios más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar actos de corrupción pública, lo que incluye el intercambio de experiencias mediante acuerdos y reuniones entre organismos e instituciones competentes, así como también compartir el conocimiento sobre métodos y procedimientos para la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción?

La respuesta de los Estados Unidos se basa mayormente en la asistencia anti-corrupción, más que en la cooperación anti-corrupción. Entonces, aborda primero la asistencia: los esfuerzos de los EE.UU. para proporcionar capacitación a un mayor número de naciones a través del Ministerio de Justicia (DOJ – en inglés), con reconocidos programas tales como el Programa de Asistencia Internacional en Capacitación para Investigaciones Penales (ICITAP), el de Desarrollo de Procesos en el Extranjero, Asistencia y Capacitación (OPDAT) y otros. En muchas áreas, Estados Unidos tiene mucha más experiencia que otras naciones y cabe destacar la voluntad para compartir sus experiencias. Sin embargo, ICITAP y OPDAT presentan fallas también. Primeramente, la dificultad de los capacitadores para entender que la capacitación llega a entidades extranjeras, que operan no sólo bajo diferentes leyes y procedimientos sino también,

muy a menudo, operan un sistema legal muy diferente. Esto disminuye significativamente el valor e impacto de la capacitación.

Del lado de la cooperación, EE.UU. es el líder mundial en promover la participación en los esfuerzos multi y bilaterales para mejorar la capacidad de cumplimiento de la ley y de los fiscales para sortear las fronteras internacionales. La respuesta de los EE.UU. menciona en particular la creación de una Red Gubernamental de Instituciones de Ética Pública en las Américas, lo que permite una variedad de intercambio de consultas e información entre funcionarios de oficinas de ética. Además, Estados Unidos es un país activo y promueve el Egmont Group, una asociación internacional de unidades de inteligencia financiera. Los esfuerzos de Egmont para fomentar redes interagencias para asegurar el cumplimiento de leyes financieras resultan clave para identificar y repatriar fondos sustraídos por personajes corruptos. Además de los mecanismos de la OEA y bajo IACAC, EE.UU. también participa de otros tantos foros para fomentar la cooperación en los esfuerzos anti-corrupción en todo el mundo, incluyendo el Lyon-Roma Group, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, el Grupo de Estados Contra la Corrupción, el Foro Global de Lucha contra la Corrupción y Protección de la Integridad, y muchos más. Esta dedicación sostenida a la cooperación internacional se encuentra entre los aspectos positivos de los esfuerzos de EE.UU. en el campo de la anti-corrupción, particularmente a medida que la corrupción se convierte en un delito transnacional.

Estados Unidos deberá proporcionar mayor asistencia técnica a los países que buscan la extradición u otros procesos legales, tales como la confiscación de bienes, en Estados Unidos. Esto resultará de particular importancia una vez que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción sea implementada. El cumplimiento de las normas estadounidenses en estos casos ha resultado difícil para muchos países y la escasez de pedidos de cooperación registrados en la respuesta de EE.UU. podrían ser el resultado de dificultades de fiscales extranjeros para utilizar el sistema estadounidense. Estados Unidos debería evaluar la efectividad de los programas ICITAP y OPDAT para identificar áreas en las que se pueden mejorar, extender o adecuar mejor a las necesidades particulares de los individuos que reciben la capacitación, incluyendo la familiarización de los capacitadores con el sistema legal y la legislación local con antelación.

CAPÍTULO SEXTO

AUTORIDADES CENTRALES

1. Designación de las Autoridades Centrales

a. ¿Se ha designado en su país una autoridad central a fin de canalizar los requerimientos de asistencia mutua según se establece en la Convención? b. ¿Se ha designado en su país una autoridad central a fin de canalizar los requerimientos de cooperación técnica mutua según se establece en la Convención?

La respuesta de EE.UU. menciona la Oficina de Asuntos Extranjeros del Ministerio de Justicia (OIA) como la Autoridad Central en asuntos de asistencia mutua. Sin embargo, debe notarse que

el alto número de pedidos de asistencia legal mutua se maneja a través de cartas rogatorias gestionadas por la Oficina de Servicios a Ciudadanos Extranjeros en la Oficina de Asuntos Consulares en el Departamento de Estado (OCS) Resulta esencial la existencia de cooperación adecuada y efectiva con la OCS, a pesar de que la OIA haya sido designada Autoridad Central.

Por otro lado, la respuesta de EE.UU. no designa una Autoridad Central para la cooperación técnica. Esto resulta poco eficiente y problemático para otros estados miembro en varios aspectos, entre ellos, la dificultad de manejar la complejidad del gobierno federal. La ausencia de una autoridad central crea dificultades para la sociedad civil, así también como para otros gobiernos en la lucha contra la corrupción. Mientras que cabe destacar los registros del gobierno de los EE.UU. sobre logros en la negociación de varios acuerdos e iniciativas anti-corrupción, resulta difícil para la sociedad civil determinar cómo las distintas agencias pueden compartir y coordinar responsabilidades. Estados Unidos deberá identificar una oficina a la cual remitir los pedidos de asistencia técnica e información. A pesar de que el cuestionario requiere la identificación de un individuo (en ambos temas de asistencia mutua), resulta impracticable en EE.UU. dada la continua rotación de personal. La identificación de una posición debe ser suficiente.

2. Función de la Autoridad Central

a. ¿Cuenta la autoridad central con los recursos humanos, financieros y técnicos necesarios para permitir la emisión y recepción adecuada de pedidos de asistencia y cooperación según la Convención?

La respuesta de EE.UU. resulta precisa, aunque omite una porción significativa del trabajo cubierto por la Oficina de Servicios a Ciudadanos Extranjeros. A menudo se acusa a la OIA de ser lenta para responder y, en ocasiones, de la falta de coordinación con otras oficinas tales como la OCS y la Oficina Ejecutiva para los Fiscales de Estados Unidos. La OIA debe trabajar para mejorar la coordinación y concientización de las Oficinas de los Fiscales en EE.UU. sobre los esfuerzos, disponibilidad y obligaciones según la Convención, y para racionalizar la cooperación con la OCS.

Es notable que la respuesta de los EE.UU. no discuta la operación de la Misión Permanente en la Organización de los Estados Americanos como la cámara compensadora para pedidos de cooperación técnica. Mientras que tal vez resulte un adecuado punto de partida para la asistencia técnica, no debería ser designado como un punto de contacto para la cooperación técnica en general, para lo cual no resulta apropiado. La Misión Permanente de los EE.UU. en la Organización de los Estados Americanos es en esencia una embajada, con diplomáticos de carrera y designados políticos que rotan en sus posiciones cada dos a cuatro años y no tienen ni capacitación ni experiencia para manejar de modo adecuado los pedidos de cooperación técnica ni el desarrollo institucional a largo plazo respecto de temas de corrupción.

Estados Unidos deberá designar una Autoridad Central, o al menos un punto de contacto, para la cooperación técnica, que cuente con experiencia para manejar los pedidos y el desarrollo institucional de modo adecuado. La OIA puede cumplir este rol, siempre y cuando tenga los recursos necesarios. Otras posibilidades incluyen la Oficina de Programas contra Delitos en la

Oficina Internacional de Narcóticos y la de Asuntos Legales del Departamento de Estado, la Oficina de Proyectos Especiales y Relaciones Gubernamentales en la Oficina de Ética, y la Oficina de Planeamiento Estratégico y Cooperación Internacional de la Oficina de Responsabilidad Gubernamental.

Para temas de asistencia técnica, opuesta a la cooperación técnica más amplia, los puntos de contacto podrían ser la Oficina de Asuntos del Hemisferio Occidental en el Departamento de Estado o de Democracia y Gobernabilidad de la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional y su Misión Permanente en la Organización de los Estados Americanos.