

IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

PRÓLOGO LUIS ALMAGRO

EDITORES

CARLOS TABLANTE
MARIELA MORALES ANTONIAZZI



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Impacto de la corrupción en los derechos humanos

Prólogo de Luis Almagro

Editores

Carlos Tablante

Mariela Morales Antoniazzi

**Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro**

México, 2018



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**Instituto de Estudios
Constitucionales**
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN

Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES

Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA

Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA

Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA

Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Primera edición: mayo de 2018

Impacto de la corrupción en los derechos humanos

© Carlos Tablante

Mariela Morales Antoniazzi

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro

Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur

Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-43-1

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Carlos D. Tablante
Diseño de portada

Contenido

<i>Acerca de los autores</i>	11
<i>Prólogo</i>	13
LUIS ALMAGRO	
<i>Presentación</i>	19
ROGELIO FLORES	
<i>Corrupción y derechos humanos</i>	23
ANNE PETERS	
<i>La corrupción y los derechos humanos en Brasil</i>	83
FLÁVIA PIOVESAN, ANNA DIAS RODRIGUES, EDUARDO	
ALONSO OL莫斯, LAURA FERNANDES DE LIMA LIRA Y	
TATIANA MESQUITA NUNES	
<i>Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía</i>	141
LUIS DANIEL VÁSQUEZ	
<i>Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela</i>	175
CARLOS TABLANTE	

Corrupción y derechos humanos. Guatemala 221

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

La integración vertical de la delincuencia organizada vinculada a la corrupción política: Un análisis jurimétrico del decomiso de activos y los derechos humanos 239

EDGARDO BUSCAGLIA

La recuperación de activos de la corrupción en Perú 295

ÓSCAR SOLÓRZANO

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos .. 335

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

Acerca de los autores

Luis Almagro

Secretario General de la Organización
de los Estados Americanos

Rogelio Flores

Director del Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

Anne Peters

Directora del Instituto Max Planck de Derecho Público
Comparado y Derecho Internacional Público

Flávia Piovesan

Comisionada de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos (2018-2021)

Anna Dias Rodrigues

Abogada de la Unión, Brasil

Eduardo Alonso Olmos

Abogado de la Unión, Brasil

Laura Fernandes de Lima Lira

Abogada de la Unión, Brasil

Tatiana Mesquita Nunes

Abogada de la Unión, Brasil

Luis Daniel Vásquez

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos Tablante

Director de *Cuentas Claras Digital.org*

Thelma Esperanza Aldana Hernández

Fiscal General de la República y Jefa del Ministerio Público de la República de Guatemala (2014-2018)

Edgardo Buscaglia

Director del International Law & Economic Development Centre; Senior Research Scholar in Law and Economics, Columbia University (Nueva York)

Óscar Solórzano

Especialista *Senior* en el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR), Basel Institute on Governance

Mariela Morales Antoniazzi

Referentin para América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público

IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

Tatiana Mesquita Nunes

Abogada de la Unión, Brasil

Luis Daniel Vásquez

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Carlos Tablante

Director de *Cuentas Claras Digital.org*

Thelma Esperanza Aldana Hernández

Fiscal General de la República y Jefa del Ministerio Público de la República de Guatemala (2014-2018)

Edgardo Buscaglia

Director del International Law & Economic Development Centre; Senior Research Scholar in Law and Economics, Columbia University (Nueva York)

Óscar Solórzano

Especialista *Senior* en el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR), Basel Institute on Governance

Mariela Morales Antoniazzi

Referentin para América Latina del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público

Prólogo

Américas, nos debe constar a todos que tenemos un problema. Y que lo seguiremos teniendo. La corrupción es una enfermedad hereditaria, autoinmune, de cualquier sistema político donde los seres humanos son sus operadores. No reconoce fronteras de ningún tipo, ya sean ideológicas, de color político, incluso de niveles de fortaleza institucional.

En años recientes, escándalos de corrupción en todo el continente han asomado el problema más a la superficie, dando la impresión de que el fenómeno es nuevo, o más pronunciado en contextos democráticos. Esto no puede estar más alejado de la realidad. La enfermedad de la corrupción, que destruye las partes sanas y bien intencionadas de la política, ha sido implacable y omnipresente en la historia, especialmente cuando se ha pretendido ignorarla.

No es debido a la democracia, sino gracias a ella, que el problema se ventila hoy con mayor franqueza y nos obliga a encararlo.

Lo que hay que combatir es la enfermedad, no el sistema.

Cuando juzgamos a la corrupción, como se hace hoy en buena parte de nuestros países, el cuadro deja de ser tan pesimista. La intención aquí es ser realista. Se precisa de realismo respecto al problema de la corrupción para siquiera intentar abordarlo. Es necesario partir de una premisa esencial, cuya lógica robo del premio nobel de literatura, John Steinbeck: “No es que la cosa mala gane —nunca ganará— pero es que no muere”. La corrupción no se puede destruir completamente. No hay país en el mundo que

LUIS ALMAGRO

tenga corrupción cero. Unos tienen más, otros menos. Pero debemos ganarle. Y debemos ganarle en clave de democracia.

La primera buena noticia, como señalé, es que la estamos enfrentando en todo el continente y se ha demostrado que aunque la corrupción quizás nunca morirá, se puede acorralar, se le puede ganar y es posible lograr los cambios culturales necesarios.

Para ganarle se necesita entender las causas y nuevas expresiones de la corrupción en democracia, especialmente en democracias jóvenes como las latinoamericanas. Existen todas las razones para necesitar imponernos a la corrupción. Muchos hacen referencia al argumento ético, de que el abuso de poder y la impunidad son inmorales —lo cual es cierto—. Es obvio: quien ostente un cargo público no debe robar de los impuestos de la gente ni usar influencias para fines personales. Los que buscan el servicio público deben entender de una vez por todas que la política no es una carrera para hacer dinero. Si quieren hacer dinero debemos empujarlos hacia oficios diferentes. Otros han cuantificado el costo económico y costo de la oportunidad de la corrupción, en detrimento de mayor nivel de desarrollo económico y social. También una reflexión acertada.

En lo que hace a la conexión entre corrupción y derechos humanos, se han analizado al menos dos perspectivas diferentes. Por un lado, se estudia si la corrupción en sí, en tanto acción llevada a cabo por funcionarios públicos, implica una violación a los derechos humanos. Indudable y esencialmente lo es, en tanto lesionan los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Solo accede a derechos quien puede comprarlos. También colide con el interés público, al originarse en la superposición de interés público y privado de los responsables.

Es la segunda perspectiva, que claramente es consecuencia de la primera, la que más nos preocupa. Esto es, cuando la corrupción llega a extremos de debilitamiento institucional que conlleven a la consolidación de la impunidad. Cuando ello ocurre, las garantías del derecho desaparecen por completo. Los derechos se relativizan, haciendo tambalear o desnaturizando por completo el Estado de derecho. El espacio de denuncia de la sociedad civil se reduce a una expresión mínima cuando los contrapesos

Prólogo

establecidos en las constituciones para garantizar los derechos a las y los ciudadanos —y que sirven de límite fundamental a un poder o a los poderes del Estado— dejan de ser efectivos jurídicamente y dejan de ser también instrumentos válidos para detener la corrupción, o las violaciones de derechos humanos o desastres ambientales. Las fuerzas “del orden” pueden avasallar derechos sin motivos con la complicidad de los demás poderes del Estado y se generan las condiciones para las peores aberraciones. Las sociedades más corruptas son también las sociedades del deterioro de los derechos humanos.

En este caso, haré referencia a las razones que considero más relevantes, dada la coyuntura regional.

La corrupción engendra corrupción, y a una velocidad más rápida que a la que la democracia puede defenderse. Este abuso causa inestabilidad política y socava la institucionalidad formal mientras construye una paralela, caracterizada por malas prácticas contagiosas.

Presidentes que han renunciado, que son enjuiciados y encarcelados, o que son presionados para actuar y terminan adoptando medidas para disimular y orear la presión, son solo la parte visible.

Es muy probable que sostener prácticas de corrupción al más alto nivel, implique el apoyo de la estructura detrás y debajo del poder. Además, mandos medios y bajos siguen el ejemplo o forjan el ejemplo sobre el máximo liderazgo respecto a la permisividad de prácticas corruptas. Por esta razón, no es posible el menor margen de tolerancia. Como enfermedad, la corrupción es capaz de permear por completo un sistema político, afectándolo desde la cúpula hasta las actividades más cotidianas de convivencia social, como puede ser obtener un número para hacer un trámite burocrático básico.

Es también preocupante el desmérito del servicio público. Este es un efecto de la ola de escándalos y protesta ciudadana sobre la percepción de las nuevas generaciones. La persistencia de corrupción en la política atrae a personas no adecuadas para cargos públicos y desincentiva y ahuyenta a quienes tienen una genuina vocación de servicio público. Y es que la política se per-

LUIS ALMAGRO

cibe con una connotación negativa, cuyo sinónimo es sucio. Participar implica muchos riesgos, incluyendo la exposición pública, en vivo y constante en las redes sociales; así como la noción políticamente equivocada de que para hacer que el gobierno funcione, determinados niveles más bajos o más altos de corrupción son indispensables.

Si queremos liderazgos políticos honestos en una o más décadas, que sigan profundizando la democracia en lugar de contaminarla, desde ahora se necesita seguir sumando victorias contra la corrupción, victorias aún más contundentes, que pongan a la política y al servicio público bajo una luz más positiva. Esto no puede venir gratis y la sociedad no debe otorgarlo gratuitamente nunca.

Por eso, hay que ganárselo con acción, con resultados, con procesamientos y condenas, con la construcción de instituciones más fuertes. Nuestra misión no puede fracasar en estos aspectos, no tenemos tampoco todo el tiempo del mundo para lograrlo. La lentitud y la mediatización con fines personalistas y de *show* solo ayudan a los corruptos; necesitamos investigadores e investigación, compromiso institucional, resolver las causas esenciales que permiten que la corrupción sobreviva en el sistema político, eliminar las causales de la impunidad. Tenemos que entender que debemos hacerlo. Perder el tiempo, sean dos días o dos años, solo favorece a los corruptos y a la corrupción. Ello significó nuestra enorme contrariedad respecto a cómo funcionaba la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH), pero la hemos curado en buena parte de su ineficiencia y de sus irregularidades internas; pero ahora enfrenta más y mayores problemas de los que la han atacado injustamente a partir de los cambios y de las condiciones que debe confrontar, pero nada detendrá los resultados que vendrán.

Es esencial ganarle a la corrupción, porque ha alimentado permanentemente los niveles de insatisfacción de las y los ciudadanos con la democracia. Es decir, la enfermedad de la corrupción hace que la democracia se debilite y empieza a generar importantes disfuncionalidades.

La desconfianza con los partidos políticos y la insatisfacción con el sistema se han acentuado en 2017, según mediciones fide dignas como el Latinobarómetro.

Prólogo

Lo paradójico es que al elevar la desilusión y desencanto con la democracia con base en la bandera anticorrupción, mayores son las probabilidades del surgimiento de candidaturas mesiánicas. Se ha abierto más el espacio para que populismos demagogos, con poca vocación institucional, lleguen al poder.

Es irónico: el rechazo ciudadano a la corrupción abre el camino a candidaturas que son iguales o peores que las que se rechazaban inicialmente, que se levantan de manera demagógica, como si la lucha contra la corrupción fuera una lucha contra la democracia. No hay recetas mágicas, pero desde la política debemos defender los derechos de la ciudadanía, porque es la manera más eficiente de atacar este problema.

Aunque es difícil arribar a una lista de soluciones específicas, es factible ponerse de acuerdo en una meta y hoja de ruta común que enmarque nuestras acciones. Con tales fines debemos enfrentar dos opciones que recurrentemente se plantean y que son completamente inaceptables. La primera de ellas es ayudar a la corrupción promoviendo soluciones antidemocráticas. La aplicación de un modelo mesiánico de lucha contra la corrupción, lejos del escrutinio y de la salvaguarda de los derechos de la gente, es un esquema que solamente termina favoreciendo la impunidad de las autoridades y desestructurando las variables de independencia de la justicia. La justicia no significa impunidad, pero tampoco significa linchamiento.

Un segundo escenario es aquel de los sistemas donde se pretende que no pasa nada, hacen como si la corrupción fuera un mal ajeno, la misma nunca es juzgada y se declara prácticamente inexistente. Dicho escenario se constata durante la mayor parte de la operación *Odebrecht* y *PDVSA*, así como lo que documentan los mal llamados *Panama y Paradise Papers*. Si bien se van generando reacciones y algunas condenas, la tentación de ceder a la impunidad en pos de una supuesta “gobernabilidad” o preservación del sistema ha prevalecido en varias ocasiones. Así ocurre cuando la lucha contra la corrupción se transforma en un elemento decorativo que sirve para asegurar gobernabilidad y no para asegurar justicia, y eso pasa cuando los actores de la lucha contra la corrupción se transforman en actores mediáticos o pasan a formar parte del mismo foro político. Los instrumentos o misiones para luchar contra la corrupción no deben ser decora-

LUIS ALMAGRO

tivos, deben ser eficientes, no perder tiempo, ser absolutamente apegados a metodologías científicas de investigación.

En ese sentido, pedimos que se refuerzen los instrumentos de lucha contra la corrupción, como se han fortalecido los de defensa de los derechos humanos. Es necesario que el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) cuente con recursos suficientes para hacer mejores misiones y un más efectivo seguimiento de las recomendaciones que formula, con el propósito de ser implementadas y llevadas a la práctica. Es fundamental que no se transformen en meros ejercicios burocráticos y repetitivos.

En realidad, respecto a la corrupción, solamente tenemos una opción: enfrentarla y luchar sabiendo que nunca llegaremos al final, pero que sí podemos reducirla drásticamente, al tiempo que generamos nuevas condiciones culturales de la política.

Luchar siempre parece más difícil, pero es lo que debemos hacer. De forma gradual debemos hacer esta transición, dentro de nuestras sociedades y de la democracia misma, donde convirtamos cada caso de altos niveles de corrupción y alta impunidad en un paso más hacia el fin de la impunidad y la certeza de la justicia.

Cada ciudadano, cada educador, cada persona, cualquiera sea su edad, es responsable de lograr un cambio cultural indispensable. En esta ruta, definitivamente no solo somos partícipes los políticos y diplomáticos. En esta tarea todos tenemos un rol que cumplir. La responsabilidad compartida es el costo que pagamos por la libertad y la democracia.

Curemos nuestras sociedades de las sucesivas infecciones de la corrupción, porque es la mejor manera de preservar el sistema democrático y de promover los derechos de la gente. Transformemos el sistema en el intento, hagámoslo cada vez más democrático de la única forma posible: dando fuerza e independencia a la construcción de justicia, instituciones que respondan a las necesidades de las y los ciudadanos, que den fuerza a su voz y se sometan permanentemente al escrutinio de los mismos.

LUIS ALMAGRO

*Secretario General de la Organización
de los Estados Americanos*

Presentación

Esta obra muestra los cambios de paradigma para enfrentar la corrupción en sus distintas dimensiones como fenómeno social, político y económico complejo y, particularmente, pone el énfasis en las implicaciones de la corrupción en la garantía de los derechos humanos. Del estudio fragmentado se ha pasado a un enfoque que promueve el diálogo entre distintos regímenes jurídicos que lo regulan. Una tendencia creciente se constata precisamente en establecer el vínculo entre la corrupción y los derechos humanos desde el derecho internacional, y advirtiendo la necesaria complementariedad de ambos discursos.

Algunos aportes se centran en el argumento de la corrupción como obstáculo para la efectiva salvaguarda de los derechos humanos en el marco de una sociedad democrática y reportan realidades nacionales. Otras contribuciones se destinan a revelar el papel de los actores públicos y privados y su incidencia en la violación de derechos. Igualmente, existen voces que apuntan hacia la configuración paulatina, pero progresiva, de los estándares y la institucionalidad anticorrupción en América Latina.

El objetivo de este libro es fortalecer el vínculo entre corrupción y violación de derechos humanos, adicionando la necesaria recuperación de los bienes producto de la corrupción, a fin de crear fondos que se destinen a la garantía de los derechos y a las reparaciones a las víctimas.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se sostiene que “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la so-

ROGELIO FLORES

ciedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.¹ Los organismos de Derechos Humanos de la ONU han destacado en varias ocasiones el impacto negativo de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos, así como la necesidad de medidas efectivas contra la corrupción. El Consejo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados deben fomentar entornos propicios y favorables para prevenir las violaciones de los derechos humanos, entre otras formas, luchando contra la corrupción.² En los últimos años, Naciones Unidas y las organizaciones regionales han reconocido cada vez más los impactos negativos de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos.

En el ámbito regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, igualmente se ha identificado a la corrupción como un obstáculo para la garantía de los derechos y se ha dejado claro cómo perjudica la democracia de los Estados, impidiéndoles cumplir con sus obligaciones de derechos humanos —tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales, culturales y ambientales— y el derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exacerbta la desigualdad. Este enfoque se recoge en recientes instrumentos, declaraciones institucionales y en el discurso público.³

En los últimos años, América Latina y el Caribe ha enfrentado la paradoja de lograr avances en la lucha contra la corrupción mediante la promulgación de leyes y mecanismos internos y externos para frenarla, mientras paralelamente experimenta la mayor crisis de corrupción. Según el último Barómetro Global de la Corrupción, “Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe”, más de la mitad de los encuestados manifestaron

¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Preámbulo, párr. 1, disponible en https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

² A/HRC/RES/18/13.

³ Resolución 1/18 “Corrupción y Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Presentación

que su gobierno no está resolviendo el problema de la corrupción (53%). De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), 2017, la región sigue teniendo una mala calificación por corrupción. Ello explica la necesidad de profundizar y avanzar en un enfoque de la lucha anticorrupción multinivel, basado en los derechos humanos, cuya finalidad es articular los derechos de las y los ciudadanos con las obligaciones internacionales de los Estados asumidas en los tratados, junto con el esfuerzo mancomunado de la sociedad civil organizada y de la academia para luchar contra la corrupción. Es esencial brindar estas reflexiones para impulsar el debate y proponer la adopción de medidas más efectivas para enfrentar la corrupción bajo la perspectiva de los derechos humanos.

ROGELIO FLORES

*Director del Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro*

Corrupción y derechos humanos

Anne Peters

1. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA

En mayo del 2015, siete directivos de alto rango de la FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), incluido su vicepresidente, fueron arrestados en Zúrich por estar involucrados en presuntos casos de corrupción, conforme a una orden de detención proveniente de los Estados Unidos de América. Se les acusó de haber aceptado más de 150 millones de dólares estadounidenses a cambio de otorgar campeonatos de fútbol desde 1999. Tal es el caso de Sudáfrica, que presumiblemente remuneró a directivos de la FIFA a fin de que se le seleccionara como anfitrión de la Copa Mundial FIFA 2010. En la preparación para dicha copa mundial, se destruyeron ranchos para darle cabida a la construcción de nuevos proyectos y se “expulsó” y forzó a los desalojados a ser reubicados. No se admitió a vendedores callejeros que no tenían un permiso de la FIFA y, en casos extremos, fueron arrestados si incumplían este requerimiento.¹ Los usuarios de *Facebook* de Sudáfrica reaccionaron a estos arrestos con el siguiente comentario: “Sudáfrica dio sobornos para realizar la Copa Mundial, pero valió la pena”.

¹ Amnistía Internacional, *Human rights concerns in South Africa during the World Cup*, 4 de junio de 2010.

ANNE PETERS

El escándalo de la FIFA² ilustra dos problemas políticos y morales potenciales: primero, el nexo jurídico entre corrupción y derechos humanos podría poner en la picota al Sur Global, a la vez que se descuida la corrupción en los países desarrollados. Aunque los países anfitriones de Occidente, como Alemania, probablemente también utilizaron medios deshonestos para influenciar a directivos de la FIFA, Alemania no fue acusada en relación con la Copa Mundial 2006, a diferencia de Sudáfrica, Brasil y Qatar.

Segundo, los comentarios de *Facebook* en Sudáfrica indican que el ciudadano medio no considera necesariamente la corrupción como un mal abominable que deba erradicarse —un “cáncer”, como expresó el presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn, en 1996—³ como parte de una campaña global anticorrupción. Términos como “engrasar las manos” y “dinero fácil” muestran que, hace apenas unas décadas, la mayoría de las sociedades toleraban pagos informales para lubricar el engranaje de la vida económica y social y acelerar sus operaciones. Pero, ¿incluso al precio de violaciones de los derechos humanos?

Ya el prefacio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 26 de agosto de 1789 afirmaba que “la ignorancia, abandono o desacato de los derechos del hombre son la única causa de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos”. Aquí, la violación de los derechos humanos se ve como la causa de la corrupción (en el sentido más amplio). ¿Acaso sucede lo mismo a la inversa?

Empíricamente, se puede mostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) son también los países con un registro pobre de protección de los derechos humanos.⁴ Por ejemplo, los países po-

² Véase en general Cecily Rose, “The FIFA Corruption Scandal from the Perspective of Public International Law”, en *ASIL Insights*, 19 (23), 2015.

³ Discurso sobre “People and Development” del presidente del Banco Mundial, James D. Wolfensohn, Discurso en las Reuniones Anuales, 1 de octubre de 1996.

⁴ Para un análisis estadístico, véase Landman, Todd y Willem Schudel, Carl Jan, *Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice*, Working Paper, International Council on Human Rights Policy: Génova

Corrupción y derechos humanos

sicionados en la parte más baja de la lista más reciente de 173 países clasificados por Transparencia Internacional, el Índice de Percepción de Corrupción de 2015, son Sudán, Corea del Norte y Somalia. Podemos decir con seguridad que la corrupción y las violaciones de los derechos humanos crecen en los mismos ambientes y probablemente tienen las mismas raíces, tales como la pobreza y las instituciones débiles.

La cuestión ahora es en qué medida se puede identificar un vínculo jurídico particular más allá de esta coincidencia entre corrupción y protección inadecuada de los derechos humanos.⁵ Esta interrogante es de relevancia práctica, ya que los instrumentos internacionales anticorrupción que se han adoptado e implementado desde 1997 —por lo menos diez tratados internacionales y regionales con varios protocolos facultativos, así como

2007, donde se contrasta con otras variables explicativas (nivel democrático, prosperidad, tamaño de la población y nivel de gasto gubernamental). Respecto del vínculo entre la monopolización del sector de energía y la corrupción en Venezuela, el país está entre los nueve más corruptos del mundo, con la capital (Caracas) más violenta del mundo, con uno de los peores niveles mundiales de carencia de abastecimiento de comida y medicinas, y con el peor sistema eléctrico de Latinoamérica, véase Jiménez, Henry, *De la bendición del petróleo, a la maldición de la corrupción*, CCD, Cuentas Claras Contra la Delincuencia Organizada, 14 de febrero de 2016 (recuperado de <http://www.cuentasclarasdigital.org/testimonial-view/27309/>); Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El Gran Saqueo*, La Hoja del Norte, 2015. Existen, ciertamente, numerosas violaciones de los derechos humanos que no tienen nada que ver con la corrupción, tales como la discriminación contra la mujer. Por el contrario, existen formas de corrupción que tienen pocos vínculos, si acaso alguno, con los derechos humanos, como el financiamiento ilegal de partidos políticos.

⁵ Para un primer estudio, véase Pearson, Zoe, “An International Human Rights Approach to Corruption”, en Larmour, Peter y Wolanin, Nick (eds.), *Corruption and Anti-Corruption*, Canberra, Asia Pacific Press, 2001, pp. 30-61. Véase también, fundamentalmente, “International Council on Human Rights Policy and Transparency International” (preparado por Magdalena Sepúlveda Carmona), *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, Ginebra, International Council on Human Rights Policy, 2009; Boersma, Martine y Nelen, Hans (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Intersentia, 2010; Boersma, Martine, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Amberes, Intersentia, 2012; Olaniyan, Kolale, *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford, Hart, 2014.

ANNE PETERS

soft law—⁶ han sido hasta el momento solo moderadamente exitosos. Por ejemplo, solo cuatro de los actuales Estados parte de

⁶ Convención Interamericana contra la Corrupción, 29 de marzo de 1996, vigente desde el 3 de junio de 1997; OCDE, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 17 de diciembre de 1997, vigente desde el 15 de febrero de 1999 (41 Estados parte en febrero de 2016). Consejo de Europa: Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, 27 de enero de 1999 (ETS núm. 173); Protocolo Facultativo, 15 de mayo de 2003 (ETS núm. 191), vigente desde el 1 de febrero de 2005; Convenio de Derecho Civil sobre Corrupción, 4 de noviembre de 1999 (ETS núm. 174); Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), desde 1999 (49 Estados miembros en febrero de 2016). Comité de Ministros, recomendación Rec. (2000) 10, sobre los Códigos de Conducta de Funcionarios Públicos, 11 de mayo de 2000; recomendación Rec. (2003) 4, sobre las Reglas Comunes contra la Corrupción respecto del Financiamiento de Partidos Políticos y Campañas Electorales, 8 de abril de 2005; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003 (CNUCC), vigente desde el 14 de diciembre de 2005, UNTS vol. 2349, p. 41, UN Doc. A/58/422, 176 Estados parte (en febrero de 2016). En la UE: Convenio establecido sobre la base del Artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (Convención CFPI), 26 de julio de 1995, núm. C 316/49, 27/11/1995, vigente desde el 17 de octubre de 2002; Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, núm. C 313/12, 23/10/1996, vigente desde el 17 de octubre de 2002; Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de Estados miembros de la Unión Europea, 26 de mayo de 1997, núm. C 195/2, 25/06/1997, vigente desde el 17 de octubre de 2002; Comisión Europea, Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la UE del 6 de junio de 2011, COM (2011) 308 final. África: la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, 11 de julio de 2003, vigente desde el 4 de agosto de 2006; Comunidad del África Meridional para el Desarrollo (SADC, por sus siglas en inglés), Protocolo contra la Corrupción, 14 de agosto de 2011, vigente desde 6 de julio de 2005. En la literatura, véase Bacio Terracino, Julio, *The International Legal Framework against Corruption: States' Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Amberes, Intersentia, 2012; Wouters, Jan; Ryngaert, Cedric y Cloots, Ann Sofie, "The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges", en *Melbourne Journal of International Law*, 14, 2013, pp. 209-280; Rose, Cecily, *International Anti-corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2015.

Corrupción y derechos humanos

la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) son verdaderamente “activos” en su implementación.⁷ El número de sentencias condenatorias por soborno nacional e internacional es notoriamente bajo a nivel mundial. La corrupción continúa siendo asociada a la impunidad. El cumplimiento de las normas internacionales anticorrupción debe, por tanto, mejorarse, al menos sobre el supuesto de que tales normas son atinadas y legítimas. Esto puede hacerse con la ayuda de argumentos e instrumentos de los derechos humanos. El nexo entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos⁸ es, por ende, de relevancia práctica, pero, ¿no es trivial en términos teóricos? Corrupción significa que las decisiones administrativas o políticas por parte de las autoridades gubernamentales son compradas, en vez de ser adoptadas sobre la base de la legalidad en procedimientos formalmente concebidos para tal propósito. La corrupción sigue las leyes no oficiales del mercado, evadiendo por tanto el imperio de la ley. Debido a que la corrupción es entonces la antítesis del imperio de la ley y dado que este es, además, una

⁷ Transparencia Internacional, *Exporting Corruption: Progress Report 2015: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*. Los cuatro países “activos” son Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Suiza.

⁸ No se discutirán en detalle aquí otros dos vínculos entre corrupción y derechos humanos: primero, la protección efectiva de (algunos) derechos humanos (especialmente la libertad de acceso a la información y la libertad de prensa) es indispensable para combatir la corrupción. En ese sentido, una serie de quejas regionales respecto del asesinato, desaparición forzada y ausencia de protección gubernamental a periodistas que han investigado y denunciado públicamente actos de corrupción. Véase, entre muchos otros, el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Irma Flaquer vs. Guatemala*, Solución Amistosa, petición 11.766, informe 67/03, 10 de octubre de 2003. Otro vínculo es que las medidas anticorrupción pueden por sí mismas violar los derechos humanos (violación de la presunción de inocencia, especialmente en la implementación del artículo 20 CNUCC, violación del derecho a una vida privada a través del uso de relaciones y la vigilancia, daños a la reputación mediante divulgaciones en los medios, violaciones de la propiedad a través de embargos y recuperación de activos), véase Ivory, Radha, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law*, Cambridge, CUP, 2014.

ANNE PETERS

condición necesaria para el respeto de los derechos humanos, la corrupción constituye entonces —en un sentido muy general— la negación de la idea de los derechos humanos. Por consiguiente, no solo existe un nexo, sino que casi hay una tautología.

Sin embargo, una interrogante completamente distinta es si los actos de corrupción violan, de hecho, derechos humanos en casos específicos, y que se pueda hacer una denuncia contra la violación con la ayuda de los procedimientos nacionales e internacionales establecidos o incluso de tal manera que se pueda emprender una acción legal. Investigaré este problema a manera de una interrogante doble: ¿puede conceptualizarse la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? Y segundo, ¿deberían clasificarse y sancionarse los actos corruptos como violaciones a los derechos humanos? Mi respuesta es que dicha reconstrucción es jurídicamente contundente, y sus ventajas superan a los riesgos, por lo que podemos emprender esta construcción jurídica.

2. TÉRMINOS Y HECHOS

El término *corrupción*⁹ no es de índole técnica; no se considera un delito en la mayoría de los códigos penales alrededor del mundo, y no tiene tampoco una definición legal en la mayoría de los tratados internacionales. La definición más común es la utilizada por la organización no gubernamental Transparencia Internacional, según la cual, *corrupción* es el abuso del poder encomendado para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la administración y los servicios públicos cotidianos (“corrupción menor”) o en los cargos políticos de alto nivel (“gran corrupción”). Estos términos no marcan una distinción jurídica, sino que tan solo describen variaciones del mismo tema. Con frecuencia, un esquema particular de corrupción permea en los distintos niveles de la administración pública y, por ende, vincula ambas formas de corrupción. Debido al creciente poder

⁹ Véase Pieth, Mark, “Chapter 2: A Very Short Introduction to Corruption”, en Heimann, Fritz y Pieth, Mark, *Confronting Corruption*, Nueva York, Oxford, UP, 2016.

Corrupción y derechos humanos

de las grandes corporaciones y otros actores no estatales como la FIFA, el abuso de las obligaciones que emanan del derecho privado —en una relación “privada” entre principal y agente— ha sido también calificado cada vez más como corrupción.

Los delitos penales respectivos son soborno activo y pasivo, abuso de confianza, peculado, enriquecimiento ilícito y así sucesivamente. En el sector privado, los delitos son llamados “soborno entre particulares” o “soborno comercial”, y pueden incluir prácticas anticompetitivas y delitos regulatorios.

Las 178 ratificaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC),¹⁰ adoptada en 2003, muestra que los Estados alrededor del mundo están —al menos de manera verbal— comprometidos con la lucha internacional contra la corrupción. Esto parece ser una reacción lógica ante la globalización, debido a la cual prácticamente todos los casos de gran corrupción poseen un elemento transnacional. En la década de 1990, los Estados Unidos de América promovieron un tratado para criminalizar el cohecho de servidores públicos extranjeros, y logró persuadir a un gran número de Estados de la OCDE para que adoptaran una Convención para Combatir el Cohecho en 1997.¹¹ La meta principal en ese momento era eliminar las injustas ventajas competitivas de las compañías que pagaban sobornos en el nuevo mercado, especialmente en Europa Oriental.¹² Hoy, la autoridad internacional principal sobre corrupción menciona el siguiente objetivo de la política anticorrupción internacional: primero, mejorar el funcionamiento de los mercados globales; segundo, promover el crecimiento económico; tercero, reducir la pobreza, y cuarto, salvaguardar la legitimidad del Estado.¹³ La

¹⁰ N. 6. (n. se refiere a las notas a pie de página de este trabajo).

¹¹ *Idem.*

¹² Véase Pieth, Mark, “Strafzweck: Warum bestrafen wir Auslandsbestechung?”, en Hoven, Elisa y Kubiciel, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 19-23.

¹³ Véase Rose-Ackerman, Susan, “Introduction: The Role of International Actors in Fighting Corruption”, en Rose-Ackerman, Susan y Carrington, Paul (eds.), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, Carolina Academic Press, 2013, pp. 3-38, 5. Véase también el preámbulo de la CNUCC 2003 (n. 6), primer párrafo del preámbulo.

anticorrupción se ha fusionado fundamentalmente con la agenda de la buena gobernanza¹⁴ y el discurso de desarrollo;¹⁵ ambos son, hoy en día, analizados con frecuencia a través de la lupa de los derechos humanos.

3. ¿PUEDE CONCEPTUALIZARSE LA CORRUPCIÓN COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

3.1. ¿Los derechos humanos de quién?

Tradicionalmente, el soborno se consideraba como un crimen sin víctimas.¹⁶ De acuerdo con la doctrina, se consideraba al público como la parte agravuada. Más aún, el núcleo del soborno es un “acuerdo ilegal”.¹⁷ ¿Puede considerarse al sobornador como una víctima? Esto no parece ser el caso cuando la víctima toma la iniciativa de sobornar, o cuando extorsiona al receptor.

Sin embargo, el sobornador puede ser victimizado en muchos escenarios de corrupción menor. Si una estudiante de una escuela pública tiene que pagarle un soborno a la secretaria para

¹⁴ Véase, p. ej., Consejo de Derechos Humanos, “The role of good governance in the promotion and protection of human rights”, 27 de marzo de 2008, párr. 4: “Decide continuar el examen de la cuestión de la función del buen gobierno, incluido el tema de la lucha contra la corrupción en la promoción y protección de los derechos humanos, [...]”, UN Doc. A/HRC/RES/7/11. Véase también UN Development Programme — Oslo Governance Centre, The Impact of Corruption on the Human Rights Based Approach to Development, 2004.

¹⁵ La resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 25 de septiembre de 2015, formula como objetivo 16: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”, mientras que en 16.5 se especifica el “[r]eduir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”.

¹⁶ Matthias Korte en Joecks, Wolfgang y Miebach, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2^a ed., Múnich, 2014, § 331, párr. 12.

¹⁷ En el derecho penal alemán, desde el criterio de la Corte Federal de Justicia de Alemania, visible en BGH St. 15, 88-103, 97, 25 de julio de 1960; más recientemente, véase, p. ej., BGH, 3 StR 212/07, 28 de agosto de 2007, párr. 29.

Corrupción y derechos humanos

recibir su diploma, o si tiene que pagar por clases adicionales a un profesor que le indica que no pasará el examen de otra forma, entonces la estudiante es una víctima, no una perpetradora, al menos en términos de derechos humanos. Su consentimiento en el *quid pro quo* ilegal es el resultado de una situación desesperada: el consentimiento de la estudiante (o de sus padres) no es “libre”, sino coaccionado.

Las licitaciones públicas son el sector económico más susceptible a la corrupción; la UE estima que se pierde cerca de 13% de todos los gastos del presupuesto para las adquisiciones públicas.¹⁸ Aquí, los competidores sin éxito son las víctimas potenciales si no se les adjudica el contrato debido a criterios ajenos, al menos si tenían una expectativa concreta respecto del contrato y no una mera prospectiva abstracta. Por supuesto, los clientes y los usuarios finales también se ven afectados por la corrupción en las licitaciones públicas, cuando tienen que pagar precios más altos o si reciben un producto que no vale lo que cuesta porque se han desviado fondos durante el proceso de producción. En este contexto, surge una cuestión paralela respecto de las normas internacionales sobre inversiones. ¿Acaso la corrupción debería ser calificada como una violación de los derechos de los inversionistas (como el estándar de trato justo y equitativo)?¹⁹

En el proceso político, los votantes se ven afectados de manera adversa por la dependencia financiera de los candidatos a los grandes contribuyentes, si los candidatos están políticamente en deuda con tales contribuyentes después de la elección y

¹⁸ PricewaterhouseCoopers, estudio preparado para la Oficina Europea de la Lucha contra el Fraude (OLAF, por sus siglas en francés), *Public Procurement: Costs we pay for corruption. Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013.

¹⁹ Para un examen de las decisiones arbitrales relevantes, véase Llamzon, Aloysius P., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, OUP, 2014. Aun en casos en donde el Estado anfitrión (o los funcionarios públicos) participaron en actos de corrupción, han solicitado sobornos de inversionistas, y cuestiones similares, hasta ahora los Estados rara vez han sido declarados responsables de una violación de las normas internacionales de protección de las inversiones. El autor demuestra que los principios de la responsabilidad estatal son aplicables, y que los Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional, *Ibidem*, cap. 10.

si los votantes desconocen de tales intereses personales. Ahora la interrogante es si esas personas que se ven afectadas directa o indirectamente están suficientemente individualizadas, y si los derechos humanos están realmente en juego en estos escenarios.

3.2. ¿Cuáles derechos humanos?

La cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción.²⁰ Tal derecho no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los pactos sobre derechos humanos de la ONU. En la práctica, los derechos sociales son los que resultan más afectados, especialmente por la corrupción menor. Por ejemplo, la corrupción en el sector salud afecta el derecho de cada persona a recibir el más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o PIDESC); en el sector educativo, el derecho a la educación (art. 13 del PIDESC) está en juego.

Sin embargo, también los clásicos derechos humanos liberales pueden ser socavados por la corrupción: si un prisionero tiene que darle algo al guardia a cambio de una manta o por una mejor comida, entonces el derecho básico del prisionero a tener condiciones humanas de detención (art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo sucesivo PIDCP) se ve afectado. Si, como tiende a pensar la mayoría de los autores, el surgimiento actual del tráfico humano se hace posible y se ve facilitado principalmente por la corrupción que induce a la policía y a los guardias fronterizos a “hacer la vista gorda”, entonces esto afecta al derecho humano a la protección contra la esclavitud y la

²⁰ Véase, sin embargo, Kofele-Kale, Ndiva, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, en *International Lawyer*, 34, 2000, pp. 149-178; Brady Spalding, Andrew, “Corruption, Corporations and the New Human Right”, en *Washington University Law Review*, 91, 2014, pp. 1365-1428.

Corrupción y derechos humanos

servidumbre (art. 8 del PIDCP).²¹ Obviamente, la corrupción en la administración de justicia hace peligrar los derechos básicos a la protección judicial, incluido el derecho a un juicio justo sin demora indebida (art. 14 del PIDCP). También el derecho humano a asociarse y el derecho (laboral) a organizarse (art. 22 del PIDCP y las Convenciones relevantes de la Organización Internacional del Trabajo, OIT) pueden ser transgredidos por los sobornos ofrecidos por la industria a los funcionarios de un Ministerio del Trabajo a fin de facilitar la renuncia de un líder sindical, como se señaló en una demanda laboral en Indonesia.²² Sin embargo, en otros casos de gran corrupción y del soborno de funcionarios públicos extranjeros, las implicaciones para los derechos humanos son menos claras, como en cuanto al efecto del nepotismo en el derecho al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 25.c del PIDCP).

3.3. ¿Violación de derechos humanos?

La tercera interrogante es si tiene siquiera sentido hablar de violaciones de los derechos humanos. En la práctica predominante de las Naciones Unidas solo se utiliza un vocabulario débil para hacer la conexión, tanto en documentos estratégicos —por ejemplo, los nuevos informes del Consejo de Derechos Humanos— como en la práctica de supervisión por parte de los cuerpos creados en virtud de tratados y el Consejo de Derechos Humanos derivado

²¹ Véase TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, 25965/04, 7 de enero de 2010: La hija del demandante se había mudado de Rusia a Chipre para trabajar en un cabaret como “artista”, y después falleció en circunstancias misteriosas. El Tribunal consideró que hubo una violación al derecho a la vida (art. 2 CEDH) en su vertiente procedural. El Tribunal explícitamente afirmó que “the authorities were under an *obligation to investigate whether there was any indication of corruption within the police force in respect of the events leading to Ms. Rantseva’s death*”, párr. 238. (cursivas de la autora)

²² El Comité de Libertad Sindical de la OIT solicitó tanto al querellante como al gobierno la presentación de mayores clarificaciones sobre el alegato de soborno. Comité de Libertad Sindical de la OIT, *La Unión Internacional de Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines (UITA) vs. Indonesia*, caso 2116, informe provisional, noviembre de 2001, párrs. 359 y 362.d).

ANNE PETERS

de la Carta de la ONU, de casos específicos, ya sea por países, por temas o individuales. Solo unos cuantos informes y comunicados gubernamentales hablan de violaciones propiamente dichas.²³ La mayoría de los textos se refieren únicamente al “impacto negativo” del disfrute de los derechos humanos²⁴ o afirman que la corrupción “socava” los derechos humanos²⁵ o enfatiza el “efecto

²³ Para una determinación de “violaciones”, véase el prólogo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, 2003) del secretario general de la ONU, Kofi Annan: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, *da pie a violaciones de los derechos humanos*, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”. (cursivas de la autora); Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular, economic, social and cultural rights*, Informe preliminar de la relatora especial, señora Christy Mbonu, 7 de julio de 2004, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23, párr. 57: “la corrupción, ya sea sistémica, endémica o leve, *impide* a los ciudadanos disfrutar de todos los derechos recogidos en los instrumentos internacionales” (cursivas de la autora); *ibidem*, Informe de progreso presentado por la relatora especial, 22 de junio de 2005, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18, párr. 24: “Se *viola* un derecho fundamental si, aprovechando la pobreza, los partidos políticos compran votos e impiden con ello al electorado votar por los mejores candidatos” (cursivas de la autora). Consejo de Derechos Humanos, *Mejores prácticas para luchar contra las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de todos los derechos humanos*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 15 de abril de 2016, UN Doc. A/HRC/32/22, declaraciones de Bahrein, párr. 15; Estonia, párr. 25; Georgia, párr. 31; Mauricio, párr. 50; Rumania, párr. 66.

²⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Mejores prácticas*, 2016, núm. 23; Consejo de Derechos Humanos, Res. 29/11, “*Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*”, 2 de julio de 2015; Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre el asunto del impacto negativo de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos, UN Doc. A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015, especialmente párr. 21; Declaración inaugural por Navi Pillay, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Panel sobre “*el impacto negativo de la corrupción en los derechos humanos*”, 13 de marzo de 2013, en Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 8-10 (8).

²⁵ Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, Subcomisión: “Profundamente preocupada por el hecho de que el fenómeno de la corrupción *perjudica gravemente* al disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos,

Corrupción y derechos humanos

grave y devastador” de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos.²⁶

Es típico para este enfoque una sentencia de 2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) en un procedimiento instituido por una ONG respecto de corrupción en el sector educativo de Nigeria. El Tribunal señaló que la corrupción en el sector educativo tiene un “impacto negativo” sobre el derecho humano a una educación de calidad, tal como se garantiza en el artículo 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero no constituye *per se* una violación de ese derecho.²⁷ El Tribunal consideró que la corrupción es en primer lugar un asunto de derecho penal y civil doméstico, pero no del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que le compete a los tribunales domésticos lidiar con ellos. Por ello, estimó que, al menos a primera vista, lo anterior no cae dentro de la jurisdicción del tribunal regional de derechos humanos de ECOWAS.²⁸

sociales y culturales o civiles y políticos” (Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución de 5 de agosto de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/ Rev.1, segundo párrafo del preámbulo. (cursivas de la autora).

²⁶ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Informe de progreso de la Relatora Especial de 2005 (n. 23), párr. 41.

²⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad ECOWAS, *The Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) vs. la República Federal de Nigeria y Universal Basic Education Commission*, fallo de 30 de noviembre de 2010, ECW/CCJ/JUD/07/10, párr. 19: “granting that the ICPC report has made conclusive findings of corruption that *per se* will not amount to a denial of the right of education. Admittedly, embezzling, stealing or even mismanagement of funds meant for the education sector will have a *negative impact* on education since it reduces the amount of money made available to provide education to the people. Yet it does not amount to a denial of the right to education, without more. [...] There must be a *clear linkage* between the acts of corruption and a denial of the right to education. In a vast country like Nigeria, with her massive resources, one can hardly say that an isolated act of corruption contained in a report will have such devastating consequence as a denial of the right to education, even though as earlier pointed out it has a negative impact on education”. (cursivas de la autora). Véase también *ibidem*, párr. 28.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 20-21; párr. 21: “This Court will only hold a State accountable if it denies the right to education to its people. Funds stolen by officers

ANNE PETERS

En cambio, las cortes nacionales que le han dado forma de manera significativa a los contornos legales de los derechos humanos sociales, concretamente las cortes constitucionales de India y Sudáfrica, tienden a aseverar, y no tanto a explicar, que la corrupción viola los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica sostiene que la “[...] corrupción y la mala administración son inconsistentes con el imperio de la ley y los valores fundamentales de nuestra Constitución. Estos socavan el compromiso constitucional hacia la dignidad humana, el logro de la igualdad y el avance de los derechos humanos y las libertades”.²⁹ En una decisión de 2012, la Corte Suprema de la India sostuvo que la “[...] corrupción [...] socava los derechos humanos, violándolos indirectamente”, y que “la corrupción sistemática es una violación de los derechos humanos en sí misma”.³⁰ Desde un punto de vista jurídico, es crucial si calificamos una situación como algo que meramente socava los derechos humanos, o bien, si la calificamos como una verdadera violación de los derechos que tiene que considerarse ilegal y puede abordarse con sanciones normales.

charged with the responsibility of providing basic education to the people should be treated as crime, pure and simple or the culprits may be dealt with in accordance with the applicable civil laws of the country to recover the funds. Unless this is done, every case of theft or embezzlement of public funds will be treated as a denial of human rights of the people [...] That is not the object of human rights violation in this Court where every breach or violation must be specifically alleged and proved by evidence.” Véase también *ibidem*, párr. 24: “[T]his Court will not have the power to order the defendants to arrest and prosecute anybody to recover state money”.

²⁹ Corte Constitucional de Sudáfrica, *South African Association of Personal Injury Lawyers vs. Health and Others*, 28 de noviembre de 2000, CCT 27/00 (2000) ZACC 22, párr. 4. Véase también *ibidem*, *Hugh Glenister vs. Presidente la República de Sudáfrica y otros*, 17 de marzo de 2011, CCT 48/10 (2011) ZACC 6, párr. 176: “Endemic corruption threatens the injunction that government must be accountable, responsive and open [...]”; párr. 177: “It is incontestable that corruption undermines the rights in the Bill of Rights, and imperils democracy”.

³⁰ (2012) 9 S.C.R. 601 602, *State of Maharashtra through CBI, Anti Corruption Branch, Mumbai vs. Balakrishna Dattatrya Kumbhar*, apelación penal 1648 de 2012, 15 de octubre de 2012, párr. 14.

Corrupción y derechos humanos

3.4. ¿Qué acción del Estado? ¿Las violaciones de cuáles obligaciones?

A fin de determinar si hay o no una violación, debemos examinar qué tipos de obligaciones generan los derechos humanos, a efecto de dilucidar cuáles de ellos pueden ser violados por la acción corrupta del Estado.

3.4.1. *Tres dimensiones de las obligaciones*

Todos los tipos de derechos humanos dan origen a tres clases de obligaciones; concretamente: obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de evitar las intromisiones. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) divide esta obligación, a su vez, en tres subcategorías: facilitar, otorgar y promover.³¹

3.4.2. *Obligaciones de los funcionarios y del Estado*

Debemos distinguir dos puntos de contacto en este sentido: primero, la conducta corrupta específica de un funcionario individual que se le atribuye al Estado debido al estatus del funciona-

³¹ **N. de trad.** En la versión en inglés de la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), existen tres subcategorías de la obligación de cumplir (*fulfil [facilitate]*, *fulfil [provide]*, *fulfil [promote]*); sin embargo, en su traducción oficial al español, solo se observan dos de esas subcategorías (*cumplir [facilitar]* [...] *cumplir [promover]*). Para efectos de este artículo, se decidió traducir *fulfil [provide]* por *cumplir [otorgar]*, con lo que se mantiene la distinción original de tres subcategorías.

Esta triple división fue introducida por el Comité DESC en la observación general 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)”, 2000, párr. 37.

ANNE PETERS

rio; y segundo, la política general anticorrupción del Estado en su conjunto, en su calidad de persona jurídica internacional.

Un acto corrupto por parte de un funcionario individual puede potencialmente violar, dependiendo del contexto y el derecho humano en cuestión, cada una de estas dimensiones de la obligación. Si, por ejemplo, en el contexto de la implementación de un plan de uso de la tierra, un funcionario evacúa a la fuerza a la gente que no paga un soborno, entonces esto puede violar el derecho a la vivienda (art. 11 del PIDESC) en la dimensión negativa de la obligación de respetar. En ese mismo tenor, si el empleado de una oficina de registro se niega a entregar un pasaporte sin el soborno adicional, entonces el derecho a dejar el país (art. 12.2 del PIDCP) puede ser violado en la dimensión positiva de la obligación de facilitar del Estado.

3.4.3. Obligaciones de proteger por parte del Estado

En la siguiente discusión, me centraré en el nivel macro, concretamente en la interrogante de cómo calificar —desde la perspectiva de estas tres dimensiones de la obligación— la ausencia de medidas anticorrupción efectivas en un Estado donde la corrupción es galopante. La deficiente implementación, aplicación y cumplimiento de medidas anticorrupción efectivas constituyen esencialmente una omisión del Estado. Dado que los derechos humanos dan lugar a las referidas obligaciones de actuar, las omisiones pueden constituir una violación.³² Las medidas an-

³² Para los derechos humanos sociales, véase “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Directrices de Maastricht, 1997)”, en *Human Rights Quarterly*, 20, 1998, pp. 691-704, párr. 11. Véase, p. ej., el derecho a la educación, Comité DESC, observación general 13, El derecho a la educación (art. 13), 1999, párr. 37. Véase también la primer comunicación bajo el rubro del procedimiento de denuncias individuales: Comité DESC, *I.D.G. vs. España*, comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, párr. 12.4: la notificación inadecuada del Estado de la ejecución inminente de una demanda por hipoteca implica una violación del derecho a la vivienda, tal como se garantiza en el artículo 11.1 del PIDESC.

Corrupción y derechos humanos

ticorrupción efectivas pueden considerarse como una vía para cumplir con una de las tres facetas de la obligación positiva de cumplir (facilitar, otorgar y promover).³³

Empero, las obligaciones de *proteger* los derechos humanos parecen ser todavía más relevantes que las obligaciones de cumplir. En principio, tales obligaciones están dirigidas a las tres ramas de gobierno. Obligan al poder legislativo a promulgar leyes efectivas;³⁴ al poder ejecutivo a asumir medidas administrativas efectivas, y al poder judicial a comprometerse con procesos legales efectivos.

La jurisprudencia de los órganos internacionales no responde claramente a la interrogante de si tales obligaciones de proteger —especialmente la manifestación problemática de un derecho para que se reformen leyes o el caso extremo de una obligación de enjuiciar—³⁵ surgen o no de hecho a partir de un derecho individual de las víctimas de corrupción, o solo de la dimensión de los derechos humanos involucrados conforme al derecho objetivo. Hasta ahora, la jurisprudencia no ha clarificado si el poder legislativo solo está sometido a una obligación (“objetiva”) de subsanar lagunas jurídicas, o si los individuos podrían tener el derecho individual (“subjetivo”) a que el poder legislativo adopte leyes.³⁶

³³ Véase, p. ej., Boersma, Martine, 2012 (*n. 5*), 244 respecto del derecho a la vivienda.

³⁴ Por tanto, las omisiones legislativas encuadran también, en principio, en el título de las violaciones mediante la omisión: el párr. 15.d de las Directrices de Maastricht (*n. 32*), menciona “*la no regulación* de grupos para evitar que estos violen los derechos económicos, sociales y culturales”. (cursivas de la autora)

³⁵ Véase Peters, Anne, *Jenseits der Menschenrechte*, Tubinga, Mohr, 2014, 234-245.

³⁶ De hecho, en el campo de los derechos sociales no fue necesaria tal distinción sino hasta que entró en vigor el Protocolo Facultativo del PIDESC, que contempla las quejas individuales, porque los derechos sociales no eran hasta ese momento (cuasi-) justiciables (sobre una base individual). Conforme al derecho constitucional alemán, un derecho para la promulgación de normas o la enmienda de leyes surge de los derechos básicos solo en casos extremos, “cuando es evidente que una norma originalmente legal se ha tornado insostenible en el ínterin de acuerdo con el derecho constitucional, debido a los cambios de las circunstancias y

ANNE PETERS

La obligación de proteger fue desarrollada con relación a los peligros que surgen de terceros, como los operadores económicos.³⁷ La obligación de proteger es, por tanto, adecuada para otorgar apoyo adicional a los derechos humanos por la criminalización del cohecho exigido por la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.³⁸ Las obligaciones del Estado de proteger respecto de las actividades realizadas por las corporaciones transnacionales, con base en los derechos humanos, se exponen en el *soft law* de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU de 2011 (Principios Ruggie).³⁹

Conforme a los derechos humanos, la obligación de proteger no solo requiere que el Estado proteja frente a los actos de las personas privadas, sino también que reduzca los riesgos estructurales por los derechos humanos en los que los propios funcionarios del Estado estén involucrados.⁴⁰ Por ejemplo, en el caso de

si el poder legislativo, aun así, no ha actuado o bien ha promulgado medidas correctivas evidentemente deficientes”, Tribunal Federal Constitucional de Alemania, BVerfGE 56, 54 y ss., BVerfGE 81, Dictamen del 14 de enero de 1981 —*Fluglärm*, párr. 66, trad. de la autora. Véase también BVerfGE 88, 203 y ss. — *Schwangerschaftsabbruch II*; BVerfGE 46, 160 y ss. — *Schleyer*. El mismo razonamiento parece ser válido en el ámbito internacional.

³⁷ Para el acceso a la salud, véase, p. ej., Comité DESC, observación general 14 (*n.* 31), párr. 51: “Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas *contra las violaciones* del derecho a la salud *por terceros*. Figuran en esta categoría omisiones tales como *la no regulación* de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; [...].” (cursivas de la autora)

³⁸ Por “cohecho de un servidor público extranjero” se entiende el realizado por parte de una compañía sujeta a la jurisdicción de un Estado parte (arts. 1 y 4 de la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE de 1997 —*n.* 6—).

³⁹ Principios Rectores de la ONU sobre los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011; adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 6 de julio de 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/17/4).

⁴⁰ Véase Ebert, Franz Christian y Sijniensky, Romina I., “Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human

Corrupción y derechos humanos

violencia policial contraria a los derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige que el Estado investigue y procese a los responsables luego de tales incidentes.⁴¹

Si aceptamos que la corrupción galopante constituye un peligro estructural permanente para muchos de los derechos humanos de las personas sometidas *de facto* al poder de los funcionarios —en casos que involucran la inacción plena del Estado o medidas anticorrupción evidentemente deficiente—, el Estado es en cualquier caso responsable, de acuerdo con el derecho internacional, por la omisión de cumplir con sus obligaciones de prevenir y proteger.⁴²

Estas obligaciones derivadas de los derechos humanos, a su vez, fortalecerían significativamente las obligaciones preventivas, específicamente de acuerdo con la normativa anticorrupción. El capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) exige que los Estados parte adopten una serie de medidas preventivas, que van desde el establecimiento de un cuerpo anticorrupción y la reorganización del servicio público, hasta la promulgación de códigos de conducta para funcionarios públicos, la reorganización de las adquisiciones públicas y la prevención del lavado de dinero. Desde la perspectiva del derecho internacional general, estas son obligaciones de prevenir. Dado que la formulación de las obligaciones de la CNUCC es más bien indicativa, es casi imposible atribuir responsabilidad

Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?”, en *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 343-368.

⁴¹ TEDH, *McCann y Otros vs. Reino Unido*, núm. 18984/91, 27 de septiembre de 1995, párrs. 157 y ss.; TEDH, *Silih vs. Eslovenia*, núm. 71463/01, 9 de abril de 2009, párrs. 192 y ss.; sobre la obligación de instaurar procesos penales: TEDH, *Maiorano y Otros vs. Italia*, núm. 28634/06, 15 de diciembre de 2009, párr. 128.

⁴² Corte Constitucional de Sudáfrica, *Glenister (n. 2)*, párr. 177: “The state’s obligation to «respect, protect, promote and fulfil» the rights in the Bill of Rights thus inevitably, in the modern state, creates a duty to create efficient anti-corruption mechanisms”. En la literatura, véase Sepúlveda Carmona, Magdalena y Bacio Terracino, Julio, “Corruption and Human Rights: Making the Connection”, en Boersma, Martine y Nelen, Hans (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Amberes, Intersentia, 2010, p. 27.

ANNE PETERS

internacional a un Estado parte si omite el cumplimiento de sus obligaciones, o lo hace de manera insuficiente. Sin embargo, si interpretamos las obligaciones de la CNUCC de acuerdo con el derecho relativo a derechos humanos (art. 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), aparentemente las medidas aquí mencionadas deben, de hecho, tomarse de una manera efectiva para cumplir con las obligaciones de proteger y cumplir (incluida la prevención) sobre la base jurídica de los derechos humanos.⁴³

3.4.4. *Obligaciones procedimentales*

Al atravesar las tres dimensiones (respetar, proteger y cumplir) de las obligaciones de los derechos humanos, las obligaciones procedimentales surgen de todos los tipos de derechos humanos. En la jurisprudencia del TEDH, estas constituyen la “rama procedural” de los derechos contemplados por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Dentro del alcance de los derechos humanos sociales, se hace referencia a las mismas como “requerimientos del proceso”.⁴⁴ Aquí, una de sus funciones es operar como indicador para el cumplimiento de la obligación progresiva de implementar, lo cual es muy difícil de medir. Los elementos procedimentales también son centrales para combatir la corrupción. Los requerimientos del proceso de los derechos humanos muy probablemente incluyen obligaciones de planifi-

⁴³ Véase Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS Court), *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) vs. República Federal de Nigeria*, fallo de 14 de diciembre de 2012, párr. 32: “the [...] obligation required from the State to satisfy such rights is the exercise of its authority to prevent powerful entities from precluding the most vulnerable from enjoying the right granted to them” (cursivas de la autora). En este fallo, el tema en cuestión era la violación de los derechos humanos sociales por parte de compañías de prospección petrolífera.

⁴⁴ Véase Alston, Philipp y Quinn, Gerard, “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, 9, 1987, pp. 156-229, 180 (respecto de la determinación sobre si se utilizó “el máximo de los recursos disponibles”).

Corrupción y derechos humanos

cación⁴⁵ y de monitorización.⁴⁶ Las obligaciones de transparencia son especialmente importantes. No es coincidencia que la ONG anticorrupción más conocida en el mundo se denomine “Transparencia Internacional”. La transparencia es también un principio fundamental de la CNUCC (2003).⁴⁷

Por consiguiente, las obligaciones procedimentales conforme a la CNUCC, especialmente los requerimientos de divulgación y publicación que pueden ser un medio efectivo para reducir la corrupción, se basan igualmente en los derechos humanos.⁴⁸ Visto desde esa óptica, la no satisfacción de estas obligaciones constituye al mismo tiempo una violación de los derechos humanos respectivos.

3.4.5. *Obligaciones independientes del resultado*

Una interrogante que se sigue de lo anterior es si un Estado corrupto viola sus obligaciones de protección y sus obligaciones procedimentales si y solo cuando, de hecho, se cometen —o se continúan cometiendo— actos individuales de corrupción. En el contexto de las obligaciones internacionales de prevenir, la obligación primaria específica determina si “prevenir” significa que el Estado debe en realidad evitar el resultado indeseable, o bien, si el Estado está meramente obligado a emplear todos los

⁴⁵ Véase Comité DESC, Informes de los Estados parte, 1989, observación general 1, párr. 4; Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, CCT11/00 (2000) ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 de octubre de 2000), párrs. 39 y ss. sobre un “programa estatal de vivienda coordinado”.

⁴⁶ Véase Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados parte (art. 2, párr. 1), 1990, observación general 3, párr. 11; Directrices de Maastricht (n. 32), párr. 15.f.

⁴⁷ Véanse, p. ej., arts. 5, 7, 9, 10, 12, 13 CNUCC (n. 6). Véase también Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, revisión 2011, secc. VII de la parte I: “Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión”, párr. 5: “mejorar la transparencia en sus actividades de lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión”.

⁴⁸ Véase, p. ej., Comité DESC, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), sobre la transparencia como principio rector para la formulación de estrategias nacionales respecto del derecho a la alimentación observación general 12, 1999, párr. 23.

ANNE PETERS

medios razonables y apropiados en el sentido de una obligación de diligencia debida que es independiente del resultado.⁴⁹

Conforme a los derechos humanos anteriormente mencionados, las obligaciones anticorrupción deben interpretarse de manera independiente del resultado. Esto establece un paralelismo doctrinal con la consideración en el derecho penal. El cohecho y otros delitos que resumimos bajo el paraguas de la corrupción son, en términos generales, “delitos de peligro”. Esto significa que se criminaliza la conducta que pone en peligro los intereses jurídicamente protegidos, incluso si dicha conducta no produce una consecuencia perjudicial específica. Esto es apropiado para el interés jurídicamente protegido que es la integridad del servicio público, ya que es generalmente imposible determinar si realmente ha ocurrido un daño tangible. Si el cohecho de un servidor público no implica que al sobornador se le dé una cita médica con mayor rapidez que si se hiciere sin el soborno, o si el sobornador no recibiese un permiso de construcción que exceda la discrecionalidad normal del funcionario, entonces, los sobornos serían, en un sentido no técnico, “infructuosos”. No obstante, la confianza en el servicio público ha sido socavada y, por ello, el acuerdo ilegal debería sancionarse como cohecho. En los tribunales se hace referencia a este fundamento como sigue: “La justicia no solo debe impartirse, sino que también debe observarse manifiesta e indudablemente que es impartida”.⁵⁰ La situación aquí es diferente al caso de la obligación de prevenir el genocidio, por ejemplo. En ese caso, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sostuvo que “se puede responsabilizar a un Estado por violar la obligación de prevenir el genocidio solo si este realmente fue cometido”.⁵¹ Esta diferencia en la evaluación se justifica porque el genocidio es un

⁴⁹ Véase Crawford, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 227.

⁵⁰ Lord Hewart CJ, *The King vs. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, 9 de noviembre de 1923, 1 King’s Bench Division, 256-260 (259); citado sin fuente en TEDH, *Delcourt vs. Bélgica*, núm. 2689/65, 17 de enero de 1970, párr. 31.

⁵¹ CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, fallo de 26 de febrero de 2007, párr. 431.

Corrupción y derechos humanos

delito de resultado en términos del derecho penal, a diferencia de los delitos de peligro, que serían de mera actividad.

Por el contrario, la obligación (también de acuerdo con el derecho sobre los derechos humanos) de combatir la corrupción, como se señala en la CNUCC, no requiere que los Estados detengan la corrupción en su totalidad. La satisfacción de tal obligación “negativa” de resultado (y la medición de dicho resultado) sería imposible, dado que el logro de un bajo nivel de corrupción sistemática no constituye un éxito que ocurre de una sola vez. En cambio, es fácil determinar, por ejemplo, que un genocidio no ha sido cometido.

Por consiguiente, esto significa que el Estado viola sus obligaciones preventivas y procedimentales impuestas por el derecho anticorrupción y el de los derechos humanos cuando no actúa, aun si el nivel general de corrupción es bajo a pesar de la falta de rigor del Estado. Por el contrario, se libera de responsabilidad internacional al Estado si toma medidas protectoras razonables, aun cuando el Estado no esté del todo “limpio”.

3.5. La corrupción como una violación de las obligaciones fundamentales expresadas en el artículo 2.1 del PIDESC

Bajo ciertas circunstancias, la corrupción (tanto la menor como la gran corrupción) debe considerarse particularmente como una violación del PIDESC. Como se mencionó anteriormente, la corrupción —por ejemplo, en las fuerzas policiales y el poder judicial— también afecta a los derechos humanos consagrados en el PIDCP. Sin embargo, esta sección se concentra en el PIDESC porque el análisis jurídico de la violación de este pacto es particularmente desafiante en términos analíticos.

El artículo 2.1 del PIDESC, el cual establece las obligaciones fundamentales de los Estados parte, contiene cuatro componentes que están sujetos a monitorización por el cuerpo del tratado, el Comité DESC.⁵² Cada componente es un punto de partida para

⁵² Sobre la operatividad de estos elementos, véanse los Principios de Limburg sobre la Implementación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ANNE PETERS

las obligaciones específicas del Estado, incluidas las del campo de la anticorrupción. Cada una de estas obligaciones pueden tornarse difíciles o imposibles de cumplir en las circunstancias de la gran corrupción o la corrupción menor.

El primer elemento —la obligación central— es “adoptar medidas”. Tales medidas, según el Comité DESC, deben ser “deliberadas, concretas y orientadas”.⁵³ Es fácil ver que los pasos a tomar deben incluir la eliminación de obstáculos para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Dado que la corrupción constituye un gran obstáculo, el PIDESC requiere, en principio, que los Estados adopten medidas anticorrupción.⁵⁴ En sus lineamientos para el informe nacional, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y la existencia, facultades y presupuesto de una autoridad anticorrupción nacional, son indicadores estructurales para los informes nacionales sobre el progreso.⁵⁵

El segundo componente de la obligación de implementación establecido en el artículo 2 del PIDESC es que el Estado parte debe adoptar estas medidas “para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Este componente obliga a las partes a otorgar una cierta prioridad a la asignación de recursos para el logro de los derechos humanos.⁵⁶ La malversación de fondos pú-

nómicos, Sociales y Culturales, 1986, en *Human Rights Quarterly*, 9, 1987, pp. 122-135; Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997, en *Human Rights Quarterly*, 20, 1998, pp. 691-704; Comité DESC, *The Nature of States Parties' Obligations*, observación general 3, art. 2, párr. 1, 1990.

⁵³ Comité DESC, observación general 3 (*n.* 52), párr. 2.

⁵⁴ Véase Boersma 2012, (*n.* 5), 229-230.

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Lineamientos para la Preparación de los Indicadores de Progreso en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 de julio de 2008, 24.

⁵⁶ Véanse los Principios de Limburgo (*n.* 52), párr. 28; Comité DESC, observación general 12 (*n.* 48), párrs. 17 y 14 (*n.* 37), párr. 47. En la literatura, véase Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the Inter-*

Corrupción y derechos humanos

blicos en el más alto nivel viola esta obligación porque, en tales casos, se le da prioridad al financiamiento del estándar de vida de funcionarios públicos de alto nivel por encima del respeto de los derechos humanos sociales.⁵⁷

El tercer elemento es agotar todas las posibilidades que tiene el Estado a su disposición (“hasta el máximo de sus recursos disponibles”). Primeramente, el propio Estado parte define cuáles recursos están disponibles y cuál es el máximo de estos.⁵⁸ Sin embargo, de acuerdo con los Principios de Limburgo, el Comité DESC puede considerar el “uso equitativo y efectivo de [...] los recursos disponibles” cuando se determine que el Estado parte ha adoptado las medidas apropiadas.⁵⁹ Asimismo, el componente da lugar a una prohibición contra el desvío de recursos asignados originalmente para propósitos sociales.⁶⁰ En sus observaciones finales sobre los Estados individuales, los distintos órganos de derechos humanos se refieren regularmente a la importancia de medidas anticorrupción precisamente en este contexto.⁶¹

De hecho, la gran corrupción priva al Estado de recursos de una manera “inequitativa”. Esto es evidente cuando los fondos son malversados directamente del presupuesto del gobierno. También ocurre en el caso de proyectos de infraestructura excesivos o “elefantes blancos” y la compra exagerada de equipamiento militar. Cuando se desarrollan edificios, carreteras, aeropuertos, etc., con una calidad inferior, los fondos presupuestados para los materiales de construcción pueden ser desviados fácilmente por emplea-

national Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Amherst, Intersentia, 2003, pp. 332-335.

⁵⁷ Véase Boersma 2012 (n. 5), 233.

⁵⁸ Véase Saul, Ben; Kinley, David y Mowbray, Jacqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2014, p. 143.

⁵⁹ Véanse los Principios de Limburgo 1986 (n. 52), párr. 27.

⁶⁰ Véase Sepúlveda Carmona (n. 56), 315.

⁶¹ Véase, p. ej., Comité de los Derechos del Niño, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Morocco*, CRC/C/MAR/CO/3-4, 14 de octubre de 2014, párr. 17; *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Croatia*, CRC/C/HRV/CO/3-4, 13 de octubre de 2014, párr. 13.

ANNE PETERS

dos de alto nivel del gobierno. Del mismo modo, la corrupción menor priva indirectamente al Estado de recursos, en tanto disminuye el cumplimiento de los pagos de impuestos. Las personas afectadas no ven por qué deben pagar al gobierno dos veces —una vez a través de impuestos y otra vez directamente a funcionarios gubernamentales corruptos—. Incluso, la sola apropiación de un presupuesto inflado para el trabajo de relaciones públicas del gobierno puede ser inequitativo si los miembros del Parlamento que lo aprueban saben que el renglón del presupuesto se está utilizando para desviar fondos, típicamente a través de la aceptación de facturas infladas de compañías consultoras pagadas por agencias del gobierno, mientras los consultores transfieren el dinero nuevamente a las cuentas privadas de funcionarios del ministerio (comisiones ilegales, *kick backs*). En cada caso debe decidirse cuándo ha sido violada la obligación de utilizar los recursos disponibles, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del PIDESC.

El cuarto componente de la obligación fundamental establecida en el PIDESC es emplear “todos los medios apropiados”, a la cual regresaré en la sección 3.9. Cuando el Estado parte no cumple con ninguna de estas obligaciones,⁶² no está cumpliendo con el pacto. En el análisis final, el Comité DESC podría, *lege artis* y como una forma de continuar su propia práctica y aquella de los Estados parte, utilizar los procedimientos de monitorización existentes para plantear la determinación autoritativa de que un Estado que adopta una política anticorrupción evidentemente deficiente frente a la corrupción galopante viola su obligación fundamental establecida en el PIDESC.

3.6. Causalidad de la violación de derechos humanos

Un problema doctrinal clave para poder determinar la violación de los derechos humanos a través de una conducta corrupta es la causalidad.⁶³ Esto es cierto para las omisiones del Estado en su

⁶² No se puede discutir en detalle aquí la difícil interrogante sobre cómo establece el PIDESC esta determinación de manera precisa.

⁶³ Nadakavukaren Schefer, Krista, “Causation in the Corruption – Human Rights Relationship”, en *Rechtswissenschaft*, 1, 2010, pp. 397-425 distin-

Corrupción y derechos humanos

conjunto, así como para los actos corruptos de funcionarios públicos que ocurren de manera concomitante. Hasta ahora, en los pocos ejemplos en los que los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han abordado casos de corrupción, las decisiones no se enfrentaron a la cuestión de causalidad de una forma sistemática. Por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad ECOWAS solo requirió un “vínculo claro entre los actos de corrupción y una denegación del derecho” (en este caso, el derecho a la educación) sin describir ese “vínculo” de manera detallada.⁶⁴

3.6.1. Principios jurídicos internacionales

La determinación de la causalidad jurídica se basa en los principios del derecho de la responsabilidad del Estado.⁶⁵ Salvo que existan reglas especiales, estos principios se aplican a la responsabilidad del Estado que surge de violaciones a los derechos humanos.⁶⁶ No existen reglas de causalidad uniformes en el derecho internacional.⁶⁷ El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de Artículos de la CDI) es omiso respecto del vínculo causal

gue entre los análisis generales y específicos de causalidad. Los análisis generales de causalidad observan grupos de factores más que un evento e individuo particulares (p. 407). El artículo de Nadakavukaren Schefer se concentra en el análisis general de causalidad, que apela a propósitos predictivos y explicativos más que al análisis individual de causalidad con el propósito de atribuir responsabilidad legal (*cfr. ibidem*, n. 35). En cambio, esta contribución se enfoca en el segundo tipo de análisis.

⁶⁴ Tribunal de la Comunidad ECOWAS 2010, ECW/CCJ/JUD/07/10 (n. 27), párr. 19.

⁶⁵ Véase Castellanos-Jankiewicz, Léon, *Causation and International State Responsibility*, Working Paper SHARES 07, 2012, ACIL 2012-07; Crawford (n. 49), 492-503.

⁶⁶ Véase arts. 33.2 y 55 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad de los Estados, Asamblea General de la ONU (AGONU) res. 56/83, 12 de diciembre de 2000.

⁶⁷ Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía (EECC, por sus siglas en inglés), decisión 7: *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 de julio de 2007, párrs. 8-9.

ANNE PETERS

entre la conducta y la transgresión legal (“causa de hecho”).⁶⁸ Pero al menos, el artículo 31 rige el vínculo causal entre la transgresión legal y el daño (el “ámbito de responsabilidad”).⁶⁹ En el área de derechos humanos, el “daño” reside en la violación del derecho en sí misma y, por ende, es principalmente inmaterial. Cualquier daño material adicional (como una pérdida de ingreso, costos de tratamiento médico, etc.) son más bien la excepción. En otras áreas del derecho, los daños pueden ser mencionados en la misma norma primaria (p. ej., art. 139.8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Entonces, la norma solo es violada si se ocasiona un daño. Cuando se trata de este tipo de norma, se pierde la distinción entre causa de hecho y ámbito de responsabilidad.⁷⁰

Existe también la práctica del Estado respecto del vínculo causal entre la transgresión jurídica y el daño (ámbito de responsabilidad) en el área de las violaciones de los derechos humanos⁷¹ y por daños de guerra. En este sentido, se reconoce que

⁶⁸ En la terminología jurídica internacional, esto tiene que ver con la “violación de una obligación internacional del Estado”; art. 2.b de los Artículos de la CDI (n. 66).

⁶⁹ Plakokefalos destaca la frecuente falta de distinción entre los dos aspectos de causalidad en los precedentes legales internacionales: Plakokefalos, Ilias, “Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity”, en *European Journal of International Law*, 26, 2015, pp. 471-492, especialmente en la p. 475. Por ejemplo, en el derecho alemán los dos aspectos son llamados “haftungsbegründende Kausalität” y “haftungsausfüllende Kausalität”.

⁷⁰ Cfr. Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sala de Controversias de los Fondos Marinos), *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, opinión consultiva 17, 1 de febrero de 2011, párrs. 181-184: “Causal link between failure and damage”.

⁷¹ Respecto del vínculo causal entre la transgresión legal y el daño respecto del reconocimiento de “satisfacción justa” de acuerdo con el art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), véase TEDH, *Case of Chevrol vs. Francia*, núm. 49636/99, 13 de febrero de 2003, párrs. 86-89; *Case of Sylvester vs. Austria*, núm. 36812/97 y 40104/98, 24 de abril de 2003, párrs. 79-92 (especialmente 81-84, 91); *Case of Nowicka vs. Polonia*, núm. 30218/96, 3 de diciembre de 2002, párrs. 79-83, especialmente 82. En estos casos, el TEDH negó un vínculo causal suficiente entre las violaciones de los derechos humanos identificadas y la pérdida pecuniaria

Corrupción y derechos humanos

la causalidad (en el sentido de *conditio sine qua non* o “necesidad”) debe suplementarse con un elemento evaluativo que “en la consideración jurídica” corta las cadenas de la causalidad que son excesivamente largas.⁷² Debe existir “inmediación”⁷³ entre la transgresión legal y el daño. Solo en los casos de daños o pérdidas que “no son muy distantes”,⁷⁴ se amerita una reparación.⁷⁵ La “inmediación” se determina sobre la base de los criterios objetivos de “consecuencia natural y normal”⁷⁶ y el criterio subjetivo de “previsibilidad”.⁷⁷

reclamada, p. ej., pérdida de ingresos debido al no reconocimiento de un diploma (*Chevrol*), pérdida del trabajo debido a un viaje emprendido para visitar a un niño que había sido secuestrado en violación del derecho a la vida en familia (*Sylvester*); compensación por encarcelamiento excesivamente largo en violación al art. 4 CEDH (*Nowicka*). Sin embargo, los requisitos para que haya tal causalidad no se examinaron con ningún detalle.

⁷² Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania, decisión administrativa núm. II, 1 de noviembre de 1923, RIAA vol. VII, 23-32, 29. El Tribunal Arbitral continuó: “It matters not whether the loss be directly or indirectly sustained so long as there is a clear, unbroken connection between Germany’s act and the loss complained of. It matters not how many links there may be in the chain of causation connecting Germany’s act with the loss sustained, provided there is no break in the chain and the loss can be clearly, unmistakably, and definitely traced, link by link, to Germany’s act. [...] All indirect losses are covered, provided only that in *legal contemplation* Germany’s act was the *efficient and proximate cause* and source from which they flowed”, *Ibidem*, 29-30 (cursivas de la autora). Véase también Tribunal Arbitral, *Provident Mutual Life Insurance Company and others (Estados Unidos) vs. Alemania*, 18 de septiembre de 1924, RIAA vol. VII (1924), 91-116, 112-113.

⁷³ EECC Dec. núm. 7 (n. 67), párr. 13.

⁷⁴ Comentario de la CDI, art. 31, párr. 10, ILC YB 2001/II vol. 2, Doc. A/56/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su quincuagésima tercera sesión, 23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto, todos de 2001, Parte E: Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 93.

⁷⁵ Véase Tribunal Arbitral, *Trail Smelter Case, Estados Unidos vs. Canadá*, RIAA 3 (16 de abril de 1938, y 11 de marzo de 1941), pp. 1905 y ss. (p. 1931): El daño que es demasiado indirecto, remoto e impreciso no está sujeto a compensación.

⁷⁶ *Provident Mutual Life Insurance Company* (n. 72), 113.

⁷⁷ EECC, decisión núm. 7 (n. 67), párr. 13. Véase el caso *Naulilaa: Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portu-*

ANNE PETERS

Al ser aplicados a nuestro esfuerzo por determinar el vínculo causal entre el acto corrupto y la transgresión jurídica (causa de hecho), estos términos transmiten la idea de que los actos (u omisiones) corruptos ocasionan violaciones de los derechos humanos en el sentido jurídico solo si las violaciones —a derechos como el de alimentación, vivienda o educación— son previsibles y no están muy distantes de los funcionarios públicos corruptos (o el aparato pasivo del Estado). En muchos casos, el cumplimiento de estos requerimientos es posible. Por ejemplo, el arreglo para que un funcionario de la corte reciba una pequeña suma de dinero para citar a un testigo está causalmente relacionado con la violación del derecho a un juicio justo. Del mismo modo, los sobornos pagados a un empleado de una autoridad ambiental supervisora, cuya intención es inducir al empleado a “hacer la vista gorda” ante la creación de un basurero ilegal de desechos tóxicos, de acuerdo con estos principios, es considerado como una causa de los efectos adversos resultantes en la salud de los residentes locales. En tales casos, la aprobación del basurero ilegal de desechos tóxicos y el daño a la salud son previsibles para el funcionario público y se encuentran dentro del curso regular de las cosas. Por tanto, la tolerancia de la corrupción en la creación del basurero de desechos tóxicos es, a los ojos de la ley, una causa de la violación de los derechos humanos de los residentes locales en términos del respeto a sus vidas privadas e integridad física.⁷⁸

gaises du sud de l’Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal vs. Alemania), 31 de julio de 1928, RIAA vol. II, 1011-1033 (1031). Tribunal Permanente de Arbitraje, *Affaire relative à la concession des phares de l’Empire Ottoman* (Grecia vs. Francia), decisión 24/27, julio de 1955, UNRIAA vol. 12, 155-269, p. 218: “Les dégats étaient ni une conséquence prévisible ou normale de l’évacuation, ni attribuables à un manque de précaution de la part de la Grèce. Tout lien adéquat de causalité fait défaut ...” (cursivas de la autora). El párrafo 14 de la decisión 7 (n. 67) de la EECC señala que la selección de una fórmula verbal para describir el grado necesario de conexión no deriva necesariamente en resultados distintos.

⁷⁸ Sepúlveda Carmona, en *International Council on Human Rights Policy* (n. 5), 27, donde se refiere a esta constelación como un “vínculo indirecto” entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos.

Corrupción y derechos humanos

3.6.2. Problemas especiales de la causalidad

Por el contrario, no debería afirmarse la existencia de un vínculo causal jurídico cuando una violación de derechos humanos no ocurre en el curso regular de las cosas y no es previsible. Por ejemplo: asumamos que el cohecho electoral deriva en disturbios después del anuncio de los resultados, es decir, protestas que a su vez son aplacadas mediante la fuerza excesiva de la policía. Entonces, la violación de la libertad de asociación e integridad física de los manifestantes no ha sido —en términos legales— ocasionada por la corrupción electoral.⁷⁹

Además de la situación en la que la “distancia” entre la causa y la violación de los derechos humanos es muy grande —lo cual es especialmente frecuente en el contexto de la gran corrupción—, surgen otros problemas especiales de causalidad. Una situación común ocurre cuando la violación de los derechos humanos tiene varias causas, pero la corrupción es solo una de ellas, y solo ambas causas en combinación traen consigo la violación de derechos humanos (“causalidad acumulativa”). Por ejemplo, asumamos que varios estudiantes mueren como consecuencia de los escombros que caen en una escuela que colapsa a causa de un terremoto. Con posterioridad al incidente, se determina que la escuela fue construida de manera deficiente porque los materiales de construcción fueron desviados por funcionarios municipales para su propio uso y el inspector de la construcción había sido sobornado. Aunque la corrupción solo fue una condición necesaria pero no suficiente para que la escuela colapsara y ocasionara la muerte de los estudiantes, era aun así una *conditio sine qua non* y, por tanto, una causa de la violación de derechos humanos en el sentido legal.

Un escenario diferente consiste en que varios factores fueron concurrentes (causalidad “concurrente”, “dual”, o “alternativa”), y esta es la situación en la que ambos factores, por sí mismos, habrían sido suficientes para ocasionar el efecto. Por ejemplo, las violaciones a los derechos humanos sociales frecuentemente derivarán de una distribución de recursos sin otorgarle la debida

⁷⁹ Véase Sepúlveda Carmona y Bacio Terracino, en Boersma y Nelen (n. 42), 30.

ANNE PETERS

relevancia a dichos derechos humanos, y si encima de ello emerge la corrupción, ambos factores solo son concurrentes. O, en nuestro ejemplo, el material de construcción podría haber sido tan deficiente que la escuela habría colapsado sin un terremoto. Y, de manera concurrente, el terremoto podría haber sido tan severo que podría haber derrumbado la escuela aun si hubiese sido construida con materiales y una técnica impecables. En este escenario, ninguno de los factores es una *conditio sine qua non* porque el mal resultado habría ocurrido de todas formas. Sin embargo, esto podría conducir a la conclusión absurda de que no existe causa en absoluto. Por eso, debería sostenerse la causalidad en el sentido jurídico.

Típicamente, no se puede determinar después del hecho si los factores fueron acumulativos (ambos fueron necesarios) o concurrentes (“duales”, o “alternativos”, esto es, cada uno fue suficiente por sí mismo). Al usar nuestro ejemplo, en la vida real sigue siendo irresoluble la determinación de si la escuela habría colapsado en el terremoto aun si hubiese sido construida de forma apropiada. En este tipo de casos, la corrupción podría ser vista como una causa jurídica. Al menos, principios jurídicos generales, como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, permiten tal conclusión.⁸⁰ Sin embargo, persiste la ulterior pregunta de si el vínculo causal es lo suficientemente inmediato como para atribuirle las muertes al supervisor corrupto de la construcción. Esta pregunta debe ser examinada en detalle y, en algunos casos, puede negarse la causalidad.

Una decisión de dudosa causalidad “concurrente” sucedió en el caso del trabajo infantil en Portugal en la década de 1990. La ONG que presentó una queja ante el Comité Europeo de Derechos Sociales había afirmado, *inter alia*, que la Oficina de Inspección Laboral era corrupta. Sin embargo, el Comité opinó que la Oficina de Inspección de todas formas no trabajaba de forma eficiente para monitorizar y remediar la situación, aunque estuviese inducida por la corrupción o no. Sobre esta base, el Comi-

⁸⁰ Véase art. 3:103, Causas alternativas, en el cap. 3, Causalidad (art. 3:101-106), de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, Grupo Europeo sobre la Responsabilidad Civil, Texto y Comentarios, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2008.

Corrupción y derechos humanos

té encontró que, en efecto, la situación en Portugal respecto de labores infantiles no era conforme con el artículo 7.1 de la Carta Social Europea (edad mínima de 15 años para los empleos), porque varios miles de niños con una edad menor a 15 años de hecho laboraban.⁸¹

Cuando se observa la situación a lo largo de un periodo de tiempo, se considera que hay una variante que puede “superar”, “prevenir” o “anular” la causalidad. Por ejemplo, asuma que un juez es sobornado por una de las partes de un juicio civil para que prolongue el proceso. No obstante, dado que las cortes no tienen suficientes recursos humanos y financieros de todos modos, el juicio podría haberse demorado sustancialmente incluso sin este acto corrupto, y tal demora en sí misma habría violado el derecho de una de las partes a un juicio dentro de un periodo razonable. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, tales causas conflictivas no significan que el soborno no sea considerado como una causa jurídica de la violación de los derechos humanos.⁸²

⁸¹ Comité Europeo de Derechos Sociales, *International Commission of Jurists vs. Portugal*, queja núm. 1/1998, decisión de 9 de septiembre de 1999, esp. párr. 42; disponible en https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC1Merits_en.pdf

⁸² Sin embargo, la jurisprudencia existe solo en relación con el vínculo causal que se requiere para identificar el daño (causalidad tipo “causa de hecho”), y no en relación con el que se requiere entre la conducta y la violación legal (causalidad tipo “ámbito de responsabilidad”): Véase EECC, *Final Award: Ethiopia's Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, RIAA XXVI, 631-770, 733 (párr. 330): La gente dejó sus sitios de residencia en parte por la sequía y en parte por la guerra, aunque la guerra fue la causa principal. La Comisión de Reclamaciones descartó totalmente la causa adicional potencial (la sequía) para determinar el número de personas desplazadas internamente, lo cual se utilizó, a su vez, para calcular la compensación. Véase también el caso de rehenes en Teherán, el cual muestra una situación en la que, después del hecho, no se puede determinar con precisión qué causa fue la que originó, cuándo y cómo, la violación del derecho internacional: un ataque privado contra la Embajada tuvo lugar, pero, al mismo tiempo, Irán no cumplió con la protección a la Embajada. La CIJ responsabilizó completamente a Irán y no redujo tal responsabilidad del Estado en virtud de alguna contribución por parte de los estudiantes particulares, que no fue atribuible a esta violación del derecho internacional, CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Reportes de la CIJ 1980, 3 y ss., párrs. 76-77 y 90.

ANNE PETERS

3.6.3. Causalidad en el caso de omisión

Por último, las respectivas violaciones de los derechos humanos vinculadas a la corrupción consisten frecuentemente en el incumplimiento de las obligaciones de protección y las procedimentales. Esto hace que surja la interrogante de la causalidad en caso de omisión. Regularmente, la causalidad jurídica en caso de omisión se afirma si la acción positiva legalmente requerida podría, con cierto grado de certeza, haber eliminado el resultado (indeseado). (Es una prueba más flexibilizada de la *conditio sine qua non*). Cuando se trata de omitir meras obligaciones de conducta, no obstante, esta prueba de la *conditio sine qua non* no tiene ningún sentido y no puede aplicarse, ya que estas obligaciones no requieren que el Estado logre un resultado particular (véase secc. 3.4 *supra*).

En el caso del genocidio en Bosnia, la Corte Internacional de Justicia encontró que existe una obligación de prevención aun cuando el Estado no pueda estar seguro de si las medidas preventivas serán exitosas o no.⁸³ Esto significa que el Estado no puede evadir la responsabilidad simplemente al mostrar que el genocidio (o, en nuestro caso, la corrupción) habría tenido lugar a pesar de sus esfuerzos para prevenirlo. De manera que, aunque la acción preventiva apropiada no habría eliminado el problema, la omisión de actuar adecuadamente todavía cuenta como una causa jurídica. Si la causalidad se negara aquí, el Estado sería capaz de evitar la responsabilidad muy fácilmente. Aun cuando en un sentido científico la omisión de actuar no causó, por tanto, el resultado indeseado (porque el resultado habría ocurrido de todos modos), la causalidad se afirma, no obstante, en un sentido jurídico.⁸⁴ De acuerdo con este análisis —común en el derecho de

⁸³ En ese caso, el éxito habría implicado la prevención del genocidio. Véase CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)*, fallo de 26 de febrero de 2007, párr. 461.

⁸⁴ En el caso del genocidio, sin embargo, la CIJ consideró, respecto del nexo causal entre la violación y el contenido de la responsabilidad del Estado (causalidad tipo “causa de hecho”, es decir, para determinar si Serbia debía pagar reparaciones), si el genocidio hubiera ocurrido incluso *a pesar de* los esfuerzos para evitarlo (*Ibidem*, párr. 462). Dado que esto no se pudo demostrar, la CIJ no consideró apropiada una compensación financiera por parte de Serbia.

Corrupción y derechos humanos

la responsabilidad civil y el derecho penal—, se puede hacer responsable a un Estado por un alto nivel de corrupción, aunque no se pueda establecer un vínculo causal entre su omisión de llevar a cabo políticas particulares (p. ej., el establecimiento de una autoridad anticorrupción con facultades amplias y recursos financieros generosos) y los escándalos de corrupción específicos. Debe entonces considerarse también si una mera correlación estadística de indicadores de corrupción e indicadores de incumplimiento de los derechos humanos puede ser suficiente para afirmar una violación de estos derechos humanos “por” la omisión de esfuerzos anticorrupción por parte del Estado, de manera análoga a la evidencia puramente estadística que es comúnmente utilizada para mostrar una discriminación indirecta.

3.7. Atribución al Estado

El siguiente problema doctrinal consiste en cómo atribuirle al Estado una conducta corrupta. De acuerdo con el precepto 4 del Proyecto de Artículos de la CDI, la conducta de cualquier órgano del Estado es atribuible al propio Estado. Esto no ha sido problemático respecto de las omisiones discutidas arriba, las cuales violan obligaciones de prevención y protección previstas por la normatividad de los derechos humanos. Tales omisiones conciernen a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del Estado que incumplan las obligaciones que les fueron encargadas directamente a ellos.

3.7.1. Atribución de actos individuales de corrupción

El análisis es diferente en el caso de actos individuales y particulares de funcionarios públicos, especialmente en el área de la corrupción menor. ¿Pueden estos atribuirse al Estado en su conjunto de manera que generen la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos resultantes? Los funcionarios públicos corruptos obviamente exceden su autoridad formal. Según las normas de la responsabilidad del Estado, no obstante, los actos *ultra vires* son, en principio, atribuidos tam-

ANNE PETERS

bién al Estado. La precondición es que un órgano del Estado o una persona autorizada para ejercer autoridad gubernamental actúa “con ese carácter” (precepto 7 de los Artículos de la CDI). Dicha conducta de carácter oficial debe distinguirse de la conducta privada.⁸⁵

Los casos emblemáticos en el derecho internacional que examinan esta distinción sí tratan de hecho con actos corruptos de funcionarios públicos. De acuerdo con esta jurisprudencia, es importante saber si el funcionario actuó “dentro del ámbito” de su cargo público y también si hizo uso de facultades especiales (coercitivas) de su cargo (tal como la facultad de buscar o arrestar a individuos).⁸⁶ Según el Comentario de la CDI, es importante

⁸⁵ Véase Crawford (n. 49), 136-140.

⁸⁶ El *locus classicus* es el caso de la Comisión de Reclamaciones Francia-Méjico, *Estate of Jean-Baptiste Caire (Francia) vs. Estados Unidos Mexicanos*, RIAA 5, 7 de junio de 1929, 516-534: Caire, ciudadano francés, administraba una casa-pensión u hostal en México. Un mayor mexicano de las tropas allí apostadas y dos soldados intentaron quitarle dinero a Caire a la fuerza. Cuando Caire se rehusó, el mayor y un capitán de la misma brigada arrestaron a Caire, lo buscaron, lo llevaron a otro pueblo y lo mataron. El Tribunal Arbitral consideró esta conducta como un acto oficial atribuible al Estado. La responsabilidad fue justificada “*lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'État, et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition*” (530). Véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Yeager vs. Irán*, caso 10199, sentencia 324-10199-1, 2 de noviembre de 1987, Claims Tribunal Reports (CTR) 17 (1987), 92-113. El asunto en cuestión aquí fue una reclamación contra Irán, alegando un acto corrupto por parte de un empleado de la línea aérea estatal “Iran Air”. El demandante fue forzado de manera ilegal por la línea aérea a hacer un “pago extra” por un boleto aéreo. El Tribunal no atribuyó este acto corrupto del empleado del Estado a Irán: “*Acts which an organ commits in a purely private capacity, even if it has used the means placed at its disposal by the State for the exercise of its functions, are not attributable to the State. [...] There is no indication in this case that the Iran Air agent was acting for any other reason than personal profit, or that he had passed on the payment to Iran Air. He evidently did not act on behalf or in the interests of Iran Air. The Tribunal finds, therefore, that this agent acted in a private capacity and not in his official capacity as an organ for Iran Air*” (111, párr. 65). Esto es defendible, pero el razonamiento no es persuasivo. Más bien, fue significativo que el empleado no hubiere pretendido exigir el pago extra en nombre del Estado (véase también Crawford 2013 (n. 49), 138).

Corrupción y derechos humanos

saber si la persona corrupta actuaba supuestamente en su carácter oficial y con “autoridad aparente”.⁸⁷

Al aplicar estos principios a nuestra interrogante, vemos que, como norma, el funcionario corrupto actúa encubierto y con autoridad pública aparente. El funcionario utiliza su posición para llevar a cabo u omitir una medida que el funcionario no podría realizar como una persona privada, como otorgar una autorización o licencia, evitar procesos judiciales o imponer una multa. Normalmente, la conducta corrupta de los funcionarios públicos debería, por tanto, atribuirse al Estado de conformidad con los principios de responsabilidad de los Estados.

Ciertamente surgen algunas preguntas específicas. Podría discutirse si se considera que la “corrupción libremente consumada” puede quedar fuera de la autoridad, tanto real como aparente, del servidor público, de tal manera que no podría considerarse que actúa “en su función [gubernamental]”.⁸⁸ Otra cuestión es si, en el caso del cohecho, la característica calificativa del delito, particularmente la existencia de un acuerdo ilegal (*quid pro quo*) entre el que soborna y el servidor público (dinero en efectivo a cambio de algún tipo de acción o inacción gubernamental) tendría que ser tomado en cuenta para la determinación de atribución de la acción o inacción del servidor público del Estado. Uno podría preguntarse si el conocimiento del que soborna respecto de la ilegalidad de la conducta del servidor público, o su participación en ella, excluye cualquier atribución de esa conducta al Estado. Pero tal falta de atribución sería justa solo si el funcionario había sido totalmente pasivo, y atraído a la corrupción por el “mal” sobornador, una situación que es imposible de reconstruir y quizás también poco realista.⁸⁹ De cualquier manera, la atribución al Estado

⁸⁷ Comentario de la CDI sobre el art. 7, párr. 8: “[...] purportedly carrying out their official functions [...] the question is whether [the individuals] were acting with apparent authority”, ILC YB 2001/II vol. 2, Doc. A/56/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su quincuagésima tercera sesión (23 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001), Parte E: Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, 46.

⁸⁸ Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration* (n. 19), p. 261.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 262.

ANNE PETERS

no puede ser descartada en la relación entre el Estado y otros actores que buscan invocar la responsabilidad estatal, y que no han participado por sí mismos en la corrupción.⁹⁰ Para concluir, el hecho de que la conducta de un funcionario es realizada como un *quid pro quo* en el cohecho, normalmente no excluye la atribución de esa conducta al Estado.⁹¹ Más aún, otros tipos de conducta corrupta por servidores públicos pueden y deberían ser atribuidos al Estado de acuerdo con los principios de responsabilidad estatal.

3.7.2. Atribución como consecuencia del fundamento de proscribir la corrupción

Sin embargo, desde una perspectiva normativa, ¿no debería limitarse aún más la atribución como consecuencia de la racionalidad detrás de la proscripción de la corrupción? ¿Se relaciona del todo la proscripción contra los actos de funcionarios corruptos (o la mejora de las medidas anticorrupción del Estado) con el objeto y propósito de los derechos humanos? Solo entonces sería legalmente apropiado clasificar la conducta corrupta del Estado no solo como un déficit de gestión pública y, bajo ciertas circunstancias, como un delito penal de acuerdo con el derecho nacional, sino también como una violación de los derechos humanos de manera simultánea y adicional.

A primera vista, el derecho penal sobre la corrupción y el de los derechos humanos sirven a objetivos distintos. El objetivo de la criminalización del cohecho en el derecho penal alemán, por ejemplo, es “proteger el funcionamiento de la administración pública y la confianza pública en la objetividad e independencia

⁹⁰ *Ibidem*, p. 264, con referencia a los comentarios de la CDI.

⁹¹ Pero véase CIADI, *World Duty Free Company Limited v. The Republic Of Kenya*, caso CIADI núm. ARB/00/7, 4 de octubre de 2006, párr. 185. El Tribunal no atribuyó la extorsión y aceptación del soborno del inversionista por el presidente de Kenia a dicho Estado, sino que consideró que el Estado era “en todo caso un principal inocente” del presidente en su calidad de agente del soborno. Pero este razonamiento fue a través de la aplicación del derecho inglés y keniano, no bajo el derecho internacional.

Corrupción y derechos humanos

de la conducta administrativa”.⁹² El objetivo es, por tanto, “proteger la institución del servicio público y, por ende, un bien público fundamentalmente importante”.⁹³ En este sentido, ¿puede considerarse la corrupción como un ataque contra los derechos humanos, el bien individual legalmente protegido por excelencia? Mi respuesta es que sí, porque, por supuesto, los intereses del individuo son los que sustentan al Estado y al servicio público protegidos por la criminalización del cohecho. El derecho penal sobre la corrupción tiene que ver con “proteger la confianza en el interés del ciudadano individual”.⁹⁴ La protección “del público” y la protección de los derechos humanos de todas las personas en un Estado dado no son, por ende, categorías opuestas o diferentes. El interés público en la legitimidad del Estado es *también* lo que sustenta la protección de los derechos humanos. El Estado moderno liberal es legítimo solo si protege los derechos humanos y según el grado en que los proteja.

La diferencia restante es que la corrupción es un delito de conducta, mientras que las violaciones de los derechos humanos pueden encontrarse solo si se produce realmente un daño concreto.⁹⁵ Sin embargo, esta importante diferencia estructural no impide la atribución *a priori*; solo significa que no todo acto corrupto constituye una violación de los derechos humanos. Si, por ejemplo, los obsequios de una compañía farmacéutica entregados a un ministro de salud no tienen éxito, al final, en modificar los patrones del ministro respecto de las compras y la distribución de vacunas en barrios urbanos, ello bien podría ser

⁹² Korte, Matthias, § 331, párr. 8, en: Joecks, Wolfgang y Miebach, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2^a ed., Múnich, 2014 (trad. de la autora).

⁹³ *Ibidem*, párr. 12.

⁹⁴ Heine, Günter y Eisele, Jörg en *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 29^a ed., Múnich, Beck 2014, § 331, párr. 9.

⁹⁵ Esta diferencia se reduce en cuanto que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, una concreta violación de derechos humanos futura puede desde ese momento, bajo ciertas circunstancias, confirmar un carácter de víctima y occasionar que una demanda individual sea admisible; véase, p. ej., TEDH, 29 de octubre de 1992, *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*, núm. 14234/88 y otros, párr. 44, sobre las mujeres en edad de tener hijos como “víctimas” de una prohibición del aborto.

considerado un cohecho, pero los derechos de los residentes del barrio a la integridad física y al cuidado de la salud no han sido violados puesto que el cohecho no tuvo un impacto en su estándar de atención.

En el análisis final, la proscripción contra la corrupción se adecua al propósito de protección de los derechos humanos; sobre la base de tales consideraciones fundamentales, la relación atributiva entre los actos corruptos u omisiones y las violaciones de los derechos humanos no tiene por qué ser negada.

3.8. Discriminación

En algunos contextos, ciertos tipos de corrupción podrían violar potencialmente las prohibiciones contra la discriminación contenidas en las convenciones universales y regionales sobre los derechos humanos.⁹⁶

Sin embargo, es necesario abordar algunos obstáculos jurídicos. Notablemente, los pactos de la ONU contienen prohibiciones adicionales contra la discriminación que se aplican solo en conexión con el ejercicio o disfrute de un derecho perteneciente a esos pactos.⁹⁷

La corrupción que afecta a los derechos sociales y aquella que se presenta en torno a los derechos de competidores en las licitaciones públicas nunca pueden encuadrarse bajo la cláusula complementaria de no discriminación del PIDCP, puesto que estos derechos no están garantizados por dicho pacto, por lo que la garantía complementaria de no discriminación (art. 2.2) no es

⁹⁶ El reciente informe del Consejo de Derechos Humanos resumió las declaraciones de los Estados participantes en cuanto a que “la corrupción podía conducir a la discriminación y violaba el principio de igualdad”, Consejo de Derechos Humanos, Mejores prácticas... 2016 (n. 23), párr. 129. Véase para declaraciones gubernamentales explícitas en este sentido: Bahrain (párr. 15); Turkmenistan (párr. 88). En la literatura, véase Kumar, C. Raj, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, Oxford, OUP, 2011, pp. 36, 46-47.

⁹⁷ Art. 2.2 PIDESC y art. 2.1 PIDCP, en conjunción con un derecho perteneciente a alguno de esos pactos.

Corrupción y derechos humanos

aplicable en estos contextos. Uno podría pensar en activar la garantía de trato igualitario establecida en el artículo 26 del PIDCP, pero esta disposición solo prohíbe la arbitrariedad, y sus efectos son obstaculizados todavía más por múltiples reservas de los Estados parte. En general, la garantía autónoma de trato igualitario no parece ofrecer un arma jurídica en contra de la corrupción.

La discriminación, en el sentido estricto de los artículos 2.2 del PIDESC y 2.1 del PIDCP, entra en juego solo si involucra un trato desigual sobre la base de una categoría sospechosa (*suspect classification*). Ambos pactos de derechos humanos prohíben la discriminación sobre la base de “otro estatus”. La falta de voluntad o de capacidad para pagar un soborno puede considerarse como “otro estatus”. ¿Es esto muy aventurado? Tradicionalmente, la pobreza no ha sido considerada como una categoría sospechosa al igual que la raza o el género. Sin embargo, en su comentario general sobre la no discriminación, el PIDESC sostuvo que los individuos y grupos “no deben ser objeto de un trato arbitrario por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo económico o social”.⁹⁸ Con esto, el Comité reconoció la incapacidad de una persona para pagar como un criterio que vale la pena proteger especialmente, incluso si el escrutinio que se requiere en este contexto debería ser menos estricto que en casos de discriminación racial o de género.

De manera notable en campañas democráticas, la afluencia democrática de los candidatos políticos puede jugar un papel indebido si la legislación de un Estado no regula adecuadamente las

⁹⁸ CDESC, La No Discriminación en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, párr. 2, del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), observación general 20, 2009, párr. 35: “Las personas o grupos *no deben ser objeto de un trato arbitrario por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo económico o social o a un determinado estrato de la sociedad*. Por ejemplo, pertenecer a un sindicato no debe afectar al empleo de una persona, ni a sus oportunidades de promoción. La situación social de una persona, como el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás, o a que se le deniegue o limite el acceso a lugares públicos.” (cursivas de la autora)

ANNE PETERS

campañas. Por ejemplo, en Tanzania, una ley electoral permitía la *takrima*, o sea, el otorgamiento de ciertos refrescos y regalos a los votantes por parte de los candidatos a puestos políticos. El Alto Tribunal de Tanzania encontró que las disposiciones legales que permiten la *takrima* eran “discriminatorias entre los candidatos de alto ingreso y los de bajo ingreso”.⁹⁹ También concluyó que esta ley violaba los derechos a un tratamiento igualitario y a la no discriminación respecto de la participación política (arts. 7 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) tal como se les incorpora en la Constitución de Tanzania.¹⁰⁰

La discriminación puede estar presente incluso sin el tratamiento desigual enfocado en individuos y grupos de individuos. No se requiere la intención del Estado de discriminar. En particular, todas las convenciones sobre los derechos humanos también protegen contra la discriminación indirecta. Esta puede surgir de una política del Estado que pareciera ser neutral, pero que, en realidad, afecta de manera desproporcionada a ciertos grupos de la población de forma negativa.¹⁰¹ Finalmente, la discriminación también puede surgir de una omisión,¹⁰² a la cual se hace referen-

⁹⁹ Alto Tribunal de Tanzania, *Legal and Human Rights Centre and Others vs. Attorney General, Miscellaneous Civil*, caso núm. 77 de 2005, 2006 TZHC 1, 24 de abril de 2006, p. 28; véase también p. 29, disponible en <http://www.saflii.org/tz/cases/TZHC/2006/1.html>

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰¹ En relación con el PIDESC, que es especialmente importante para nuestra discusión, véase Comité DESC, observación general 20 (*n.* 98), párr. 8: “Garantizar” significa que “hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo. [...] Los Estados parte deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*”. Respecto del derecho a la educación, véase Comité DESC, observación general 13, El Derecho a la Educación (art. 13), 1999, párr. 59: “el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación” viola el art. 13. Con relación al derecho a la salud, véase Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), observación general 14, 2000, párr. 50: La denegación al acceso a los servicios de salud como resultado de una discriminación *de facto* de grupos particulares viola el derecho a la salud.

¹⁰² Para la prohibición de la discriminación expuesta en el PIDESC, véase Comité DESC, observación general 20 (*n.* 98), párr. 14.

Corrupción y derechos humanos

cia a veces como “discriminación pasiva”. Las prohibiciones de discriminación no requieren que todos los individuos sean tratados idénticamente, pero el trato diferencial debe tener una base legal, aspirar a un objetivo legítimo y ser proporcional.¹⁰³

Si un individuo no es capaz o no tiene la voluntad de pagar un soborno para pasar un punto de control policial o recibir un pasaporte y es, por ende, incapaz de continuar su viaje o salir del país, y si el Estado no toma ninguna medida para combatir esta conducta corrupta, entonces el incumplimiento del Estado para actuar tiene un impacto negativo desproporcionado sobre los individuos que no tienen recursos. Entonces, no son solo las libertades civiles de las personas afectadas las que se ven restringidas. Dada la ausencia de una base legal y de un propósito legítimo de la solicitud de pago, estas personas también son discriminadas a la par que su derecho a transitar libremente o salir del país. Este razonamiento podría parecer exagerado para algunos, pero yo sostengo que captura el significado social de la corrupción, tal como fue expresado por el secretario general de la ONU, Kofi Annan, en el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), particularmente en cuanto a que la corrupción “daña al pobre de manera desproporcionada” y promueve la “desigualdad”.¹⁰⁴

3.9. ¿Margen de apreciación?

Aun cuando consideremos un acto corrupto particular o el incumplimiento general de implementar medidas anticorrupción como una causa de interferencia con derechos humanos particulares y se lo atribuimos al Estado, esto no significa en modo alguno que todo cuanto afecte a los derechos humanos también constituye una violación de los mismos. Tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales pueden ser jurídicamente restringidos.

Con respecto a los derechos sociales, podría tener más sentido incluso no considerar al cumplimiento menor de la obligación

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 13.

¹⁰⁴ Secretario General de la ONU, Kofi Annan, Prólogo CNUCC (2003).

ANNE PETERS

de implementación progresiva como una “restricción” de los derechos, sino más bien verlo como una limitación inherente al enfoque de los derechos positivos. Un componente de la obligación fundamental del pacto establecida en el artículo 2.1 del PIDESC (véase secc. 3.5. *supra*) es el uso de “todos los medios apropiados”. La obligación de utilizar todos los medios apropiados se especifica aún más en el Protocolo Facultativo del PIDESC en términos de “razonabilidad” (art. 8.4 del Protocolo Facultativo).¹⁰⁵

Por una parte, estas calificaciones constituyen una limitación incorporada a las obligaciones del Estado. Deben cumplirse solo de manera “razonable”. Los derechos sociales no imponen ninguna obligación “absoluta o incondicional” al Estado, de acuerdo con la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso emblemático *Grootboom*.¹⁰⁶ En la formulación de la Corte Constitucional Federal de Alemania respecto de los derechos sociales de participación, los derechos sociales solo están *a priori* “sujetos a lo que es posible”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ El art. 8.4 del Protocolo Facultativo del PIDESC, reza lo siguiente: “Cuando se examinan las comunicaciones del presente Protocolo, el Comité considerará la razonabilidad de los pasos adoptados por el Estado parte de acuerdo con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá en cuenta que el Estado parte puede adoptar una gama de posibles medidas de las políticas para la implementación de los derechos establecidos en el Pacto” (cursivas de la autora). En las negociaciones del tratado sobre el Protocolo Facultativo, hubo una controversia importante sobre el nivel de detalle de las observaciones del Comité DESC y el alcance de la discreción de los Estados parte. Los términos propuestos “margen de apreciación” y “discreción” fueron rechazados al final y no se incluyeron en el texto del Protocolo Facultativo (véase Griffey, Brian, “The Reasonableness Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the ICESCR”, *Human Rights Law Review*, 11 (2011), 275-327, pp. 295 y 298-300). En la terminología del examen detallado de los derechos fundamentales que se ha desarrollado para los derechos liberales negativos en el Derecho constitucional nacional, y particularmente en Alemania, este límite “incorporado” a la obligación del Estado de actuar puede ser calificado como el límite externo del ámbito de un derecho, o como un límite que permite al Estado interferir con dichos derechos. Este esquema solo se encuadra torpemente en el análisis de una violación de la dimensión positiva de los derechos.

¹⁰⁶ *Grootboom* (n. 45), párr. 38 (sobre el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada de acuerdo con el art. 26 de la Constitución de Sudáfrica).

¹⁰⁷ *BVerfGE* 33, 303-358, párr. 63, sentencia de 18 de julio de 1972 – 1 BvL 32/70 y 25/71 – *Numerus clausus* (sobre el derecho a la educación universitaria).

Corrupción y derechos humanos

Por otra parte, los términos “apropiado” y “razonable” también representan una rendija para definir lo fundamental de la acción positiva del Estado (lo cual se denomina en la doctrina de los derechos constitucionales de Alemania como *Untermaßverbot*). No está permitido que las medidas del Estado disten de un nivel mínimo para ser consideradas “apropiadas” o “razonables”. Uno podría entonces argumentar que en ciertas situaciones, en el caso de la demostración empírica de corrupción en un Estado parte, la prohibición de acciones insuficientes requiere que el Estado no solo ratifique los instrumentos anticorrupción internacionales, sino también que lance una campaña anticorrupción y formule una política preventiva.¹⁰⁸ Los conceptos de “idoneidad” y “razonabilidad” juegan, por ende, un rol dual: sirven como tope, pero también como suelo.¹⁰⁹ Los Estados deben tomar medidas “apropiadas”, ni más ni menos.

La interrogante ahora es cuándo incumple un Estado con el nivel mínimo y qué institución tiene la facultad para adoptar una determinación autoritativa como resultado de ello. Una vez más, la responsabilidad primaria para evaluar cuáles son los medios apropiados y razonables para satisfacer los derechos sociales yace en el propio Estado parte. El Estado parte debe, como una primera aproximación, decidir qué estrategia anticorrupción desea formular, qué medidas legislativas desea tomar, qué autoridades desea establecer y qué facultades y recursos financieros desea otorgarle a dicha autoridad. En sus precedentes, el Comité DESC enfatiza que los Estados parte poseen un “margen de apreciación” sustancial en relación con esto.¹¹⁰ El Protocolo Facultativo establece expresamente que un Estado parte “puede adoptar una variada gama de medidas posibles para la implementación de los derechos establecidos en el Pacto” (art. 8.4 del Protocolo

¹⁰⁸ Véase Boersma, 2012 (n. 5), 233.

¹⁰⁹ Cfr. la Nota preparada por la Secretaría del Consejo de Derechos Humanos, “*The use of the «reasonableness» test in assessing compliance with international human rights obligations*”, 1 de febrero de 2008, A/HRC/8/WG.4/CRP.1.

¹¹⁰ Comité DESC, Una Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el “Máximo de los Recursos Disponibles” conforme a un Protocolo Facultativo del Pacto — Declaración, UN Doc. E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007, párrs. 11-12.

ANNE PETERS

Facultativo). En última instancia, sin embargo, el Comité DESC se reserva el derecho a examinar de manera autoritativa la “idoneidad” de los medios y, por ende, de los recursos financieros,¹¹¹ aunque sin la facultad para hacer cumplir su determinación.

En resumen, tanto los actos corruptos particulares por parte de funcionarios públicos individuales como una política anticorrupción completamente insuficiente o enteramente inexistente de un Estado en su conjunto pueden, en ciertas constelaciones, conceptualizarse como una violación de los derechos humanos concretos, por ejemplo, el derecho a la salud de determinados pacientes o el derecho a un trato igualitario de los competidores en negocios específicos. El mayor obstáculo doctrinal en este sentido no es la causalidad o la atribución, sino —especialmente en el campo de los derechos sociales— el “margen de apreciación” o la “razonabilidad”.

4. ¿DEBERÍA CONCEPTUALIZARSE LA CORRUPCIÓN COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Un grupo totalmente distinto de interrogantes se relaciona con los procesos en los que tal violación de derechos humanos puede denunciarse y si el cambio de perspectiva —más allá de combatir la corrupción con los medios del derecho penal, y hacia un enfoque de derechos humanos— es práctico en términos de políticas legales y valioso en cuanto a la ética jurídica.

4.1. Oportunidad para el fortalecimiento moral y práctico de la agenda anticorrupción

Los que proponen que se dote a los instrumentos anticorrupción de un enfoque de derechos humanos creen que esto mejorará tales instrumentos en términos políticos y morales y, por tanto, garantizará una mejor implementación de las medidas antico-

¹¹¹ Véase Comité DESC, observación general 3 (n. 46), párr. 4; Comité DESC, Declaración de 2007 (n. 110), párrs. 8 y 12.

Corrupción y derechos humanos

rrupción.¹¹² El argumento clásico es “empoderamiento”. El enfoque de los derechos humanos puede dilucidar los derechos de las personas afectadas por la corrupción, como el derecho a tener acceso al agua potable y a la educación primaria gratuita, y mostrarles cómo, por ejemplo, la malversación de fondos públicos en esas áreas interfiere con el disfrute de los bienes a los cuales tienen derecho. De esta forma, las personas afectadas estarían empoderadas para denunciar la corrupción, a la que, de otro modo, estarían expuestas sin poder hacer nada.¹¹³

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU cree que las mayores ventajas consisten, primero, en enfatizar la perspectiva de derecho penal que existe en el instrumento anticorrupción, menos en los perpetradores individuales y más en una responsabilidad sistémica del Estado y, segundo, en la mejora del estatus de las víctimas.¹¹⁴

La debilidad del enfoque estrictamente de derecho penal hacia la anticorrupción se ha vuelto evidente especialmente en China y Corea del Norte, donde se puede abusar fácilmente de las amplias e indeterminadas conductas penales para eliminar o, al menos, desacreditar a los opositores políticos.¹¹⁵ La perspectiva

¹¹² Véase Pearson (*n. 5*), 46: “It is proposed here that, by examining the human rights cost of corruption, added weight is given to anti-corruption efforts, as well as to human rights protection”; Kumar (*n. 96*), 43: “Human rights approaches help in exposing violations, and empower victims [...] the moment corruption is recognized as a human rights violation, it creates a type of social, political and moral response that is not generated by crime [...]”.

¹¹³ Véase Sepúlveda Carmona/Bacio Terracino, en Boersma y Nelen (*n. 42*), 25-49, 48.

¹¹⁴ En estos términos, véase Consejo de Derechos Humanos, *Mejores prácticas...* 2016 (*n. 23*), párr. 130; el Informe Final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre el asunto del impacto negativo de la corrupción en el disfrute de los derechos Humanos, *UN Doc. A/HRC/28/73*, 5 de enero de 2015, párrs. 25 y 28.

¹¹⁵ La campaña anticorrupción china fue adoptada formalmente por la III Sesión Plenaria del XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista en noviembre de 2013. La institución implementadora es la Comisión Central de Inspección Disciplinaria, Guo, Xuezhi, “Controlling Corruption in the Party: China’s Central Discipline Inspection Commission”, en *The China*

ANNE PETERS

de los derechos humanos cambia de énfasis, de la represión hacia la prevención¹¹⁶ y, por tanto, está más lejos de la iniciación de procesos penales abusivos.

Finalmente, la transición del derecho penal a los derechos humanos cambia la intensidad y carga de la demostración y la probanza. Mientras un servidor público acusado de soborno o de abuso criminal de la confianza goza de la presunción de inocencia, el enfoque basado en los derechos humanos requiere que los Estados se exoneren a sí mismos ante los organismos de los tratados cuando se les acusa de medidas anticorrupción deficientes. Los precedentes generales en el área de derechos humanos sociales requieren que los Estados demuestren que, aunque estén dispuestos a asignar suficientes medios a una autoridad que se encuentre a cargo de asegurar los derechos sociales, no tienen la capacidad para hacerlo debido a la falta de recursos.¹¹⁷ Esta regla general debe ser aplicada a las medidas anticorrupción. Por ende, mientras que “credible allegations of corruption are linked with human rights violations, the state would be under a duty to demonstrate that it has taken all appropriate measures to ensure the realisation of the right in question. (...) The absence of any steps taken or blatantly inadequate measures to investigate or tackle alleged acts of corruption would constitute a *prima facie* case of a human rights violation”¹¹⁸

Quarterly, 219, 2014, 597-624, consulta 1 abr 2016, disponibles en <http://thediplomat.com/tag/china-anti-corruption-campaign/> y <http://www.scmp.com/topics/xi-jinpings-anti-graft-campaign> En Corea del Norte, el general Ri Yong Gil, jefe del Estado Mayor y en el tercer puesto de esa jerarquía militar, fue ejecutado en febrero de 2016 bajo cargos de “faccionario, abuso de poder y corrupción”, *The New York Times*, 11 feb 2016, p. A10; *Neue Zürcher Zeitung*, 12 feb 2016.

¹¹⁶ La prevención es también —independientemente de las consideraciones de los derechos humanos— uno de los cuatro pilares de la CNUCC (cap. II).

¹¹⁷ Véase Comité DESC, observación general 3 (n. 46), párr. 10; Comité DESC, Declaración de 2007 (n. 110), párr. 9. En relación con la protección a la salud, véase Comité DESC, observación general 14, (n. 31), párr. 47.

¹¹⁸ Lapper, Richard, “1.3. Understanding Corruption in Education as a Human Rights Issue”, en Sweeney, Gareth; Despota, Krina y Lindner, Samira (eds.), *Global Corruption Report: Education. Transparency International*, Londres-Nueva York, Routledge, 2013, 16-20 (18).

Corrupción y derechos humanos

La interrogante que surge sería si la evidencia estadística o la mera observación de los lujosos estilos de vida de políticos de alto rango son suficientes para corroborar la malversación de fondos públicos que se asume por la práctica del Comité DESC y también por la CNUCC. El artículo 20 de la CNUCC hace un llamado a los Estados parte para que “consideren” configurar el “enriquecimiento ilícito” como un delito penal. De acuerdo con esta disposición del derecho penal, se podría sancionar el incremento significativo de los activos de un funcionario público que no puede explicar razonablemente dicha circunstancia en relación con sus ingresos legales. Dicha presunción implícita de culpabilidad es problemática en relación con el Estado de derecho.

4.2. Recomendaciones prácticas

La sugerencia para la práctica jurídica no sería la de un cambio total de perspectiva, sino más bien la apertura de una adicional. La idea no es sustituir los esfuerzos anticorrupción tradicionales de derecho penal por estrategias basadas en derechos humanos, sino la de *complementar* aquellos con estas. La estrategia práctica resultante podría ser llamada incorporación mutua de la perspectiva de derechos humanos (un “*mainstreaming*” mutuo).¹¹⁹ La incorporación de los derechos humanos dentro de los esfuerzos anticorrupción significaría que el respeto de los derechos humanos sería una de las metas de la anticorrupción desde el principio. En la práctica legal, esto implicaría una interpretación de todos los delitos penales relacionados con la corrupción, de tal modo que se tomen en cuenta los derechos humanos. Sobre una base complementaria, todos los procedimientos de derechos humanos deberían ser incorporados en aquellos relativos al combate contra la corrupción (*corruption-mainstreamed*).¹²⁰

La implementación de esta recomendación incluiría lo siguiente: en el trabajo de los organismos derivados de tratados de dere-

¹¹⁹ Véase, especialmente, “International Council on Human Rights Policy and Transparency International”, preparado por Magdalena Sepúlveda Carmo- na, (n. 5).

¹²⁰ Véase Boersma 2012 (n. 5), 376-379.

ANNE PETERS

chos humanos, los lineamientos para todos los informes de los países y todas las observaciones específicas concluyentes de los países, así como los mandatos de los relatores especiales, deben incluir la corrupción como un punto de verificación que debe abordarse. Debería permitirse que las ONG de derechos humanos, y también las especializadas en anticorrupción, participen en la Revisión Periódica Universal, así como en la monitorización de tratados específicos. Se podría concebir también una “Observación General sobre la Corrupción y los Derechos Humanos” que se aplique a todos los tratados. Finalmente, se podría incluir un mandato anticorrupción en los estándares internacionales de las instituciones nacionales de derechos humanos.¹²¹

No obstante, el beneficio práctico del cambio de perspectiva es menoscabado en el sentido de que los mecanismos internacionales son en sí mismos débiles cuando se trata de hacer cumplir los derechos humanos. Las opciones de reclamos individuales a nivel internacional son limitadas, pero sí existen algunos espacios, por ejemplo, las comunicaciones individuales a varios organismos de tratados de derechos humanos. Ciertamente, no debe olvidarse que las instituciones nacionales son las ejecutoras principales de los derechos humanos internacionales. Si una corte nacional tuviere que condenar a órganos del Estado por una violación de los derechos humanos mediante la corrupción, esto en comparación sería una fuerte sanción. En muchos Estados, sin embargo, no se espera esto, debido a la corrupción del sistema judicial.¹²² Esto sig-

¹²¹ Una serie de organismos nacionales de derechos humanos ya tienen encomendados tal mandato. Véase Consejo de Derechos Humanos, *Mejores prácticas*, 2016 (n. 23); Azerbaiyán (párr. 99); Perú (párr. 104).

¹²² Por ejemplo, una organización no gubernamental de España presentó una comunicación ante la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR, por sus siglas en inglés), al sostener que la familia del presidente de Guinea Ecuatorial (la familia Obiang) desvió los recursos naturales de los ecuatoguineanos para beneficio propio, y estableció y mantuvo un sistema corrupto dentro del Estado, con lo que violó una serie de derechos garantizados por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: los derechos a los recursos naturales (art. 21), el derecho al desarrollo (art. 22), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a la educación (art. 17.1), y el derecho a adquirir propiedad privada de forma legal (art. 14). La ACHPR declaró que la comunicación era inadmisible por falta de agotamiento de los recursos internos, comunicación presentada en

Corrupción y derechos humanos

nifica que el “empoderamiento” a través de los derechos humanos se mantiene como algo más simbólico que práctico.

4.3. Riesgo de debilitamiento moral

La fortaleza de adoptar el enfoque de los derechos humanos respecto de los instrumentos anticorrupción es al mismo tiempo su debilidad. Esto es así por la actitud ambivalente del Sur Global hacia los derechos humanos de “Occidente”. Su crítica sobre la idea de los derechos humanos se traslapa con objeciones fundamentales a la agenda internacional anticorrupción.

Esta crítica fundamental está revestida del lenguaje del relativismo cultural, la ideología o la economía.¹²³ Según la crítica, la estrategia anticorrupción es meramente la imposición de un modelo “occidental” particular del Estado en numerosos aspectos: un Estado liberal gobernado por el Estado de derecho es necesario como un marco regulatorio para una economía de libre mercado. Esta exigencia se basa en una agenda neoliberal que quiere echar para atrás un modelo de Estado intervencionista y altamente burocratizado. La crítica acusa al “Estado de derecho” de servir principalmente a los intereses económicos de los dueños de propiedades y el capital.

Segundo, conforme a esta crítica, la concepción de la corrupción como un mal se basa en la imagen de un Estado que lleva a cabo sus obligaciones públicas a través de funcionarios públicos que son empleados sobre la base del mérito, y que actúan

2007, Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) vs. Guinea Ecuatorial, consulta 18 feb 2016, disponible en https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/a_communication_20071012.pdf Quizá, el requerimiento de recursos internos debería ser abordado de forma flexible, pues tratándose de una corrupción *prima facie* extrema de la judicatura, el recurrir a los tribunales nacionales no debería ser requerido por los órganos internacionales de vigilancia.

¹²³ Véase, p. ej., Kennedy, David, “The International Anti-Corruption Campaign”, *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999, 455-465; Rajagopal, Balakrishnan, “Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectics of a Relationship”, en *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999, 495-507.

ANNE PETERS

de acuerdo con las normas legales que formalmente se aplican a todos. Sin embargo, esto descalifica a las comunidades basadas en relaciones familiares y de clanes, las cuales se sustentan mediante el intercambio de obsequios y el otorgamiento de cargos oficiales a los miembros de los grupos. No se reconocen los valores de reciprocidad y lealtad que sustentan a estas comunidades, sino que, por el contrario, son reemplazados con el pensamiento de la meritocracia occidental y el trato igualitario formal. El argumento del imperialismo jurídico y cultural y del dictado del capitalismo occidental se nutre aún más a través del enfoque de los derechos humanos en las estrategias anticorrupción. De acuerdo con este punto de vista, ambos conjuntos de instrumentos internacionales son meras variantes del imperialismo.

Sin embargo, la investigación económica y antropológica relativiza esta crítica fundamental de estrategias anticorrupción y, de paso, el peligro de que puedan ser debilitadas, al dotarlas de un enfoque basado en los derechos humanos. El argumento de que la anticorrupción y los derechos humanos son estrategias hegemónicas o que están dominadas por Estados Unidos o son estrategias impulsadas por el capital global suena más a un intento para justificar el comportamiento de élites cuyo poder y prebendas se ven amenazados por la anticorrupción y la exigencia de respeto de los derechos humanos. La invocación de prácticas tradicionales, por ejemplo, el intercambio de regalos y el ofrecimiento de hospitalidad en sociedades africanas, puede ser y de hecho es abusada por los ricos y poderosos para ocultar la corrupción, especialmente cuando los sobornos sobrepasan las dimensiones de los regalos tradicionales. Por ejemplo, una ley de Tanzania permitía a los candidatos políticos ofrecer regalos a sus votantes, y los llamó por su nombre tradicional, *takrima*, supuestamente para obtener legitimidad y aceptación. El Alto Tribunal de Tanzania resolvió que las disposiciones violaban los derechos humanos de los candidatos¹²⁴ y de los votantes: “[T] heir right to vote for a proper candidate of their choice cannot be freely exercised because they will lose that freedom because of being influenced by ‘takrima’. Their right to vote will be subjec-

¹²⁴ Véase el texto en la n. 99.

Corrupción y derechos humanos

ted to «takrima».¹²⁵ El Alto Tribunal también consideró que “[it did] not see any lawful object which was intended to be achieved by the «takrima» provisions apart from legalizing corruption in election campaigns”.¹²⁶

Otro ejemplo es el sistema tradicional de *harambees* en Kenia, que requería a los individuos a contribuir al financiamiento de los proyectos comunitarios. Sin embargo, conforme a un reporte keniano sobre el Ministerio de Justicia, “the spirit of Harambee has undergone a metamorphosis which has resulted in gross abuses. It has been linked to the emergence of oppressive and extortionist practices and entrenchment of corruption and abuse of office”.¹²⁷ En el Arbitraje de Inversión *World Duty Free*, un pago de dos millones de dólares estadounidenses en efectivo como donación personal al presidente Moi fue declarado por el inversionista extranjero como una forma de *harambee* que permitía a la firma establecer y operar tiendas libres de impuestos (*duty free*) en aeropuertos de Kenia.¹²⁸ Entonces, *World Duty Free* afirmó que había sido indebidamente expropiado en Kenia. El Tribunal de Arbitraje calificó la donación como un soborno, contrario a “las políticas públicas trasnacionalizadas”. Por tanto, el contrato no podía ser válido,¹²⁹ y la demanda de *World Duty Free* fue rechazada.

Frente al trasfondo de tales formas de corrupción que, de hecho, pervierten las costumbres tradicionales, es comprensible que los individuos afectados en muchas de las distintas culturas y regiones del mundo hayan protestado en la Plaza Tahrir o la de Maidán, en Caracas o la Ciudad de México, no solo para exigir libertad y precios justos de los alimentos, sino también contra la corrupción de sus élites.

¹²⁵ Alto Tribunal de Tanzania 2006 (nota 99), 37.

¹²⁶ *Ibidem*, 34.

¹²⁷ Reporte del *Task Force on Public Collections or “Harambees”*, presentado en 2003 al Ministerio de Justicia de Kenia, cit, por CIADI, *World Duty Free Company Limited vs. la República de Kenia*, caso CIADI núm. ARB/00/7, 4 de octubre de 2006, párr. 134.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 133. El inversionista primero actuó bajo el nombre “House of Perfume” (ubicado en Dubai), después bajo la denominación “World Duty Free Ltd” (incorporado bajo las leyes de la Isla de Man).

¹²⁹ *Ibidem*, párr. 157.

ANNE PETERS

5. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA

5.1. Cambio en la prerrogativa de la interpretación

En términos de la teoría de la comunicación, el cambio de perspectiva propuesto aquí es un tipo de “enmarque”, es decir, un nuevo marco para la interpretación asociada con una nueva prerrogativa de la interpretación. Es importante, en este sentido, que esta prerrogativa de la interpretación cambie también en términos institucionales: lejos del Banco Mundial y hacia el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Potencialmente, este nuevo poder discursivo también supone un nuevo poder para actuar.

En términos jurídicos, la conexión aquí propuesta entre el derecho de la anticorrupción y la protección de los derechos humanos puede ser interpretada como una integración sistemática de dos subáreas del derecho internacional. O puede considerarse al enfoque de los derechos humanos aplicado a los instrumentos de la anticorrupción como su constitucionalización. Algunos abogados internacionales critican que esto último suena a “derecho-humanitis” (*human rightism*)¹³⁰ o a un “orgullo desmesurado” de la protección internacional de los derechos humanos.¹³¹ Pero este orgullo desmesurado que se alega también puede ser considerado, en términos más positivos, como la restitución legítima del ser humano como el punto de referencia normativo para todo el derecho, incluido el derecho internacional.

5.2. ¿Devaluación del Sur Global?

Hemos visto que la determinación de una violación concreta de los derechos humanos mediante un acto corrupto determinado es más fácil en el área de la corrupción menor. En el campo de la gran corrupción, como el soborno de ministros gubernamentales

¹³⁰ Véase Pellet, Alain, “‘Human Rightism’ and International Law”, en *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2003, 3-16.

¹³¹ Véase Posner, Eric, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2014, 148.

Corrupción y derechos humanos

por parte de inversionistas extranjeros o la desviación de fondos del presupuesto público, es más difícil hacer la conexión entre una conducta corrupta y las violaciones de derechos humanos de víctimas concretas. Ahora, las democracias occidentales padecen menos de corrupción menor que de gran corrupción, incluyendo lo que se denomina de manera provocativa “corrupción legal”¹³² a través del financiamiento no transparente de las elecciones y los intereses particulares en la política que son su resultado, o a través de una tolerancia de la fácil transición de funcionarios públicos a trabajos lucrativos en el sector privado, en los cuales el conocimiento interno obtenido en el cargo puede ser utilizado en los nuevos empleos (fenómeno de la “puerta giratoria”).

Debido a que la reconceptualización en términos de los derechos humanos se centra principalmente en la corrupción menor, esta llama la atención hacia el Sur Global. Sin embargo, sería exagerado decir que esta llamada de atención constituye una devolución de las sociedades no occidentales y que representa, por ende, una misión paternalista y civilizadora de Occidente contra el resto del mundo. El cambio de perspectiva no le resta importancia ni excusa a la gran corrupción, incluida la corrupción “legal” en el mundo occidental. Es simplemente menos posible de capturar, porque la gran corrupción tiene una estructura diferente y menos individualizada de la injusticia.

5.3. El Estado, los cargos públicos y la universalización

Ya avanzado el siglo XIX, el patrocinio y la compra de cargos públicos eran considerados ampliamente como componentes legales y legítimos de las formas de gobierno, incluso en Europa.¹³³ La

¹³² Véase Kaufmann, Daniel y Vincente, Pedro C., “Legal Corruption”, en *Economics and Politics*, 23, 2011, 195-219.

¹³³ Véase Bridenthal, Renate, “Introduction”, en Bridenthal (ed.), *The Hidden History of Crime, Corruption, and States*, Nueva York, Berghahn Publishers 2013, 1-22, 4; Klaveren, Jacob van, “Corruption as a Historical Phenomenon”, en Heidenheimer, Arnold J. y Johnston, Michael (eds.), *Political Corruption: Concepts and Contexts*, New Brunswick, Transaction Publishers 2002, 83-94. La situación es diferente para el cohecho y para el patrocinio

ANNE PETERS

conciencia de que estas formas de ejercer e influenciar el poder político y la administración eran ilegítimas y debían combatirse emergió hasta el desarrollo del Estado moderno: un Estado en el que se le asigna a una burocracia imparcial la aplicación de la ley de manera igualitaria y en el que se le exige a todos los funcionarios públicos que actúen de acuerdo con el interés público, no en función de sus familias o grupos étnicos.

En un Estado patrimonial en el cual las posiciones políticas y administrativas tienen la intención principal de generar ingresos (“búsqueda de rentas” o “rent-seeking”), la idea de la corrupción no tiene espacio. En ese sentido, como ya se indicó al principio, el Estado moderno regido por el Estado de derecho y el concepto de corrupción, se encuentran vinculados de forma inextricable. Esto también explica por qué la anticorrupción es difícil en regiones del mundo donde esta comprensión del Estado y las protecciones institucionales asociadas son débiles.

Empero, para utilizar un ejemplo, desde la perspectiva de un automovilista ¿es realmente lo mismo si la suma de dinero que debe pagar en una barricada para continuar su curso representa un soborno a un policía de tránsito —como en muchos Estados africanos—, o un peaje de autopista —como en Francia, por ejemplo—?

En ambos casos, la libertad de tránsito de un automovilista se ve restringida al verse forzado a pagar. La diferencia es que el peaje de una autopista está basado en la ley que sirve al interés público, es decir, el mantenimiento de la red de autopistas, y se aplica de manera igualitaria para todos al mismo tiempo (con diferencias razonables a partir del tipo de vehículo, número de personas o cualesquiera otros criterios importantes). En contraste, el soborno no está basado en un programa de pagos definido en un metódico procedimiento político o, al menos, administrativo, pero podría, bajo ciertas circunstancias, ayudar al policía a darle de comer a su familia. La diferencia entre el soborno y un pago del Estado se basa, por tanto, únicamente en la legitimidad y legalidad de las instituciones y procedimientos que lo definen, recogen y utilizan.

y la compra de cargos públicos. En culturas legales antiguas, pueden encontrarse indicaciones de prohibiciones del cohecho.

Corrupción y derechos humanos

La percepción de Agustín de Hipona, según la cual los Estados que no se rigen por la ley y la justicia no son más que bandas de ladrones, no ha perdido su vigencia después de mil años.¹³⁴ Solo si esta percepción demuestra ser universalmente aplicable, la estrategia anticorrupción global será exitosa. Y la concepción “individualizada” de la corrupción —específicamente la noción de que la corrupción interfiere con los derechos de cada ciudadano— puede ser una mayor contribución a esta universalización que la invocación de un interés general anónimo y una concepción abstracta de los cargos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, Philipp y QUINN, Gerard, “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, 9, 1987.
- BACIO TERRACINO, Julio, *The International Legal Framework against Corruption: States’ Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Amberes, Intersentia, 2012.
- BOERSMA, Martine, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Amberes, Intersentia, 2012.
- y NELEN, Hans (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge: Intersentia, 2010.
- BRADY SPALDING, Andrew, “Corruption, Corporations and the New Human Right”, en *Washington University Law Review*, 91, 2014.
- BRIDENTHAL, Renate (ed.), *The Hidden History of Crime, Corruption, and States*, Nueva York, Berghahn Publishers, 2013.
- CASTELLANOS-JANKIEWICZ, Léon, *Causation and International State Responsibility*, Working Paper SHARES 07, 2012.
- CRAWFORD, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2013.

¹³⁴ Véase Hipona, Agustín de, *De Civitate Dei*, Leipzig, Teubner, 1872 (original c. 413), libro IV, p. 4, 1: “Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?”

ANNE PETERS

EBERT, Franz Christian y SIJNIESKY, Romina I., “Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?”, en *Human Rights Law Review*, 2015.

GRIFFEY, BRIAN, “The Reasonableness Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the ICESCR”, en *Human Rights Law Review*, 11, 2011.

GUO, Xuezhi, “Controlling Corruption in the Party: China’s Central Discipline Inspection Commission”, en *The China Quarterly*, 219, 2014, consulta 1 abr 2016, disponibles en <http://thediplomat.com/tag/china-anti-corruption-campaign/> y <http://www.scmp.com/topics/xi-jinpings-anti-graft-campaign>

IVORY, Radha, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law*, Cambridge, CUP, 2014.

JIMÉNEZ, Henry, *De la bendición del petróleo, a la maldición de la corrupción*, CCD, Cuentas Claras Contra la Delincuencia Organizada, 14 de febrero de 2016, disponible en <http://www.cuentasclarasdigital.org/testimonial-view/27309/>

JOECKS, Wolfgang y MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2^a ed., Múnich, 2014.

KAUFMANN, Daniel y VINCENTE, Pedro C., “Legal Corruption”, en *Economics and Politics*, 23, 2011.

KLAVEREN, Jacob van, “Corruption as a Historical Phenomenon”, en HEIDENHEIMER, Arnold J. y JOHNSTON, Michael (eds.), *Political Corruption: Concepts and Contexts*, Nuevo Brunswick, Transaction Publishers, 2002.

KENNEDY, David, “The International Anti-Corruption Campaign”, *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999.

KOFELE-KALE, Ndiva, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, en *International Lawyer*, 34, 2000.

Corrupción y derechos humanos

KUMAR, C. Raj, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, Oxford, OUP, 2011.

LANDMAN, Todd y WILLEM SCHUDEL, Carl Jan, *Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice*, Working Paper, International Council on Human Rights Policy: Génova 2007.

LAPPER, Richard, “1.3. Understanding Corruption in Education as a Human Rights Issue”, en Sweeney, Gareth; Despota, Krina y Lindner, Samira (eds.), *Global Corruption Report: Education. Transparency International*, Londres-Nueva York, Routledge, 2013.

LLAMZON, Aloysius P., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, OUP, 2014.

NADAKAVUKAREN SCHEFER, Krista, “Causation in the Corruption – Human Rights Relationship”, en *Rechtswissenschaft*, 1, 2010.

OLANIYAN, Kolale, *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford, Hart, 2014.

PEARSON, Zoe, “An International Human Rights Approach to Corruption”, en LARMOUR, Peter y WOLANIN, Nick (eds.), *Corruption and Anti-Corruption*, Canberra, Asia Pacific Press, 2001.

PELLET, Alain, “‘Human Rightism’ and International Law”, en *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2003.

PETERS, Anne, *Jenseits der Menschenrechte*, Tubinga, Mohr, 2014.

PIETH, Mark, “Chapter 2: A Very Short Introduction to Corruption”, en HEIMANN, Fritz y PIETH, Mark, *Confronting Corruption*, Nueva York-Oxford, OUP, 2016.

PIETH, Mark, “Strafzweck: Warum bestrafen wir Auslandsbestechung?”, en HOVEN, Elisa y KUBICIEL, Michael (eds.), *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

PLAKOKEFALOS, Ilias, “Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity”, en *European Journal of International Law*, 26, 2015.

ANNE PETERS

- POSNER, Eric, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford, OUP, 2014.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan, “Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectics of a Relationship”, en *Connecticut Journal of International Law*, 14, 1999.
- ROSE, Cecily, *International Anti-corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2015.
- , “The FIFA Corruption Scandal from the Perspective of Public International Law”, en *ASIL Insights*, 19 (23), 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, “Introduction: The Role of International Actors in Fighting Corruption”, en ROSE-ACKERMAN, Susan y CARRINGTON, Paul (eds.), *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?*, Durham, Carolina Academic Press, 2013.
- SAUL, Ben; KINLEY, David y MOWBRAY, Jacqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, OUP, 2014.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2003.
- SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena y BACIO TERRACINO, Julio, “Corruption and Human Rights: Making the Connection”, en Boersma, Martine y Nelen, Hans (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Amberes, Intersentia, 2010.
- TABLANTE, Carlos y TARRE, Marcos, *El gran saqueo*, La Hoja del Norte, 2015.
- WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric y CLOOTS, Ann Sofie, “The International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges”, en *Melbourne Journal of International Law*, 14, 2013.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

*Flávia Piovesan, Anna Dias Rodrigues
Eduardo Alonso Olmos, Laura Fernandes
de Lima Lira y Tatiana Mesquita Nunes*

El objetivo de este estudio es contribuir a la cultura de prevención y combate de la corrupción bajo el enfoque jurídico, con énfasis en la perspectiva de los derechos humanos. Como señala la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la educación contra la corrupción es un instrumento relevante para la transformación y el cambio cultural, capaz de difundir los males de la corrupción, su grave impacto en el ejercicio de los derechos humanos, así como la relevancia del respeto a los bienes e intereses públicos para el desarrollo sostenible, fortaleciendo el régimen democrático y la protección de los derechos humanos. De acuerdo con el informe de la ONU de junio de 2017:

Poniendo de relieve que la educación en materia de derechos humanos y las campañas y otras medidas de sensibilización son importantes elementos facilitadores de la prevención y la lucha contra la corrupción [...] Reconoce que las consecuencias negativas de la corrupción en los derechos humanos y el desarrollo sostenible pueden afrontarse y prevenirse mediante la educación contra la corrupción, [...]¹

¹ ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 20 de junio de 2017,

Así, la nueva conciencia debe partir de la premisa básica de que la corrupción constituye una seria violación a los derechos humanos, causante de diversos daños políticos, económicos y sociales, según lo expuesto reiteradamente por diversas instituciones internacionales.

Las propias políticas sociales dirigidas a la protección de los derechos humanos, incluso las relacionadas con la generación de empleo y la tributación de empresas, se vuelven ineficaces si se derivan de actos de corrupción y acaban violando derechos humanos contrariamente a su supuesto alcance. El ministro de Relaciones Exteriores de Dinamarca, el país menos corrupto del mundo según el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, Villy Søvndal, afirma que “aceptar que la corrupción es un mal necesario es condenar a la sociedad a la pobreza”.²

En concreto, Brasil experimentó amargos hallazgos de gravísimos actos de corrupción en relaciones opacas entre empresas y Estado, como las llamadas “Operación Mensalão” y “Operación Lava Jato”, las cuales alcanzaron el núcleo del régimen democrático (compra de apoyo político y proyecto inconstitucional por el poder). Sin embargo, lo más preocupante es que una gran parte de la población brasileña no establece un vínculo entre tales actos y la gravísima violación de los derechos humanos. Tampoco se perciben los graves efectos en la economía y en la prestación de servicios públicos, afectando a los más pobres y vulnerables, como bien lo menciona el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos:

La corrupción viola los derechos humanos de aquellos a quienes perjudica y tiene un impacto desproporcionado sobre las personas que pertenecen a grupos vulnerables (tales como las minorías, los pueblos indígenas, trabajadores inmigrantes, personas con discapacidad, personas con VIH/ SIDA, refugiados, prisioneros y personas

A/HRC/35/L.34.

² Langer, A., “La corrupción condena a vivir en pobreza”, en *El Economista*, mayo 2013, trad. libre, consulta 8 dic 2014, disponible en <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/05/08/corrupcion-condena-vivir-pobreza>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

pobres). También afecta, en forma desproporcionada a las mujeres y a los niños.³

Por otro lado, cabe destacar el hecho de que nunca en la historia de Brasil hubo tantos acuerdos de lenidad⁴ o cooperación efectiva (*acordos de leniência*), delaciones premiadas, así como procesos penales, civiles y administrativos involucrando a políticos de alto rango, grandes empresas y sus empresarios, como en los últimos tiempos, generando incluso la anulación de mandatos políticos, detenciones y la recuperación de miles de millones de reales (moneda brasileña) de la corrupción.⁵ Esto fue el producto del trabajo conjunto de varias instituciones brasileñas, como la *Advocacia-Geral da União*,⁶ la Policía Federal, el Poder

³ CIPDH, La corrupción y los derechos humanos: estableciendo el vínculo, p. 9, consulta 13 oct 2017, disponible en http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf. 2009

⁴ **N. de trad.** El concepto original en portugués “*Acordos de Leniência*” puede ser traducido como “acuerdos de lenidad”, de ‘cooperación efectiva’ o ‘de clemencia’. En adelante en este texto el término usado será “acuerdos de lenidad”.

⁵ “Solo en Curitiba, donde Lava Jato es conducido por el juez federal Sergio Moro, se decretaron 94 prisiones preventivas y 74 temporales desde el inicio de las investigaciones en 2014. [...] En poco más de tres años de la Operación Lava Jato, 27 implicados permanecen encarcelados por orden judicial y 116 ya han sido condenados, «con un total de 279 acusados». Reportaje de 6 jul 2017, disponible en <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-tem-116-condenados-e-27-presos-emas-de-3-anos-de-operacao.ghtml> El valor objetivo de la recuperación a través de los convenios firmados con la Fiscalía Federal en el marco de la operación Lava Jato asciende a 10 397 611 323.99 R\$, disponible en <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-completa-tres-anos-com-mais-de-180-pedidos-de-cooperacao-internacional> Con respecto a las empresas y personas involucradas en la Operación Lava Jato, la Oficina del Fiscal General acusa en los tribunales alrededor de 40 mil millones de reales en seis acciones de improbadidad administrativa, consulta 10 oct 2017, disponible en http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_contento/540592

⁶ **N. de trad.** Por las funciones y naturaleza que el art. 131 de la Constitución de Brasil confiere a la “*Advocacia-Geral da União*”, el término más apropiado en español para referirse a esta institución es el de “Procuraduría General del Estado”. Sin embargo, se debe tener cuidado en no confundir con el término en portugués “*Procuraduría General da República*” que sue-

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

Judicial Federal, el Ministerio Público Federal, el Servicio Federal de Ingresos, el Consejo Administrativo de Defensa Económica, la Contraloría General de la Unión y el Tribunal de Cuentas de la Unión.

Las compañías y los agentes públicos y privados involucrados estuvieron expuestos en varios medios de comunicación, por lo que se vieron obligados a devolver cantidades considerables de dinero y muchos fueron encarcelados. Esas medidas han influido en la sensación previa de impunidad y harán que los agentes corruptos tengan más temor a cometer actos de corrupción. Estamos, sin embargo, en el inicio de un proceso de cambio de comportamiento social, empresarial y político, orientado a que todos asuman el deber de proteger los derechos humanos.

Así, aun con los notables avances, demostraremos la necesidad de perfeccionar el sistema de fiscalización de los fondos públicos en Brasil, principalmente a través de un mejor uso y acceso de Internet por parte de los sectores público y privado, de acuerdo con los principios de transparencia, *accountability*, la creación de bases de datos unificadas y canales de denuncia directos (*hotlines*), de fácil acceso, incluso para denuncias anónimas.

Finalmente, resaltaremos el papel clave de la recuperación de activos derivados de la corrupción como uno de los mecanismos de combate más efectivos, destinado a la descapitalización de las organizaciones delictivas, conforme al principio fundamental establecido en el artículo 51 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En este sentido, el entorno tecnológico es esencial para realizar análisis inteligentes e integrados de informaciones financieras, a través del acceso rápido y eficiente a bases de datos, reportes fiscales y de la banca, que aún requiere mejoras en Brasil.

le usarse para referirse al “Ministerio Público”, otra institución, con base en el art. 127 de la Constitución del Brasil. Para evitar confusiones entre estas dos instituciones y sus vocablos similares en español y portugués, a lo largo del texto se conserva el original portugués “*Advocacia-Geral da União*”.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

1. LA CORRUPCIÓN COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La relación entre corrupción y derechos humanos parece evidente. No obstante, en el derecho brasileño dicha relación todavía no es clara. Aunque hay razones para conocer que la corrupción afecta negativamente a los derechos humanos, son pocos los estudios que han tratado esta conexión tan relevante. La idea de que los bienes comprometidos con la corrupción van más allá del patrimonio público, afectando el patrimonio personal de los ciudadanos y el espectro de derechos tutelados por el Estado, causa profunda perplejidad.

Hannah Arendt ya afirmaba, en su ensayo “Verdade e Política”,⁷ que “[...] nadie dudó jamás que la verdad y la política no se llevan bien entre sí”. La idea de que la política no se da sin pequeñas malversaciones parece arraigada, permitiendo un salvoconducto a aquellos que personifican esta idea. Para ellos, la normalidad de la mentira termina subvirtiendo los valores, justificando actos que, en otros contextos, parecerían condenables. Allí se encuentra la semilla de la corrupción.

Y la corrupción no es meramente solicitar, recibir, ofrecer o prometer una ventaja indebida, como prescriben los artículos 317 y 333 del Código Penal Brasileño. No se trata de una mera transacción comercial en que un agente —corrupto— hace uso de su función pública para beneficio propio o de otro y un particular —corruptor— solicita una ventaja indebida. Se trata de subversión del interés público, vulnerando al mismo tiempo las tres valiosas Máximas Ulpianas: *honeste vivere, alterum non laedere e suum cuique tribuere*.⁸

De este modo, la corrupción implica el direccionamiento de los “finitos” recursos públicos hacia intereses particulares, en perjuicio de las necesidades colectivas. Los derechos sociales como educación, salud, saneamiento básico y vivienda se colocan en segundo plano, preponderando el interés particular de los

⁷ En Arendt, Hannah, *Entre o passado e o futuro*, 7^a ed, 2^a reimpr., São Paulo Perspectiva, 2014, p. 283.

⁸ Vivir honestamente, no ofender a nadie y dar a cada quien lo suyo.

funcionarios corruptos. Aquel que solicita, para sí, un porcentaje sobre el precio cobrado por la empresa privada en la ejecución de una obra o servicio público no está realmente obteniendo de la empresa los valores involucrados. El costo real será transferido al precio pactado, el cual, pagado por el Estado, implicará el desembolso de recursos públicos que podrían haber sido destinados a la atención de las “in finitas” necesidades sociales.

En este orden de ideas se constata claramente la relación entre corrupción y derechos humanos. La idea inherente a los derechos humanos de protegerlos, promoverlos y hacerlos efectivos,⁹ cuando se examina bajo la perspectiva del Estado, se ve gravemente afectada por el acto de corrupción. Esto porque, “[...] to the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money”.¹⁰ Y si los derechos cuestan dinero, la utilización de los “finitos” recursos públicos para fines particulares, distintos de la protección, promoción y efectividad de los derechos, implica su violación.

La relación entre corrupción y derechos humanos se presenta, pues, tan evidente, que su opacidad en el derecho brasileño solo se comprende por el temor de la relación de tales institutos y todas sus consecuencias. Las mismas no se limitan únicamente al redireccionamiento de los fondos públicos que deberían aplicarse en la efectividad de derechos sociales, sino que además, hay una grave afectación en la confianza social sobre las instituciones democráticas.

⁹ Véase A/RES/53/144 08/03/188, resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. “Artículo 2. 1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades”.

¹⁰ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton & Company, 1998, ed. para Kindle.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

La incredulidad en las instituciones se refleja también en el descrédito de las decisiones tomadas por el Estado. La legitimidad democrática está directamente afectada, perdiéndose la creencia de que las elecciones, aunque nefastas, eran necesarias. Guido Calabresi y Philip Bobbitt sostienen que “no podemos saber por qué el mundo sufre. Pero podemos saber cómo el mundo decide que el sufrimiento llegará a algunas personas y no a otras” (*we can not know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others*).¹¹ El sufrimiento de unos, sin embargo, no se explica tan fácilmente cuando tratamos de la corrupción.

1.1. Definición de corrupción y derechos humanos

Transparencia Internacional y el Banco Mundial definen la corrupción como el “abuso de poder delegado para la obtención de beneficios privados”.¹² El concepto puede ser aplicado tanto a los sectores público o privado, destacándose, en este último caso, la corrupción entre particulares, tipificada en diversos países, teniendo como principal bien jurídico protegido la competencia justa y leal entre empresas, una de las bases para el crecimiento económico de una nación.¹³

A pesar de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (UNCAC, por sus siglas en inglés) no contiene una definición de corrupción, los crímenes modelos descritos, para su incorporación por los países, guían en el ámbito internacional lo que puede ser comprendido como corrupción, así resumidos: (i) soborno de funcionarios públicos, nacionales y extranjeros, o del sector privado; (ii) malversación por funcionario público o privado; (iii) tráfico de influencias; (iv) abuso de

¹¹ *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, Nueva York, WW Norton & Company, 1978, p. 17.

¹² Abboud, Alexandra M., “Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción”, en *E. Jornal USA*, vol. 11, núm. 12, 2006, p. 1.

¹³ Brasil no criminalizó la corrupción entre particulares, hasta este momento, aunque la conducta puede ser enmarcada en otros tipos penales, como infracciones contra el orden económico.

funciones; (v) enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; (vi) lavado de recursos que provengan de delitos tipificados de acuerdo con la UNCAC; (vii) encubrimiento de los delitos tipificados de acuerdo con la UNCAC;¹⁴ y (viii) obstrucción de la justicia en cuanto a los delitos tipificados de acuerdo con la UNCAC.

En cuanto a la definición de los derechos humanos, el documento marco es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), proclamada en 1948, después de la Segunda Guerra Mundial, destacando su preámbulo y artículo 1:

El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias [...]

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Así, son derechos humanos los derechos básicos inherentes a todos los seres humanos, los cuales nacen libres e iguales en dignidad y derechos, atribuyéndose a los Estados y a las empresas obligaciones de protección de esos derechos. Su enunciado consta en diversos tratados internacionales, inspirando la definición de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales de cada país, razón por la cual guarda estrecha relación entre derechos humanos (óptica internacional) y derechos fundamentales (óptica nacional).¹⁵

La corrupción, por tanto, agrava la responsabilidad de los agentes públicos y empresariales involucrados, pues aquellos que deberían proteger los derechos humanos acaban siendo los que

¹⁴ El art. 23.2.a de UNCAC recomienda “la gama más amplia posible de delitos determinantes”. Sin embargo, se incluyó en este artículo, cuando se mencionan en corrupción, solamente los delitos previstos en la Convención, y no todos los delitos determinantes, como prácticas criminales, delitos fiscales, tráfico de drogas, etcétera.

¹⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 35-36.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

más los violan, generando un campo propicio para el aumento de las violaciones por otros agentes públicos y privados (efecto dominó o en cascada).

Los recursos monetarios que deberían destinarse para los sectores más sensibles de la sociedad, en protección a los necesitados, son desviados para personas con buenas condiciones económicas, motivadas por ambición y codicia. Bajo esta premisa, la corrupción podría ser representada por la figura del rico robando al pobre, con manifiesta alteración del estado de las cosas, modificación y desvío del contenido, originando la desvirtuación del hombre (según concepto de corrupción por Aristóteles – 384-324 a.C.)¹⁶ y la total inversión de valores.¹⁷

1.2. Derechos violados por medio de la corrupción

Cada vez más se afirma la idea de que la corrupción es una seria violación a los derechos humanos, debiendo ser prevenida y combatida bajo esa óptica. Son innumerables los textos académicos e institucionales sobre el tema, destacándose los informes de la Organización de las Naciones Unidas, de Transparencia Internacional, del Parlamento Europeo y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Para la Organización de las Naciones Unidas, la vinculación entre la corrupción y los derechos humanos es relativamente reciente, a través de la publicación de un documento de la Comisión de Derechos Humanos, de 14 de mayo de 2003,¹⁸ que des-

¹⁶ Olímpio Bento, Jorge, *Do Estado da Universidade: metida num sarcófago ou noleito de procrustes?*, consulta 13 oct 2017, disponible en <http://www.scielo.br/pdf/aval/v19n3/09.pdf>

¹⁷ En ese sentido, el presidente del Banco Mundial, Jim Yong Kim, dijo que la corrupción desvía recursos de los pobres a los ricos, aumenta el costo de administración de las empresas, desvía los gastos públicos y desalienta las inversiones extranjeras, consulta 10 oct 2017, disponible en <http://www.chequeado.com/ultimas-noticias/1715-carrio-qla-corrupcion-es-la-madre-de-la-pobrezaq.html>

¹⁸ Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Chile, *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicado en mayo de 2014, p. 26.

tacó estar “[...] profundamente preocupada por el hecho de que el fenómeno de la corrupción perjudica gravemente el disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos”.¹⁹

Sobre el tema, cabe subrayar la conferencia realizada en marzo de 2013, en Ginebra, en la que representantes de varios países confirmaron que la corrupción causa efectos negativos en la economía de un país y una seria violación a los derechos humanos, impidiendo el progreso del mismo, la erradicación de la pobreza y el hambre, y perjudicando la prestación de servicios básicos.²⁰ Con base en estas constataciones, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) modificó la resolución 23/9, de 20 de junio de 2013 (A/HRC/RES/23/9), solicitando al Comité Asesor la presentación de un informe de investigación sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos.

¹⁹ Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, documento de trabajo presentado por la señora Christy Mbonu de conformidad con la decisión 2002/106 de la Subcomisión, E/CN.4/ Sub.2/2003/18, 14 de mayo de 2003.

²⁰ “Durante el debate, todos los oradores hicieron hincapié en los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos, desde los efectos negativos de la corrupción en una amplia gama de derechos humanos hasta la importancia de los derechos humanos en el fortalecimiento de las actividades anticorrupción. Muchos reconocieron que la corrupción afectaba a todos los países y subrayaron la necesidad de combatirla en los planos nacional e internacional con un enfoque integral y una mayor cooperación. La corrupción generaba injusticia y obstaculizaba el ejercicio de los derechos humanos, la consecución del desarrollo y de los ODM, entre otras cosas, la erradicación de la pobreza y del hambre y la prestación de servicios básicos. También limitaba gravemente la capacidad de la administración pública para garantizar el disfrute de los derechos humanos. La lucha contra la corrupción era un aspecto importante para la garantía de los derechos humanos y se necesitaban esfuerzos concertados para combatir la corrupción y sus manifestaciones”. ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, mesa redonda celebrada en Ginebra el 13 de marzo de 2013, A/HRC/23/26.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Cumpliendo el cometido, el Comité Asesor elaboró el Informe final A/HRC/28/73, de 5 de enero de 2015, con base en las respuestas contenidas en un cuestionario realizado a 73 encuestados: 37 países, 16 instituciones de derechos humanos, 14 organizaciones no gubernamentales o de la sociedad civil y 6 organizaciones internacionales o regionales e instituciones académicas. En este informe final, entre otras cuestiones, se enumeró la amplia gama de derechos humanos que pueden ser violados por la corrupción, como los derechos a la vivienda, la salud, la alimentación, la educación y los servicios públicos adecuados, así como los principios de igualdad, no discriminación y debido proceso.²¹

Más recientemente, el 20 de junio de 2017, el CDH de la ONU insistió en esta línea, destacando la promoción de la educación contra la corrupción, el combate de la corrupción practicada por agentes privados, la rendición de cuentas y la recuperación de activos provenientes de la corrupción para proteger derechos humanos.²²

²¹ “18. Coincidén con esta opinión muchas de las respuestas al cuestionario de diferentes partes interesadas. Las respuestas ponen claramente de manifiesto que la corrupción tiene consecuencias negativas en el disfrute de los derechos humanos. Mencionan que la corrupción puede violar una amplia gama de estos derechos, como los derechos económicos y sociales, entre otros los derechos al trabajo, la alimentación, la vivienda, la salud, la educación y los servicios públicos; el derecho al desarrollo; el principio de no discriminación; y los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos a un juicio imparcial y a la participación pública. Este panorama general ilustra la tesis mencionada de que casi cualquier derecho humano puede verse afectado por la corrupción, como pone de relieve el ACNUDH en su respuesta.” ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos. 5 de enero de 2015, A/HRC/28/73.

²² Texto original: “El Estado debe ofrecer protección frente a todo efecto negativo para los derechos humanos derivado de los actos de corrupción en los que estén involucrados actores no estatales, incluido el sector privado, mediante mecanismos regulatorios y de investigación eficaces, a fin de que los responsables rindan cuentas, se recuperen los activos de origen ilícito derivados de los actos de corrupción y se brinde reparación a las víctimas”. ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y

Transparencia Internacional, en un informe de octubre de 2017, también reconoce que reducir la corrupción es una forma de promover los derechos humanos, al afirmar que *“reducir la corrupción es una condición clave para una sociedad justa y equitativa, y combatirla eficazmente fortalece las iniciativas de desarrollo, la promoción de derechos humanos y libertades y la erradicación de la pobreza”*.²³

De la misma manera, el Parlamento Europeo, en resolución aprobada el 13 de septiembre de 2017 (Corrupción y derechos humanos en terceros países), refuerza que la corrupción puede alcanzar todos los derechos humanos (citados arriba), y en uno de sus considerandos expone:

[...] las consecuencias económicas de la corrupción son nefastas, especialmente por lo que respecta a su impacto sobre el aumento de la pobreza y las desigualdades entre la población, la calidad de los servicios públicos, la seguridad, el acceso a una asistencia sanitaria completa y una educación de calidad, las infraestructuras, las oportunidades socioeconómicas de emancipación individual y económica, en particular el crecimiento económico, la creación de empleo y las oportunidades de empleo, así como en la medida en que desalienta el emprendimiento y provoca una pérdida de inversiones.²⁴

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también *“reafirma la importancia que tiene la lucha contra la corrupción para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial de los derechos económicos, sociales, culturales*

protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 20 de junio de 2017, A/HRC/35/L.34.

²³ Transparencia Internacional, *Las Personas y la Corrupción: América Latina y el Caribe*, 2017, p. 4, consulta 10 oct 2017, disponible en [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_americ\(latina_y_el_caribe](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_americ(latina_y_el_caribe)

²⁴ Parlamento Europeo, Resolución sobre corrupción y derechos humanos en terceros países, 2017/2028(INI)P8_TA-PROV(2017)0346, 13 septiembre 2017, consulta 8 oct 2017, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0346+0+DOC+PDF+V0//ES>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

y ambientales, cuya efectividad depende de políticas y presupuesto públicos".²⁵

En la doctrina, resaltan las enseñanzas de Caparrós sobre los graves daños de la corrupción en las áreas económica, política y social. En el ámbito económico, además de los fondos públicos indebidamente apropiados, se aumentan los gastos públicos de forma injustificada (p. ej., obras innecesarias, sobrefacturaciones, etc.), se propicia la competencia desleal y se perjudican las inversiones extranjeras. El efecto político negativo se refiere a la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, con el progresivo proceso de deslegitimación del Estado democrático de derecho. Bajo el prisma de los derechos humanos, se aumentan las desigualdades en detrimento de los más necesitados, destacándose el perjuicio en las inversiones en educación, salud y transporte.²⁶

Existen varias formas en que los derechos humanos llegan a ser violados por actos de corrupción. Por ejemplo, al corromper autoridades para no responsabilizar a una persona por un delito, se ofende el debido proceso legal y se provoca la impunidad, afectando el bien jurídico protegido por la norma, como la libertad, la integridad, la vida, entre otros. Ello significa que se afectan diversos derechos humanos simultáneamente.

Otro ejemplo es el desvío de fondos destinados a la educación y la salud, que desgraciadamente son los sectores más afectados por la corrupción, de modo que el servicio no es íntegro o es simplemente inexistente. Además, en la educación, la deficiencia en la instrucción escolar implica falta de trabajo calificado, de participación social y de voto consciente. En la salud, al margen de la falta de infraestructura para la prestación del servicio, se producen perjuicios financieros para costear el tratamiento de enfermedades no tratadas, inclusive llegando a la muerte de pacientes como consecuencia de una atención precaria. En definitiva, se afecta un derecho humano básico: la vida.

²⁵ CIDH, Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción, resolución 1/17, 12 de septiembre 2017, consulta 8 oct 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>

²⁶ Fabián Caparrós, Eduardo A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 27-35.

Navy Pillay, cuando se desempeñaba como alta comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, afirmó que la corrupción mata y mata por hambre, pues el costo de la corrupción mundial es 80 veces mayor de lo que sería necesario para alimentar a las personas que pasan hambre en el mundo.²⁷ Los costos de la corrupción, según las informaciones del Banco Mundial en 2017, corresponden a 1,5 trillones de dólares pagados todos los años en sobornos en el mundo, involucrando a países ricos y países en desarrollo.²⁸ Según el Parlamento Europeo, la corrupción tiene un costo para la Unión Europea de entre 179 y 990 billones de euros en términos de PIB por año.^{29, 30}

Según estadísticas de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), ya para el 2010 el costo promedio de la corrupción en Brasil se estimó entre 1.38% y 2.3% del PIB, es

²⁷ “[l]a corrupción mata. La cantidad de dinero robado cada año con la corrupción es 80 veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo. Al menos 870 millones de personas van a dormir con hambre todas las noches, muchas de ellas niños. La corrupción les niega el derecho a la comida y en algunos casos, el derecho a la vida”, consulta 10 oct 2017, disponible en https://impresa.prensa.com/panorama/corte-internacional-casos-gran-corrupcion_0_4636036486.html

²⁸ Banco Mundial, consulta 13 oct 2017, disponible en <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>

²⁹ Parlamento Europeo, The Cost of Non- Europe in the area of Organised Crime and Corruption, PE579.319, 2016, disponible en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU%282016%29579319_EN.pdf

³⁰ Transparencia Internacional constató que la crisis económica europea, incluido el déficit fiscal, tiene una estrecha relación con la corrupción en algunos países europeos, demostrando una seria violación a la economía mundial y, por consiguiente, al pleno ejercicio de los derechos humanos. También mostró que la corrupción de un país puede alcanzar otros aspectos fundamentales, pues con la globalización, la economía mundial está interrelacionada, de manera que los países dependen de los otros para sus propios crecimientos económicos, “The on-going financial crisis has brought into stark relief the price of complacency about corruption in Europe”, (trad. personal: “La crisis financiera en curso ha puesto de relieve el precio de la complacencia sobre la corrupción en Europa”), Transparencia International, *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*, 2012, p. 10, consulta 2 ene 2013, disponible en <http://www.transparency.org/enis/report>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

decir, en reales brasileños, de 50.8 billones a 84.5 billones (en reales de 2010).

Con base en dichas estadísticas se observó que con el costo mínimo de la corrupción en 2010, que equivale a 50.8 billones de reales, sería posible: (i) cubrir el costo anual de 24.5 millones de alumnos en los grados iniciales de la escuela primaria según los parámetros del Costo Alumno Calidad Inicial (CAQI, por sus siglas en portugués); (ii) equipar y proveer el material para 129 mil escuelas de las series iniciales de enseñanza fundamental con capacidad para 600 alumnos según el modelo CAQI; (iii) construir 57,6 mil escuelas para series iniciales de enseñanza fundamental según el modelo CAQI; (iv) comprar 160 millones de canastas básicas según el Departamento Intersindical de Estadística y Estudios Socioeconómicos (DIEESE); (v) pagar 209.9 millones de becas familiares en su valor máximo (Básico + 3 variables + 2 BVJ), y (vi) construir 918 mil casas populares según el programa Mi Casa Mi Vida II.³¹

1.3. Relevancia de la vinculación entre corrupción y derechos humanos

Al pretender combatir la corrupción bajo el enfoque de violación a los derechos humanos, se busca llamar la atención de los agentes públicos y de la sociedad sobre la gravedad del acto y así afrontar la corrupción con mas conciencia y rigor, como menciona el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (CIPDH):

[...]a identificación de los vínculos específicos entre la corrupción y los derechos humanos puede convencer a los actores claves (funcionarios públicos, parlamentarios, jueces, fiscales, abogados, empresarios, banqueros, contadores, los medios de comunicación y el público en general) para que encaren con mayor rigor la corrupción.³²

³¹ FIESP. *Índice de Percepção da Corrupção-2010. Questões para Discussões* DECOMTEC, área de competitividad, agosto 2011.

³² CIPDH, *La corrupción y los derechos humanos: estableciendo el vínculo*, 2009, consulta 10 oct 2017, disponible en http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

La concientización sobre la gravedad de la corrupción puede coadyuvar a enfrentarla con mayor rigor, bien sea mediante la revisión e interpretación de las normas, bien por la priorización de los actos necesarios para combatir la corrupción, o inclusive en el momento de hacer un escrutinio sobre los candidatos a cargos políticos antes de ejercer el derecho al voto.

Citamos un ejemplo: cuando se pide el acceso a los datos fiscales y bancarios en casos de corrupción, se debe aplicar el principio de proporcionalidad, teniendo de un lado de la balanza los diversos derechos humanos violados y de otro lado la vida privada del ciudadano, razón por la que prevalece el derecho al acceso a dichos datos confidenciales (ponderación de intereses).³³

Otro aspecto de fundamental relevancia es la prioridad en la asignación de recursos humanos y financieros en el combate contra la corrupción, reduciendo sobremanera la discrecionalidad del administrador a fin de cumplir las obligaciones internacionales de protección de derechos humanos, especialmente los artículos 1, y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conforme al cual, los Estados miembros se comprometen a usar “hasta el máximo de los recursos que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, [...] la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos [en el pacto]”.

En este sentido, en el informe final del CDH de la ONU sobre “El impacto negativo de la no repatriación de fondos de origen ilícito en el disfrute de los derechos humanos (traducción libre)”, de 7 de marzo de 2014 (A/HRC/25/52),³⁴ se destacó que la necesidad de recuperar los activos de la corrupción deriva de la obligación de los Estados de dedicar el “máximo de recursos disponibles” para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, concluyendo que el fracaso en el combate a

³³ Se pueden citar otros casos diversos, como la necesidad de bloquear rotundamente, sin escuchar a la parte contraria, los bienes del agente corrupto, únicamente demostrando indicios de práctica corrupta, dispensándose la comprobación de *periculum in mora* (intento de dilapidar los bienes).

³⁴ Transparencia Internacional, The negative impact of the non-repatriation of funds of illicit origin on the enjoyment of human rights, 7 de marzo de 2014, A/HRC/25/52, p. 8, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HR-Bodies/HRC/RegularSessions/Session25/Pages>ListReports.aspx>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

la corrupción acarrea el incumplimiento de sus obligaciones de protección de los derechos humanos.

1.4. Relación entre pobreza y corrupción

Como ya mencionamos, el Parlamento Europeo ha señalado en diversas oportunidades que la corrupción genera pobreza y, por consiguiente, combatirla es un mecanismo para reducirla.³⁵ Transparencia Internacional también afirma que “*reducir la corrupción es una condición clave para [...] la erradicación de la pobreza*”. En el mismo sentido, la ONU advirtió que *la corrupción generaba injusticia y obstaculizaba el ejercicio de los derechos humanos, la consecución del desarrollo y de los Objetivos del Milenio (ODM), entre otros temas, así como la erradicación de la pobreza*.

Hernán Charosky, consultor internacional en temas de transparencia y anticorrupción, afirmó que el índice de percepción de la corrupción (IPC) de Transparencia Internacional y el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de la ONU, denotan de manera clara la relación entre la corrupción y la pobreza.³⁶ De hecho, el IPC y el IDH de 2016 demuestran que los países menos corruptos tienen altos índices de IDH (índice que también analiza la pobreza del país), y los más corruptos tienen bajísimos índices de IDH (en muchos ni se ha podido medir el IDH debido a la ausencia de un régimen democrático).

³⁵ Extractos del informe: “Considera que la lucha contra la corrupción debe incluir un enfoque de colaboración entre el sector público y el sector privado, y advierte que de lo contrario se afianzarán la pobreza [...] Insta a que se refuerzen los compromisos internacionales para que hacer frente a la corrupción sea una parte central de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas como mecanismo para combatir la pobreza mundial [...] Considerando que las consecuencias económicas de la corrupción son nefastas, especialmente por lo que respecta a su impacto sobre el aumento de la pobreza y las desigualdades entre la población [...] la UE debe afrontar de forma urgente y directa varios asuntos en los que la corrupción desempeña una función clave, desde las violaciones de los derechos humanos hasta la pobreza, el hambre y la injusticia”.

³⁶ Consulta 13 oct 2017, disponible en <http://chequeado.com/ultimas-noticias/carrio-qla-corrupcion-es-la-madre-de-la-pobrezaq/>

Así, los países más corruptos son los más pobres, revelando la relación entre corrupción y pobreza.³⁷ El caso de Brasil confirma esta idea, pues ocupa exactamente la 79^a posición, tanto en el IPC 2016 como en el IDH 2016, revelando la fuerte relación entre corrupción y el insatisfactorio índice de desarrollo humano, incluyendo la pobreza.

De una u otra forma, es innegable la relación entre corrupción y pobreza. El estudio encomendado por la “US Agency for International Development” concluyó que la corrupción genera pobreza, ante los graves efectos económicos y de gobernanza, destacando una relación indirecta entre ellos, de modo que las ofensas a la economía y la gobernanza son intermediarios para la pobreza.³⁸

Dicho estudio demuestra que hay dos modelos para analizar la influencia de la corrupción en la pobreza del país: el primero es el modelo económico y el segundo es el modelo de gobernanza.

En el modelo económico, se verifica que la corrupción genera pobreza a través de daños a la economía, reduciendo la inversión económica, distorsionando mercados, impidiendo la competencia, creando ineficiencias (aumento de los costos de hacer negocios) y aumentando las desigualdades de renta.

En el modelo de gobernanza, la corrupción causa pobreza por medio de la desestabilización de la misión de gobernar, erosionando la capacidad institucional del gobierno de ofrecer servicios públicos de calidad, desviando la inversión pública de las reales necesidades públicas (por la práctica de sobornos en esas áreas afectadas), reduciendo el cumplimiento de normas de seguridad y de salud, así como aumentando las presiones presupuestarias.

Cualquiera que sea el modelo propuesto, lo cierto es que la corrupción representa un innegable daño a la sociedad, violan-

³⁷ Lista de IDH, disponible en https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_%C3%8Dndice_de_Desenvolvimento_Humano Lista de IPC, disponible en https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Percep%C3%A7%C3%A3o_de_Corrup%C3%A7%C3%A3o

³⁸ US Agency for International Development, *Corruption and Poverty: A Review of Recent Literature*, 2003.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

do distintos derechos humanos y propiciando el aumento de la pobreza, en un círculo vicioso que solo la conciencia y medidas efectivas podrán finalizar.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Es innegable la existencia de una conflictividad social en relación con la corrupción, una vez reconocido su carácter lesivo a los derechos humanos y la urgencia de prevenir y reparar los daños causados por ella.³⁹ El protagonismo estatal en ese campo encuentra reconocimiento tanto en los sistemas global y regional de protección a los derechos humanos, como en cuanto al ordenamiento jurídico interno.

Tres son, por tanto, las obligaciones jurídicas asumidas por el Estado: el deber de respetar los derechos humanos, el deber de prevenir y obstaculizar la violación por terceros (por ejemplo, por entidades privadas) y el deber de implementar esos derechos por medio de políticas públicas legítimas y eficientes. Tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), (arts. 5 al 13), como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC, art. 3), llaman al Estado, actor clásico del derecho internacional, a responsabilizarse por la aplicación de medidas preventivas en la lucha contra la corrupción. Esto implica la participación de la sociedad reflejando los principios del Estado de derecho, la debida gestión de los asuntos y bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas (*accountability*).

Se hace así necesaria la aplicación de mecanismos y el fortalecimiento de organismos de prevención a la corrupción, como es el caso de la *Advocacia-Geral da União*, de la Contraloría General de la Unión (*Controladoria-Geral da União*) y de *Estraté-*

³⁹ Hutyra de Paula Lima, M. Madeleine, “Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”, en *Revista dos Tribunais. Coleção doutrinas essenciais*, vol. 3: Direitos Humanos. Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, Flávia Piovesan y Maria Garcia (coords.), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

gia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA, por sus siglas en portugués), creada en 2003, para discusiones y formulación de políticas públicas conjuntas, involucrando órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como del Ministerio Público de diferentes esferas.

De acuerdo con la Convención de Mérida, todavía es esencial que los Estados promuevan reformas en el sistema jurídico como un todo, a fin de *reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre miembros del poder judicial* (art. 11.1), además de *independencia necesaria para todos los órganos que actúan en la prevención y combate a la corrupción, sin ninguna influencia indebida* (art. 6.2).

Otro eje estratégico de prevención y combate a la corrupción por el Estado es la búsqueda de un perfeccionamiento de los mecanismos de control interno y externo, por medio, inclusive, de una participación más activa de la sociedad civil, de las organizaciones no gubernamentales y de las organizaciones comunitarias en general en el proceso de toma de decisiones gubernamentales.

Las normativas internacionales prevén, además, la necesidad de perfeccionamiento de la reglamentación interna y de la cooperación internacional en lo que se refiere a la recuperación de activos, al sector de inteligencia financiera de los Estados y a la lucha contra el lavado de dinero. De ahí surge la importancia del papel represivo ejercido por el Estado sobre los responsables de la corrupción, por medio de la responsabilización penal, civil, administrativa y política.

De manera innovadora, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU editó, en 2011, los “Principios referentes a Empresas y Derechos Humanos” (*Guiding principles on Business and Human Rights*),⁴⁰ que contiene 31 principios que incluyen, entre otros: (i) la responsabilidad del Estado de evitar abusos y violaciones a los derechos humanos por terceros, por medio de medidas de prevención, investigación, castigo y reparación de abusos perpe-

⁴⁰ Guiding principles on Business and Human Rights, consulta 8 oct 2017, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Guiding-PrinciplesBusinessHR_EN.pdf

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

trados en el marco de las actividades empresariales (principio 1), y (ii) el deber de los Estados de adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas con las que realiza transacciones financieras, así como por empresas de su propiedad, bajo su control o que reciban incentivos de él (principios 4 a 6).

2.1. Marco jurídico internacional

Si bien la corrupción es un problema que se encuentra presente en todo tipo de sociedades a lo largo de la historia,⁴¹ solo desde que se le ha visto como un obstáculo para el desarrollo local y global, es que se ha creado un marco jurídico internacional para establecer mecanismos de prevención, recuperación de activos, reparación del daño y sanción de los implicados.

La Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior (*Foreign Corrupt Practices Act* —FCPA—), promulgada en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos, fue una de las primeras normas con alcance internacional en tratar el tema. Los escándalos de corrupción en Estados Unidos, especialmente *Watergate*, impulsaron la discusión del combate a la corrupción⁴² en transacciones comerciales, de modo que el Congreso estadounidense prohibió el soborno transnacional.

El objetivo principal de la norma es evitar prácticas de corrupción, proteger inversionistas y garantizar condiciones de igualdad para empresas que actúen de acuerdo con sus dictámenes.⁴³ La FCPA tiene un enfoque basado, por un lado, en la pre-

⁴¹ Buchan, Bruce y Hill, Lisa, *An Intellectual History of Political Corruption*, Sussex, Palgrave Macmillan, 2014, p. 1.

⁴² Cloots, Ann Sofie; Ryngaert, Cedric y Wouters, Jan, *The Fight Against corruption in international law*, Bélgica, 2012, disponible en <https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/>
Consulta 5 oct 2017, disponible en working_papers/new_series/wp91-100/wp94-jwouters-cryngaertcloots.pdf

⁴³ Alves Méndez Vieira, Gabriela y Dias Varella, Marcelo, “A conexão entre os direitos humanos e a corrupção”, en *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, núm. 2, Brasilia, 2014, pp. 476-494.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

vención con la exigencia de *compliance*/medidas de integridad y, por otro lado, en el castigo, al considerar ciertas prácticas del comercio internacional como ilegales. Sin embargo, está limitada a las prácticas relacionadas a transacciones comerciales.

Con la observancia de las reglas contenidas en la FCPA, las empresas sometidas a esta sintieron una desventaja en las transacciones internacionales, de modo que hubo un esfuerzo de Estados Unidos en ampliar la aplicación de las previsiones contenidas por medio de una Convención Internacional. El primer resultado de ese esfuerzo fue la Convención sobre el Combate de la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada en 1997, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

La convención de la OCDE, a ejemplo de la FCPA, cubre, por ejemplo, solo la corrupción relacionada con las transacciones comerciales y, principalmente, la corrupción activa a través de la oferta, promesa o donación de cualquier ventaja pecuniaria indebida a un funcionario público extranjero.⁴⁴ Así, tanto la FCPA como la OCDE fueron pasos importantes, pero no suficientes para la lucha contra la corrupción, teniendo en cuenta que se limitaron solo a las transacciones comerciales y al aspecto activo de la conducta. No existían medidas frente a los agentes que recibían los valores indebidamente pagados.

Con un enfoque más amplio, la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en 1996 por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y aprobada en Brasil en 2002, tiene énfasis en medidas preventivas e incluyó el impacto de la corrupción más allá de las relaciones comerciales. Destaca el papel de las instituciones democráticas, considerando a la corrupción como un riesgo para la democracia,⁴⁵ y su preámbulo se refiere más de una vez a la necesidad de reforzar la democracia a través de la lucha contra la corrupción.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 476-494.

⁴⁵ Cloots, Ann Sofie; Ryngaert, Cedric y Wouters, Jan, *The Fight Against corruption in international law...*, cit.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Antes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de la OEA era el instrumento internacional más amplio en lo que se refiere a la corrupción,⁴⁶ pues además de prever el papel fundamental de los Estados y vincular la corrupción al debilitamiento de la democracia, también destaca el papel de las empresas y de la sociedad civil en la prevención de la corrupción.⁴⁷ No prevé, sin embargo, ningún tipo de mecanismo de monitoreo, lo que debilita su efectividad.⁴⁸

Solo con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas en 2003, pasó a existir un instrumento global para la lucha contra la corrupción. Se trata de un marco jurídico en los esfuerzos contra la corrupción, juntando, en una sola normativa, medidas preventivas, previsiones de criminalización, recuperación de activos y cooperación internacional.⁴⁹ Contiene también un capítulo propio dedicado a la corrupción en el sector privado (prevé el perfeccionamiento de las normas contables y de auditoría en el sector privado y sanciones civiles, administrativas y penales).

A diferencia de la convención de la OCDE, la convención de la ONU también se centra en la corrupción pasiva, es decir,

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Ramina, Larissa, “A convenção interamericana contra a corrupção. Uma Breve análise”, en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 6, 2009, consulta 6 oct 2017, disponible en revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/21/20

⁴⁸ En el aspecto regional existe también el Convenio del Consejo de Europa, adoptado en 1997, por el Consejo Europeo, y la Convención de la Unión Africana, adoptada en 2003. Se constata que la Unión Europea tiene varios instrumentos anticorrupción, pero son muy fragmentados, lo que disminuye la efectividad en el combate a las conductas. Sin embargo, en sus resoluciones se ha enfocado en la anticorrupción y la violación de derechos humanos, lo que puede ser verificado en la propuesta de resolución presentada en septiembre de 2017, donde relaciona directamente la corrupción a la violación de derechos humanos, véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0246+0+DOC+XML+V0//PT>

⁴⁹ Pimentel Filho, André, (*Uma*) *Teoria da Corrupção: Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos*, Lumen Juris 2015, p. 127.

también responsabiliza a aquellos que reciben los valores indebidos.⁵⁰ Además, trajo otro avance: la participación de los Estados, del sector privado y de la sociedad civil en el combate a la corrupción. Estos avances son significativos, al ampliar la responsabilidad por la corrupción, no limitándose a las relaciones comerciales y a los efectos de la corrupción en los mercados, enfocándose en la corrupción y sus efectos nocivos para la estabilidad política, en el papel de la ley, en los valores éticos y en la democracia.

2.2. Marco jurídico brasileño

En Brasil, la legislación ha tipificado ciertas conductas y las ha criminalizado a lo largo de décadas, pero sin ninguna sistematización. Hay un plexo de normas nacionales que buscan el combate a la corrupción, pero quien aplica el derecho no logra efectos prácticos con ellas. La timidez en la aplicación de las normas del sistema nacional de combate a la corrupción resulta en una regulación vacía, que simplemente atiende los llamamientos de la sociedad por castigos y normas.⁵¹ El marco jurídico nacional se muestra como verdadera “legislación simbólica”, redactada con el propósito de satisfacer los anhelos de la sociedad, pero es todavía confusa, compleja y demanda, para su cumplimiento, una buena comunicación interinstitucional y multidisciplinaria.

El primer marco en el combate a la corrupción es el decreto-ley 3.240 de 1941, que ya preveía algunas sanciones para aquellos que practicaran crímenes que resultasen en perjuicios para la Hacienda Pública. Esta norma disponía el secuestro de bienes de las personas responsables por crímenes que causan perjuicio al erario, en el ámbito penal. Exige, sin embargo, la capitulación como crimen, es decir, su tipificación.

Fue hasta una reforma a la ley 3.164/1957 que se contemplaron sanciones en el ámbito civil para actos practicados con

⁵⁰ Cloots, Ann Sofie; Ryngaert, Cedric y Wouters, Jan, *The Fight Against corruption in international law...*, cit.

⁵¹ Feitosa Almeida, Marcelo Eugênio y Fernández de Lima Lira, Laura, *Princípio da Retroatividade e Acordos de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo*, 2017, en imprenta.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

influencia o abuso de cargo o función pública, o de empleo en entidad autárquica. En 1958 se promulgó la ley 3.502/1958, que reguló el secuestro y la pérdida de bienes en caso de enriquecimiento ilícito, por influencia o abuso del cargo o función, aplicable independientemente de la responsabilidad criminal.⁵²

La Constitución Federal de 1988 dio un paso importante en el combate a los actos de corrupción, al incluir en su texto el principio de la moralidad como norte de la actuación de la Administración Pública (art. 37 CF/88). Hasta entonces, la no probidad administrativa era acto ilícito solo para agentes políticos, solo existiendo un castigo para los demás agentes públicos por enriquecimiento ilícito en el ejercicio del cargo.⁵³ En este sentido, la previsión constitucional fue fundamental para el combate a la corrupción, pues inauguró un sistema que busca una responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas o físicas infractoras.

La promulgación de la Ley de Improbidad Administrativa (ley 8.429/1992) es consecuencia de la previsión constitucional. La norma buscó un control de la probidad y la concreción del principio constitucional de la moralidad administrativa. Se considera un marco en el sistema de combate a la corrupción nacional, pues no solo protege la moralidad, sino que otros actos pasaron a ser considerados ilícitos (actos que importan en enriquecimiento ilícito, actos que causan perjuicio al erario y actos que atentan contra los principios de la Administración Pública).

La ley 8.666/93 (Ley de Licitaciones y Contratos), que contiene las normas generales de las licitaciones y contrataciones públicas, también tiene procedimientos dirigidos a evitar conductas ilícitas en la elección y ejecución de contratos con la Administración Pública. Hay previsión de crímenes para las conductas que manchan la competencia o que propicien beneficios indebidos a particulares y servidores durante la ejecución contractual.

En el centro de la lucha contra la corrupción, no solo las prácticas de actos por agentes públicos en el ejercicio de sus funcio-

⁵² Zanella di Pietro, María Sylvia, *Direito administrativo*, 25^a ed., São Paulo Atlas, 2012, p. 882.

⁵³ *Ibidem*, p. 880.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

nes son foco de reprobación. Hay una preocupación por lo que se hace con el dinero obtenido de las conductas ilícitas, así como con el empleo de un cargo público para enriquecimiento privado. Ante estas preocupaciones y los compromisos internacionales asumidos por Brasil, se editaron las Leyes de Lavado de Capitales y la Ley de Expediente Limpio.

La Ley de Lavado de Dinero (ley 9.613/1998) define como crímenes el “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores, y busca prevenir la utilización del sistema financiero para los ilícitos. La identificación de los medios que transforman bienes provenientes de prácticas criminales en recursos lícitos se inserta entre una de las principales medidas de represión a la corrupción. La enmienda introducida por la ley 12.683/2012 eliminó la lista de crímenes pasados y criminalizó el lavado, el ocultamiento de la fuente de fondos de cualquier crimen o contravención criminal, convirtiendo nuestra legislación en una norma de tercera generación, siguiendo los estándares internacionales.

Por su parte la Ley del Expediente Limpio (ley complementaria 135/2010) es considerada una respuesta al sistema electoral brasileño y un hito para la democracia, ya que hace inelegible durante ocho años al candidato que tiene el mandato revocado, que renuncia para evitar la cesación del cargo o que es condenado por decisión de un cuerpo colegiado.

Insertadas en el contexto crítico, de la necesidad de responsabilidad y transparencia por parte del Estado, se han editado las Leyes de Acceso a la Información (ley 12.527/2011), la Ley de Transparencia (ley complementaria 131, de 27 de mayo de 2009 y la Ley de Responsabilidad Fiscal (ley complementaria 101/2000).⁵⁴ La transparencia y el acceso a la información están previstos en la Constitución Federal de Brasil como derecho, asegurando a los ciudadanos el seguimiento de cómo se están empleando los fondos públicos y cuáles son las prioridades del Estado en su presupuesto, haciendo a la sociedad parte del proceso de combate a la corrupción.

⁵⁴ De Sanctis, Fausto Martin, “Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro”, GenJurídico, 2015, consulta 8 oct 2017, disponible en <http://genjuridico.com.br/2015/07/02/combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro/>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Paulatinamente, también se incluyeron en el ordenamiento jurídico brasileño las convenciones internacionales que exigen medidas de combate a la corrupción, como la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, promulgada por el decreto presidencial 3.678/2000; la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), promulgada por el decreto presidencial 4.410/2002; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC - Convención de Mérida), promulgada por el decreto presidencial 5.687/2006.

Este desarrollo culminó con la promulgación de la ley 12.846/2013, conocida como Ley Anticorrupción, o simplemente LAC. La LAC pasó a integrar el microsistema de combate a la corrupción en virtud de los enormes daños causados por conductas que atentan contra el patrimonio público y los principios de la Administración Pública, siendo más un instrumento de combate a conductas ímporas, ilícitas e inmorales. En el marco del artículo 5, fueron definidas conductas practicadas por personas jurídicas y nocivas a la Administración Pública nacional o extranjera. Tales conductas son susceptibles de castigo por medio de responsabilidad administrativa y/o responsabilidad judicial.

En la Ley de Improbidad Administrativa, la responsabilidad es subjetiva, con base en el dolo y culpa; mientras que en la LAC, la responsabilidad de personas jurídicas es objetiva, o sea, no requiere la investigación de la existencia de culpa de la persona jurídica infractora, bastando la comprobación de la práctica de un acto lesivo en su interés o beneficio.

La norma no solo busca desmantelar la práctica corrupta, sino crear una cultura de control de la corrupción en el ambiente interno de la persona jurídica. La lucha contra los actos de corrupción pasa a contar, a partir de la exigencia de un programa de *compliance* y de la posibilidad de acuerdo de clemencia con la colaboración del particular que se explica más adelante. Con esto, lo que se busca es que el Estado no sea más el único que investiga y persigue estándares éticos, sino también la persona jurídica incentivada por mecanismos de reducción de multas y sanciones.

2.3. Estudio de casos

A pesar de la relevancia del tema, la referencia a las violaciones de los derechos humanos como una consecuencia de los actos de corrupción es aún poco clara en la jurisprudencia internacional.

La referencia más cercana en la jurisprudencia internacional se la encuentra dentro del control de actos de autoridades públicas, donde puede subsumirse el combate a la corrupción, y donde la referencia más recurrente es el respeto a libertad de expresión y al derecho a información.⁵⁵

En el caso *Claude Reyes vs. Chile*, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que el Estado tiene el deber de transparencia activa y pasiva, siendo responsable tanto de la publicidad de las acciones gubernamentales como de la garantía de acceso a la información por parte de los ciudadanos.⁵⁶ En esa oportunidad, se resaltó la importancia de la probidad, la responsabilidad en la gestión pública y el respeto a la libertad de expresión y de prensa, como elementos fundamentales para el ejercicio de la democracia.⁵⁷

⁵⁵ En este sentido, se refieren los siguientes casos sometidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Guja vs. Moldavia* (1 4277/04); *Cumpana e Mazaré vs. Rumania* (33348/96); *Stoll vs. Suiza* (69698/01); *Sisojeva vs. Letonia* (60654/00).

⁵⁶ Rojas, Nash Claudio; Aguiló Bascunan, Pedro y Bascur Campos, María Luisa, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 30, 31.

⁵⁷ Véase: “79. La Carta Democrática Interamericana destaca en su artículo 4 la importancia de «la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa» como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Asimismo, en su artículo 6 la Carta afirma que «[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [...] es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia», por lo que invita a los Estados parte a «[promover y fomentar diversas formas de participación [ciudadana]]», en: Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, consulta 12 oct 2017, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Se destacan, además, las medidas de reparación impuestas en el caso *Marcel Reyes y otros vs. Chile*, relativas a la obligación del Estado de adoptar, entre otras, medidas legislativas y administrativas para el cumplimiento del derecho a la información, así como las medidas de reparación impuestas en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, que legitiman el enjuiciamiento penal como un instrumento para la protección de los derechos humanos afectados por actos de corrupción.⁵⁸

Se destacan también las medidas impuestas en el caso *Luna López vs. Honduras*, relacionadas con la necesidad de desarrollo en un plazo razonable, de políticas públicas dirigidas a la efectiva protección de denunciantes, así como de los defensores de los derechos humanos y ambientales.⁵⁹ El caso *Fleury y otros vs. Haití*, por su parte, contiene referencias a la obligación del Estado de establecer procedimientos efectivos de control interno de la policía, a fin de garantizar la rendición de cuentas por los órganos policiales, así como la remoción de agentes involucrados en actos de corrupción.⁶⁰

Además, hay referencias en la jurisprudencia de la CIDH —caso *Sarayaku vs. Ecuador*— al deber del Estado y de los agentes privados de actuar de conformidad con el principio de buena fe, es decir, de forma transparente y no corrupta, en los proyectos que puedan impactar la vida de los pueblos indígenas.⁶¹ Es importante mencionar, además, el juicio del caso “*Campo Algodonero*” vs. México, en el que la Corte explicitó la obligación del Estado de combatir la impunidad como forma de evitar la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos.^{62, 63}

⁵⁸ Rojas, Nash Claudio; Aguiló Bascunan, Pedro y Bascur Campos, María Luisa, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, cit., pp. 93-95.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 95-96.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 98-99.

⁶¹ *Ibidem*, p. 99.

⁶² *Ibidem*, pp. 96-97.

⁶³ Véase: “454. La Corte considera que el Estado está obligado a combatir dicha situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que esta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos. La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una violación a los derechos humanos.”

La cuestión de la impunidad emerge, inclusive, como un punto central de la contribución de la jurisprudencia de la CIDH a la lucha contra la corrupción cuando se analizan los casos en que Brasil fue demandado. Aunque no hay ninguna referencia a la corrupción en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, la imposición del deber de investigar, procesar y castigar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos detectadas en la región del Araguaia constituye una relevante lección para evitar la impunidad y garantizar la no repetición. Inclusive desde el punto de vista del sistema regional de protección de los derechos humanos, es importante recordar la publicación por la Comisión Interamericana, en diciembre de 2013, del Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas,⁶⁴ documento que apunta expresamente a la corrup-

tuye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones. [...] 460. El Tribunal considera que, como forma de combatir la impunidad, el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables”, en Corte IDH. *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia 16 noviembre 2009. Serie C, núm. 203, consulta 12 oct 2017, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

⁶⁴ “La corrupción aumenta las desigualdades reales entre los reclusos, acentuando la vulnerabilidad de los más débiles y provocando un desbalance en la distribución de los escasos recursos con que cuentan las cárceles. 187. Por lo tanto, la Comisión Interamericana considera que existe un estrecho vínculo entre la lucha contra la corrupción y el respeto y garantía de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción —que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y que a la fecha ha sido ratificada por 27 Estados miembros de la OEA— refleja en su preámbulo entre otras cosas, «la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley». 188. Los cuadros de corrupción en centros de privación de la libertad han sido ampliamente documentados, tanto por la Comisión Interamericana, como

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

ción como uno de los grandes desafíos para los sistemas penitenciarios del continente.

Con relación a Brasil, hubo un importante avance en los últimos años con las delaciones premiadas y acuerdos de lenidad o cooperación eficaz con personas jurídicas y físicas que confesaron crímenes, presentaron pruebas de otros crímenes y sospechosos, o se comprometieron a pagar multas y resarcir parte del erario nacional, a cambio de reducciones o exenciones de sanciones civiles y penales. Sin esos acuerdos, seguramente no se descubrirían tantos crímenes, ni se recuperarían tantos bienes para las entidades públicas perjudicadas. El hito que ordinariamente se presenta es la “Operación Lava Jato”.

A pesar del notable avance, todavía hay un punto fundamental a ser perfeccionado: la relación entre empresas y el poder público, así como el resarcimiento integral al erario por los daños causados y la restitución del enriquecimiento ilícito obtenido a partir de contrataciones públicas por todos los implicados.

El crimen no puede ser rentable. Los agentes corruptos analizan la relación entre costos por la práctica de la corrupción, los beneficios financieros, así como la probabilidad de eventual prisión y devolución de las ganancias ilícitas, como se desprende de las enseñanzas de Gary Becker, ganador del Nobel de Economía y autor de *Crime and punishment: an economic approach*.⁶⁵ Si en esa

por mecanismos de Naciones Unidas cuyo mandato incluye visitas de monitoreo a centros penitenciarios.¹⁸⁹ Estos casos, y otros citados en este informe, no solo revelan un patrón de corrupción generalizado e institucionalmente arraigado en toda la región que desnaturaliza por completo la función de un centro penitenciario, sino que además representa un cuadro de falta de control efectivo de las prisiones por parte del Estado, lo que, como se ha visto *supra* implica una amenaza real a los derechos fundamentales de los detenidos. [...] ¹⁹¹ La corrupción en el ámbito penitenciario es siempre un obstáculo para el cumplimiento de los fines esenciales de las penas privativas de libertad. Particularmente cuando afecta aquellos mecanismos diseñados para promover la rehabilitación y la reinserción social de las personas privadas de libertad”, en Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, consulta 12 oct 2017, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/ppl2011esp.pdf>

⁶⁵ “El enfoque adoptado aquí sigue el análisis económico de la elección y supone que una persona comete un delito si la utilidad esperada excede la

relación costo-beneficio la probabilidad de prisión es baja y la de lucro es alta, el crimen es rentable. Más que eso, según Jania Perla de Aquino, a partir de investigaciones de doctorado en la USP sobre grandes robos, afirmó en una entrevista que el “pánico de los asaltantes de bancos no es ser arrestado, sino quedarse pobre”.⁶⁶

Por eso, en el ámbito de la Operación Lava Jato, todavía hay mucho que hacer en la recuperación de bienes en favor de la administración pública. En caso contrario, posibles agentes corruptos pueden contar con una delación premiada para no ser apresados, o ser arrestados por poco tiempo, mantener parte de las ganancias ilícitas y hasta pactar con la Administración Pública, en cuyo caso el crimen será rentable.

Actualmente, muchas personas naturales colaboradoras todavía llevan una “vida de lujo”, como está comprobado en diversos reportajes periodísticos,⁶⁷ revelando indicios de que no hubo la restitución integral por el enriquecimiento ilícito resultante de los crímenes cometidos. De la misma forma, las personas jurídicas colaboradoras, aunque fuertemente afectadas financieramente con la revelación de sus implicaciones en actos de corrupción, no resarcieron al erario todos los daños y ganancias obtenidas, lo que es fundamental para mantener relaciones con el Estado, uno de los pilares de la mencionada *self cleaning*, conforme se detalla mejor en el apartado “Mecanismos empresariales”, evitándose que entidades públicas paguen dinero público a sus deudores que no quieren honrar sus deudas.⁶⁸

utilidad que podría obtener mediante el uso de su tiempo y otros recursos en otras actividades. Por lo tanto, algunas personas se convierten en «*criminales*» no porque su motivación básica difiera de la de otras personas, sino porque sus beneficios y costos son diferentes.” Becker, Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, consulta 12 oct 2017, disponible en <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>

⁶⁶ Entrevista, consulta 12 oct 2017, disponible en <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT89102-15223,00.html>

⁶⁷ Disponible en <https://oglobo.globo.com/brasil/a-vida-de-luxo-dos-investigados-no-escandalo-da-petrobras-15434557> Véase también <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/04/como-vivem-os-delatores-que-entregaram-esquema-de-corrupcao.html>

⁶⁸ Para analizar el valor a ser resarcido, se debe realizar una estimación razonable, ante la dificultad de probar en concreto las ganancias ilícitas, corres-

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Es importante destacar, como ejemplo de castigo y protección de derechos humanos, un gran caso de corrupción en Brasil, referente al desvío de fondos públicos en la construcción del foro laboral de São Paulo entre 1992 y 1998, en un valor original de 169 millones de reales, que en valor actualizado, supera los mil millones de reales.

En este caso, la *Advocacia-Geral da União* y el Poder Judicial Federal, en acción de ejecución de la decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión, dispusieron la recaudación en favor de la Unión de aproximadamente 300 millones de reales, principalmente después de bloquear activos de personas interpuestas que alquilaban inmuebles al mismo Estado, lo que llegaba a ser una burla (el acreedor paga al deudor que no asume su deuda).⁶⁹ Esta actuación judicial, sin colaboración de los involucrados, fue la mayor recuperación de activos de la historia de Brasil, con excepción de los acuerdos de lenidad en la Operación Lava Jato, y fue citada como buena práctica por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, en un informe divulgado en marzo de 2011.⁷⁰

Las personas físicas involucradas en ese caso, incluso un exsenador de la República y el expresidente del Tribunal Re-

pondiendo a los involucrados comprobar que tal estimación no corresponde a la realidad. Se debe tener en cuenta aun la preservación de empleos, la capacidad de pagar de la empresa y su viabilidad económica para mantenerse en actividad.

⁶⁹ Véase <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/agu-atua-ccedil-tilde-o-ostensiva-da-agu-no-combate-agrave-corrup-ccedil-tilde-o-penorou-mais-de-1-250-im-oacute-veis-do-grupo-ok>. Además, en otras dos acciones de improbadidad, en actuación conjunta con el Ministerio Público Federal, se obtuvo la condena de los involucrados en hasta tres veces el valor del incremento patrimonial y daños morales colectivos, además de los daños materiales causados, la prohibición de las empresas de mantener relaciones con el poder público, con bloqueo de diversos inmuebles, incluso parte de un centro comercial en Brasilia. Véase <https://www.conjur.com.br/2013-nov-05/trf-mantem-condenacao-ex-juiz-nicolau-santos-neto-luiz-estevao>

⁷⁰ Disponible en <http://www.sinprofaz.org.br/2014/artigos/da-incerteza-a-realidade-a-advocacia-geral-da-uniao-como-protagonista-no-combate-a-corrupcao-e-na-defesa-da-qres-publicaqa/pagina-3>.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

gional del Trabajo, también fueron condenadas en el ámbito penal a un total de 31⁷¹ y 42 años de prisión, respectivamente.⁷²

Este es un ejemplo de éxito de la lucha contra la corrupción que ha permitido el retorno de una cuantía considerable de recursos a las arcas de la Unión (Gobierno Federal), y todavía hay procesos en marcha para recuperar mucho más, proporcionando efectiva promoción de derechos humanos.

A partir de ese caso se prueba que, sin el acuerdo de lenidad o la delación premiada, los agentes corruptos pueden ser severamente castigados en Brasil. Sin embargo, estos acuerdos pueden ser instrumentos muy relevantes para la Administración Pública, con la obtención de más pruebas de crímenes y el retorno más rápido de las cantidades, así como a los agentes implicados, con reducciones de sanciones penales y civiles (mediante acuerdo con el Ministerio Público Federal), o de sanciones administrativas y civiles (mediante acuerdos con la *Advocacia-Geral da União* y la Contraloría General de la Unión). De todos modos, la lección del caso Grupo OK es que, para que las empresas mantengan relaciones con el Estado y el crimen no sea rentable, estas deben autolimpiarse (*self cleaning*), para atender el interés público.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LA PREVENCIÓN Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

3.1. Fiscalizar los propios actos

El doble carácter de la corrupción a menudo no se observa cuando se estudia el problema. El que corrompe no tiene su conducta tan socialmente reprobada como aquel que es corrompido, justificándose en la noción de que, siendo la corrupción la regla de la

⁷¹ Consulta 13 oct 2017, disponible en <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-mantem-luiz-estevao-na-cadeia/>

⁷² Consulta 13 oct 2017, disponible en <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/ex-juiz-nicolau-dos-santos-neto-deixa-a-prisao-91jujq97mwo-kpq234v2gpv1ou>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

actuación política, no hay como exigir al agente privado conducta diferente.⁷³

Aunque los escándalos de corrupción han sido recientemente incorporados al día a día de la sociedad brasileña, el conocimiento acerca de la existencia de corrupción endémica en el aparato burocrático estatal está presente desde hace algún tiempo. En el medio empresarial, pasó a ser parte del sentido común la idea de que, al ser contratado por el Estado, se debería tener en cuenta la necesidad del pago de “propina”. Las empresas, colocándose en la perspectiva de víctimas del sistema, apenas se consideraban como jugadoras del juego existente. Nada más equivocado que esto.

Las empresas son —y deben ser— importantes actores en la prevención y el combate de la corrupción. En el caso de empresas multinacionales, la obligación adquiere carácter doble, ya que no solo deben garantizar la inexistencia de corrupción en su propia actuación, sino también servir de fiscales en relación con sus proveedores y demás eslabones de la cadena productiva. Su relación entrelazada con el Estado —notoria en el caso de Brasil— les permite una posición destacada en la política económica y, existiendo una mayor posibilidad de actos de corrupción.⁷⁴ Su actuación, por tanto, debe ser en el sentido de fiscalizar los actos propios, así como presentarse como actor social de prevención y combate de prácticas corruptas en su espectro de acción.

3.1.1. Empresas y derechos humanos

La Organización de las Naciones Unidas presentó, en 2011, los 31 Principios Orientadores sobre Empresas y Derechos Humanos. Se trata de un instrumento lanzado debido al reconocimien-

⁷³ No es por casualidad que hacemos alusión al concepto penalista de inexigibilidad de conducta diversa. En el ámbito penal, se trata esta de excluyente supralegal de culpabilidad. En el caso de corrupción, parece traducirse, de forma similar, como especie de excluyente moral de culpabilidad.

⁷⁴ Sobre el tema, véase Lazzarini, Sérgio G., *Capitalismo de Laços-Os Donos do Brasil e suas Conexões*, Río de Janeiro, Elsevier, 2011.

to de la importancia de las empresas para prevenir y combatir las violaciones a los derechos humanos, respaldado por los ejes: proteger, respetar y reparar. En la misma línea, el Pacto Mundial de Naciones Unidas (*UN Global Compact*) apuesta por 10 principios fundamentales para la sostenibilidad corporativa, destacándose los siguientes:

Derechos humanos: Principio 1, Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente; principio 2, asegurarse de que no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos.

Anticorrupción: Principio 10, Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) presentó, a su vez, directrices dirigidas a las empresas multinacionales y a su papel en relación con los derechos humanos, entre las cuales destacamos las relacionadas a las medidas anticorrupción:⁷⁵

Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Las empresas deberán, asimismo, rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión. Concretamente, las empresas:

⁷⁵ En el mismo sentido, “el gobierno de EE. UU. alienta a las empresas a tratar herramientas como las Directrices de la OCDE y los Principios Rectores de las Naciones Unidas como un piso en lugar de un techo para implementar prácticas comerciales responsables, y para reconocer que la implementación de RBC debe ser un proceso continuo. El gobierno de EE. UU. respalda los esfuerzos de la compañía para informar voluntariamente sobre los impactos en los derechos humanos, las medidas contra la trata, la transparencia y los esfuerzos anticorrupción, y otros aspectos relacionados de sus operaciones globales, incluidas las oportunidades y los desafíos que enfrentan. Dado el mayor riesgo de impactos graves en los derechos humanos en las zonas afectadas por conflictos, el gobierno de EE. UU. alienta especialmente la debida diligencia corporativa y la presentación de informes en tales circunstancias”, disponible en https://18798-presscdn.pagely.netdna-ssl.com/compliance_enforcement/wp-content/uploads/sites/3828/2017/01/US-NAP.pdf

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

1. No deberán ofrecer, prometer o conceder ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo a funcionarios públicos o a empleados de sus socios comerciales. Tampoco deberán solicitar, recibir o aceptar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, de funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales. Las empresas no deberán recurrir a terceros tales como agentes u otros intermediarios, consultores, representantes, distribuidores, consorcios, contratantes y proveedores o asociados de las empresas para hacer llegar ventajas indebidas, pecuniarias o de otro tipo, a los funcionarios públicos o empleados de sus socios comerciales o a familiares o asociados de los mismos.
2. Deberán elaborar y adoptar mecanismos de control interno y programas o medidas de ética y cumplimiento de normas apropiados para prevenir y detectar actos de corrupción. Su elaboración deberá partir de una evaluación de riesgos que tenga en cuenta las circunstancias individuales de cada empresa, en particular los riesgos de corrupción a los que podrían tener que enfrentarse (por ejemplo, su localización geográfica o su sector de actividad). Dichos mecanismos de control interno y programas o medidas de ética y cumplimiento de normas deberían incluir un conjunto de procedimientos financieros y contables, concretamente un sistema de controles internos diseñado para asegurar razonablemente la conservación de libros, registros y cuentas fieles y exactas que permitan garantizar que no serán utilizados con fines de corrupción o de ocultación de actos de corrupción. Dichas circunstancias individuales y riesgos de corrupción deberían vigilarse regularmente y reevaluarse tanto como sea necesario para garantizar que los mecanismos de control interno y los programas o medidas de ética y cumplimiento de normas adoptados por la empresa están bien implementados y siguen siendo eficaces, y para reducir el riesgo de hacerse cómplice de actos de corrupción, soborno u otras formas de extorsión.
3. Deberán introducir en sus mecanismos de control interno y en sus programas o medidas de ética y cumplimiento disposiciones que prohíban o disuadan de recurrir a pequeños pagos de facilitación, que por lo general son ilegales en los países en los que se realizan y, si tales pagos existieran, contabilizarlos con precisión en los libros y estados financieros.
4. Teniendo en cuenta los riesgos particulares de corrupción a los que las empresas están expuestas, deberán ejercer una debida diligencia, adecuadamente certificada con relación a la contratación de

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

agentes y el control regular y apropiado de los mismos y asegurar que la remuneración de dichos agentes es correcta y que corresponde únicamente a servicios legítimos. En su caso, deberá establecerse una lista de agentes contratados en el marco de las transacciones con organismos públicos o empresas públicas y ponerla a disposición de las autoridades competentes de conformidad con las obligaciones aplicables en materia de comunicación de información a los ciudadanos.

5. Deberán mejorar la transparencia en sus actividades de lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión. Para ello podrán, por ejemplo, contraer compromisos públicos contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión, y comunicar información sobre los sistemas de gestión y sobre los mecanismos de control interno o los programas y medidas de ética y cumplimiento de normas que hayan adoptado para cumplir dichos compromisos. Las empresas deberán asimismo fomentar la apertura y el diálogo con los ciudadanos para sensibilizarlos en materia de lucha contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión y promover la cooperación en estas cuestiones.

6. Deberán informar a sus empleados sobre sus políticas y mecanismos de control interno, así como sobre sus programas o medidas de ética y cumplimiento de normas o sobre las medidas que tomen para luchar contra la corrupción, el soborno y otras formas de extorsión y promover el cumplimiento de dichas disposiciones por parte de los empleados, asegurando la adecuada difusión de dichas políticas, programas o medidas y elaborando programas de capacitación y procedimientos disciplinarios.

7. No deberán pagar contribuciones ilícitas a candidatos a cargos públicos ni a partidos políticos u otras organizaciones políticas. Las contribuciones políticas deberán respetar íntegramente los requisitos en materia de publicación de información a los ciudadanos y ser notificadas a la alta dirección.

La inclusión de las empresas en el itinerario de lucha contra la violación a los derechos humanos se relaciona, principalmente, con el reconocimiento de la importancia de las corporaciones –internacionales, en su mayoría– en un mundo globalizado. Un estudio reciente, publicado en octubre de 2016, informa que 69 de las 100 mayores entidades económicas del mundo son empre-

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

sas, no Estados.⁷⁶ Así, la responsabilidad social de las empresas, especialmente de las multinacionales, no puede ser ignorada en la defensa de los derechos humanos. Se alude, hoy, a la idea de sostenibilidad corporativa, valorizando no solo la actuación económica de la empresa, sino también su actuación social y ambiental.

El patrimonialismo brasileño, tan bien investigado por Raymundo Faoro en su célebre obra *Os donos do poder* y recientemente objeto de estudio por el ya mencionado Sérgio Lazzarini (*Capitalismo de laços*), refuerza los vínculos entre el Estado y empresas, reforzando, en consecuencia, la importancia de su participación en la protección, el respeto y la reparación de los derechos humanos. La relación entrelazada existente en Brasil impide que las acciones meramente promovidas por el Estado sean suficientes para resguardar los derechos de los ciudadanos.

La experiencia brasileña con los derechos humanos y las empresas, en especial en la lucha contra la corrupción, ha sido muy fuerte, destacándose los mecanismos que se describen a continuación.

3.1.2. Mecanismos empresariales

A partir de la evolución del concepto de empresa, hay una exigencia cada vez mayor del cumplimiento de su función social⁷⁷ y la existencia de mecanismos diversos de la coerción estatal es esencial para la efectividad de esa función, sin que se tergiverse la esencia de la empresa como actor privado que busca el beneficio económico.

Uno de los problemas enfrentados por la propia administración es que, a menudo, aplicar la penalidad a las empresas, obstaculiza contrataciones y la continuidad de contratos, generando un sacrificio de los intereses colectivos. En este escenario, se ha

⁷⁶ Disponible en <http://www.mercado.co.ao/business/multinacionais-geram-mais-dinheiro-que-economias-de-muitos-paises/>

⁷⁷ Frazão, Ana, *Responsabilidade Social Empresarial. Constituição, empresa e mercado*, Brasilia, Faculdade de Direito-UNB, 2017, pp. 200-223.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

sopesado la aplicación de la sanción o la exigencia de autosaneamiento (*self cleaning*) por parte de las empresas.

El *self cleaning* se relaciona con medidas de rehabilitación por parte de la persona jurídica en lugar de la aplicación de sanciones por parte del Estado. Son medidas que la persona jurídica puede adoptar para que ya no sea considerada corrupta.⁷⁸ Se requiere, así, un programa severo de modificación de las condiciones que generaron las infracciones, generando costos y cambio de cultura de la empresa, para que el crimen no sea rentable.

Se consideran medidas de *self cleaning*: (i) dimisión de las personas que hayan cometido los actos ilícitos (accionistas, ejecutivos y empleados que tengan relación con la práctica de actos delictivos); (ii) cambio de la dirección de la empresa; (iii) reparación de los daños generados por la conducta, por medio de una estimación razonable de resarcimiento al erario nacional establecida por la administración;⁷⁹ (iv) proporcionar todas las informaciones sobre los hechos y las circunstancias mediante una colaboración activa con las autoridades; (v) reorganización estructural y organizativa, como la implementación de inspecciones internas, de doble control.

Algunas medidas corrientemente se adoptan para alcanzar el *self cleaning*, destacando el *compliance*, los acuerdos de leniencia y los mecanismos de transparencia. Tales mecanismos crean estructuras e instrumentos en la empresa que pueden prevenir, detectar y sanar la práctica de actos lesivos contra la Administración Pública. Los instrumentos son generalmente establecidos

⁷⁸ Pereira, César y Wallbach Schwind, Rafael, *Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no Direito brasileiro anticorrupção*, consulta 10 oct 2017, disponible en http://www.justen.com.br/pdfs/IE102/IE102_Cesar_e_Rafael_Self-cleaning_e_reabilita%C3%A7%C3%A3o_de_empresas.pdf

⁷⁹ Si la empresa no está de acuerdo con el valor encontrado, le incumbe a ella probar que el valor no es correcto, por medio de publicación completa de sus ganancias, pagos y sistemas contables. La ausencia de resarcimiento al erario impide la conservación de la contratación, en los términos de lo establecido en la Directiva de la Unión Europea 2014/24; en los mecanismos adoptados por los Estados Unidos, disponible en <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

de modo autónomo por la empresa para alcanzar un interés público mayor, sin afectar la libre iniciativa y la autonomía privada. Derivan de la responsabilidad social⁸⁰ y de la propia exigencia de función social, pero pueden ser estimulados por medio de la legislación, a través de la reducción o la exención de penas.⁸¹

Entre los mecanismos empresariales se debe destacar el programa de integridad o *compliance*, como instrumento de prevención a actos lesivos contra la administración que puede ser establecido tanto de forma voluntaria por la empresa como por medio de la imposición. En Brasil, tal instrumento es necesario para firmar acuerdos de lenidad.

El *compliance* voluntario es certificado en Brasil por la ISO 37001 (Sistemas de Gestión Antisoborno), empresa acreditada por el Instituto Nacional de Metrología, Qualidade e Tecnología —“Inmetro”—, a fin de evitar la implementación de programas oportunistas.⁸² Sumándose a la certificación ISSO 37001, la LAC, regulada por el decreto 8.420/2015, es un normativo legal que establece criterios para los programas de integridad de empresas que practicaron actos lesivos a la administración nacional o extranjera y pretenden disminución de las sanciones.⁸³

⁸⁰ Para Ana Frazão, hay diferencia entre la responsabilidad social y la función social, siendo la responsabilidad social practicada de modo espontáneo mientras que la función social establece obligaciones para las empresas. Frazão, Ana, *op. cit.*, pp. 200-223.

⁸¹ Edinger, Carlos, “Programas de integridade anticorrupção autonomia e heteronomia”, en *Revista dos Tribunais*, núm. 977, 2017, São Paulo, Ed. RT, pp. 267-285.

⁸² La certificación ISO 37001 trata de modo educativo y directo, sobre los elementos que deben ser observados al crear un programa de integridad anticorrupción, así como versa sobre las estructuras y medidas esenciales de un programa y dirige a la empresa en la gestión de las políticas y procedimientos adoptados.

⁸³ Incumbe a la Contraloría General de la Unión (CGU) —organismo integrante del Ministerio de Transparencia y Control— acompañar y aprobar los programas de *compliance* de las empresas, el programa de integridad debe estar basado en cinco pilares para su desarrollo e implementación: (i) compromiso y apoyo de la alta dirección; (ii) instancia responsable; (iii) análisis de perfil y riesgos; (iv) estructuración de las normas e instrumentos, y (v) estrategias de monitoreo continuo. Estos pilares resultan

Hay un incentivo del Estado para la adopción de los programas de integridad, por medio de reducción de sanciones, estimulando el control de actos de corrupción por el particular. Se trata de una forma preventiva de combate a la corrupción, ya que la existencia de un programa de integridad no garantiza la ausencia de actos ilícitos, pero disminuye los riesgos de que estos ocurran.⁸⁴

El acuerdo de lenidad o cooperación efectiva surge como un mecanismo de solución para las personas jurídicas, después de identificado el acto ilícito. Si la persona jurídica, por medio de sus sistemas internos, verifica la práctica de actos ilícitos, puede valerse de un acuerdo para informar a las autoridades competentes, ampliando el poder de investigación y sanción de la administración. Significa una disminución de penalidades, y exige no solo la entrega de informaciones, sino el compromiso de la persona jurídica en la reparación del daño causado y la implementación de un programa de integridad.

Se trata, por tanto, de un mecanismo de administración de riesgos por parte de la empresa, ya que se practican o identifican posibles infracciones al ordenamiento jurídico interno o externo, se puede elegir entre el riesgo de ser investigada y sancionada y la entrega voluntaria de información al poder público, teniendo como consecuencia la reducción de sanciones y el deber de reparar el daño causado.

Otro mecanismo anticorrupción relevante es la iniciativa de transparencia que consiste en publicar de forma completa la información referente a pagos y sistemas contables. El acceso a la información relacionada con lo que los gobiernos reciben y lo que las empresas pagan es importante en la medida en que evita actos de corrupción como sobre facturaciones, fondos para sobornos (*caixa dois*), fraudes en contrataciones públicas, entre

en: elaboración de Códigos de Conducta, implementación de políticas de comunicación permanente, creación del Comité de Ética, sistema de reclutamiento centrado en la ética e institución de sistemas de control interno y auditoría.

⁸⁴ Freisleben de Zanetti, Adriana, “Lei Anticorrupção e Compliance”, en *Revista Brasileira de Estado da Fundação Pública RBEFFP*, año 5, sep-dic, 2016, Belo Horizonte, pp. 35-60.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

otros. También es esencial que el acceso de información incluya el financiamiento político por parte de empresas para que la sociedad pueda fiscalizar los proyectos de ley y las influencias de las donaciones en las políticas públicas.

El *self cleaning* (autosaneamiento) busca el surgimiento de una cultura empresarial ética en las empresas locales y globales, reconociendo que la corrupción genera una competencia desleal para las mismas empresas que adoptan prácticas justas en sus transacciones y, en consecuencia, evita el crecimiento económico y social de Brasil, dejando un rastro de violaciones a los derechos humanos.

4. ESTRATEGIAS Y PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA PREVENCIÓN Y DEL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

4.1. Proteger los derechos humanos. Asunto político

El estudio de la corrupción a la luz de los derechos humanos trae a colación la atemporal afirmación de Norberto Bobbio de que “*el problema fundamental en relación con los derechos del hombre hoy no es tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos. Se trata de un problema no filosófico, sino político*”.⁸⁵ Así, pese a la extensa regulación de los derechos humanos, tanto en el marco de los sistemas global y regional de protección como en el ámbito nacional, el mundo se ve hoy movilizado por la necesidad de concretar esos derechos. Para ello, se muestra ineludible la prevención y el combate a la corrupción.

Como ya se ha señalado, en junio de 2017, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas presentó un proyecto de resolución sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el goce de los derechos humanos, que enfatiza las más importantes estrategias y propuestas de la actualidad para el fortalecimiento de la prevención y la lucha contra la corrupción. En ese sentido, reafirmó la responsabilidad primordial de los Estados de promover y proteger los derechos

⁸⁵ Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, São Paulo, Campus, 1996, pp. 15-67.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

humanos, subrayando la importancia de la transparencia, la buena gobernanza, la rendición de cuentas, el Estado de derecho, el derecho a la información y la participación popular en las decisiones públicas.

Se puede decir que *la democracia es idealmente el gobierno del poder visible, o del gobierno cuyos actos se desarrollan en público, bajo el control de la opinión pública*.⁸⁶ Por tanto, no se puede hablar de un régimen democrático si este no considera el papel esencial que tiene la transparencia en las cuentas públicas y la toma de decisiones, así como del control popular, a través de la participación en la formulación de políticas públicas y la evaluación del desempeño de actos gubernamentales.⁸⁷

En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU reconoció expresamente la importancia de crear un contexto seguro y adecuado para la sociedad civil, los denunciantes, testigos, activistas, periodistas, fiscales, abogados y los jueces involucrados en las actividades de prevención y lucha contra la corrupción.

⁸⁶ Bobbio, Norberto, *As ideologias e o poder emcrise*, 4^a ed., Universidade de Brasilia, 1999, *apud* M. Madeleine Hutyra de Paula Lima, p. 886.

⁸⁷ En este punto, es imperativo traer a la luz el concepto de *accountability*, como una “obligación legal y ética que tiene el gobernante de informar al gobernado cómo se utiliza el dinero y otros recursos que le fueron entregados por el pueblo para emplearlos en beneficio de la sociedad y no en provecho del gobernante”. González Malaxecheverría, Ángel, *Os objetivos da informação financeira proveniente do governo nacional*, Buenos Aires, 2^o Congreso Internacional de Auditoría Integrada, 1995, *apud* Silva Magalhães Ribeiro, Antônio, *Corrupção e controle na administração pública brasileira*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 126. Por otro lado, la consecuencia de la ineptitud del Estado para gestionarla cosa pública, de la impunidad, de la falta de transparencia y de participación popular es justamente el agravante de la crisis de credibilidad y de confianza en las instituciones públicas y en el Estado. En un estudio titulado Índice de Confiança na Justiça no Brasil, ICJ Brasil, divulgado el primer semestre de 2016, por la Escola de Direito de São Paulo de la Fundação Getulio Vargas – SP, se verifica que el Estado moderno parece aproximarse más a la figura de un enemigo de la sociedad que de una figura de garantizador de derechos. Según el estudio Edelman Trust Barometer 2017, 62% da población brasileña perdió la creencia en el sistema actual. Este hecho se deriva, especialmente, de la preocupación o del miedo en relación con la corrupción, que afectan respectivamente a 87% y 70% de la población.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

También fue editada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de septiembre de 2017, la Resolución 1/17: “Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción”,⁸⁸ en la que se destaca la preocupación de la comunidad internacional con la reciente expulsión de Iván Velázquez, autoridad al frente de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

La Comisión Interamericana reafirma la importancia de la transparencia de las actividades gubernamentales, de la garantía de acceso a la información, de la libertad de expresión y de reunión pacífica. También exhorta a los países miembros de la OEA a cumplir su obligación de combatir la impunidad mediante una justicia fortalecida, independiente e imparcial, así como de proteger a las personas defensoras de los derechos humanos, a los denunciantes, a los periodistas y los medios de comunicación.

En lo que se refiere a la protección de los denunciantes, es importante considerar la gran dificultad del descubrimiento de los hechos y de la producción de pruebas relacionadas con corrupción. Un estudio realizado en Portugal demostró que de los procesos criminales relativos a crímenes de corrupción iniciados entre 2004 a 2008, 63.9% comenzaron a partir de fuentes no oficiales y 31.9% fueron instaurados en virtud de denuncias anónimas.⁸⁹

En este contexto, Transparencia Internacional, desde 2009, en la Resolución sobre la protección de informantes o *Whistleblowers*, fomenta la creación, por los Estados y empresas, de instrumentos de tutela de informantes o *whistleblowers*:

Los gobiernos deben crear o fortalecer las herramientas legales e institucionales que protegen a las personas honestas y compromete-

⁸⁸ CIDH, Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción..., *cit.*

⁸⁹ Centro de Investigação e Estudos de Sociologia e Instituto Universitário de Lisboa (CIES-ISCTE) y Departamento Central de Investigação e Ação Penal – PGR (2010). “A corrupção participada em Portugal 2004-2008. Resultados globais de uma pesquisa em curso”, en Costa Leite, Glauco, *Corrupção política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro*, Belo Horizonte Del Rey, 2016, p. 178.

tidas que denuncian actos delictivos. Para hacerlo, los gobiernos deberían desarrollar legislación específica o implementar mejoras claras y efectivas en el marco legal existente. Tanto las instituciones públicas como las empresas deben establecer programas para proteger a los denunciantes contra represalias, incluidos los canales apropiados para su divulgación, revisión independiente y mecanismos eficientes de seguimiento.⁹⁰

En ese sentido, el plan de protección al informante de corrupción desarrollado en 2011⁹¹ reconoce la necesidad de su protección jurídica, tanto en el sector público como privado. Enumera como mecanismos de optimización del *whistleblowing* los llamados *channels for reporting hotlines*, es decir, los canales de denuncia, denuncias anónimas e inspecciones. Existe también la posibilidad de implementar una política de incentivos, incluso financieros, para quien reporte prácticas ilegales, irregulares, peligrosas o antiéticas de sus empleadores.

En la legislación nacional, sin embargo, la protección al informante o *whistleblower* es aún incipiente. En la actualidad, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal establece que las denuncias anónimas no permiten por sí solas el inicio de la acción penal, ni el empleo de métodos invasivos de investigación, como interceptación telefónica o búsqueda y aprehensión en la fase de investigación preliminar.

Sin embargo, existe la posibilidad de iniciar la investigación policial en caso de denuncia anónima, siempre que la instauración formal del procedimiento investigador y la producción probatoria hayan sido precedidas de una investigación sumaria, “con prudencia y discreción”, destinada a determinar la veracidad de los hechos delatados y de su autoría.⁹²

⁹⁰ Traducción de *Resolution on the Protection of Whistleblowers*. Transparency International, consulta 8 oct 2017, disponible en https://www.transparency.org/files/content/activity/2009_ResolutionProtectionWhistleblowers_EN.pdf

⁹¹ G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, consulta 8 oct 2017, disponible en <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

⁹² Supremo Tribunal Federal, HC 135969 AgR/Ma-Maranhão, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 29.11.2016, consulta

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

En cuanto a la transparencia, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU destacó que la tecnología de la información debe servir para el propósito de reforzar la transparencia y la rendición de cuentas, así como para prevenir, detectar e investigar la corrupción. En este sentido, se debe destacar la contribución de Internet en la redefinición de un verdadero espacio público y de participación democrática.

Las innovaciones tecnológicas son capaces de actuar hoy en diversos frentes al servicio del ideal democrático y del combate a la corrupción, tales como: (i) acceso remoto a bases de datos de entidades públicas, como los portales de la transparencia, lo que permite una mayor fiscalización popular de la gestión pública; (ii) acceso a canales de denuncia e inspecciones, que facilita el flujo de noticias de ilícitos e irregularidades perpetradas por agentes públicos o privados; (iii) redes facilitadoras de deliberación entre el Estado y los ciudadanos o entre representantes y representados, tales como *e-mail*, *Twitter* y *Facebook*; (iv) acceso a periódicos, revistas y demás periódicos electrónicos, que fomenten el debate político e incrementen la velocidad del acceso a la información; (v) acceso, a través de la red mundial de ordenadores, a canales institucionales de transmisión audiovisual, como TV Cámara, TV Senado y TV Justicia;⁹³ (vi) acceso a propuestas electorales y a la vida anterior de los candidatos, posibilitando mayor conciencia en el momento de la votación y en el control del cumplimiento de las propuestas del candidato elegido; (vii) instrumentos de movilización popular y de creación de las llamadas peticiones *online*, que pueden estar relacionadas con propuestas legislativas y a los movimientos de combate a la corrupción en general; e incluso, (viii) instrumentos de búsqueda en el proceso de elaboración de dictámenes técnicos y jurídicos en licitaciones y contrataciones públicas, teniendo en cuenta la facilidad y agi-

⁹ oct 2010, disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12282329>

⁹³ Kozikoski Junior, Antonio Claudio, “Corrupção e Direito Constitucional: ciberdemocracia e o surgimento de um novo espaço público”, en Laufer, Daniel (coord.), *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 109,112.

lidad de acceso a informaciones básicas, como precio de los bienes licitados.⁹⁴

La importancia de poner la tecnología de la información al servicio de la transparencia y la rendición de cuentas es corroborada por una encuesta anual realizada por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU sobre el llamado *e-government* y la *e-participation*. En una encuesta llevada a cabo en 2016, Brasil ocupó el 37º lugar en el ranking mundial de *e-participation* y el 51º lugar en el ranking del *e-government*.⁹⁵ Los resultados ratifican la conclusión de que los Estados están intensificando cada vez más su compromiso con la innovación y la utilización de la tecnología de la información para poner a disposición de los servicios públicos y comprometer a las personas en el proceso de toma de decisiones de las políticas gubernamentales, en atención, inclusive, a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.

4.2. Intercambiar información. La colaboración institucional

Además, para proteger mejor el interés público, resulta indispensable el diálogo, la colaboración y el intercambio de información entre las diversas instituciones involucradas en la temática de la prevención y del combate a la corrupción, en las esferas federal, estatal y municipal. En este sentido, el *United States Attorneys'*

⁹⁴ No se puede dejar de considerar, obviamente, que la viabilidad de implementación de todas las frentes de actuación de la tecnología de la información depende de la ampliación concomitante del acceso de la población a la red mundial de computadores. A pesar de que aún existe desigualdad en el acceso al internet, Brasil se encuentra hoy en cuarto lugar del ranking mundial de usuarios de internet, con 120 millones de personas conectadas, según un informe divulgado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) el 3 de octubre de 2017. Se queda atrás solo de los Estados Unidos (242 millones), India (333 millones) y China (705 millones), consulta 9 oct 2017, disponible en <https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>

⁹⁵ United Nations E-Government Survey 2016, consulta 9 oct 2017, disponible en <http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN97453.pdf>

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

Manual (USAM) destaca lo vital que es la actuación armónica y conjunta entre las instituciones en el combate a la corrupción y lavado de dinero, ante la posibilidad de tramitación simultánea o sucesiva de procesos penales, civiles y administrativos sobre la misma situación fáctica, *in verbis*:

El Fiscal General emitió una declaración pública el 30 de enero de 2012 para actualizar y fortalecer la política que sigue hace tiempo para que los fiscales del Departamento y los abogados civiles que manejan asuntos de “cuello blanco” se comuniquen, coordinen y cooperaren oportunamente junto con abogados de la agencia. Esto en la medida en que sea apropiado para el caso y permitido por la ley, cuando un presunto delito o violación de la ley federal da lugar a la posibilidad de procedimientos paralelos (simultáneos o sucesivos) penales, civiles, regulatorios y/o administrativos de la agencia

[...]

Durante la investigación, los abogados deben considerar estrategias de investigación que maximicen la capacidad del gobierno para compartir información entre los equipos administrativos, penales y civiles. [...].⁹⁶

Además, se debe prestar atención a la necesidad de aumentar la cooperación entre los Estados con respecto a la recuperación de activos y el acceso a los datos fiscales y bancarios, a la luz del derecho a la información. El artículo 51 de la UNCAC contempla la recuperación de activos como principio fundamental y la doctrina internacional especializada en el tema indica que la recuperación de activos es uno de los instrumentos más efectivos en la lucha contra la corrupción:

La corrupción constituye un fenómeno criminal orientado a la obtención de beneficios económicos mediante el uso desviado del poder por quien ejerce funciones públicas (hoy día se extiende también al ámbito privado). Una de las herramientas más indicadas

⁹⁶ Traducción de *United States Attorneys' Manual* (USAM), tit. 1: Organization and Functions. 1-12.000 - Coordination of Parallel Criminal, Civil, Regulatory, and Administrative Proceedings, consulta 12 oct 2017, disponible en <https://www.justice.gov/usam/usam-1-12000-coordination-parallel-criminal-civil-regulatory-and-administrative-proceedings>

para hacer frente a este fenómeno es el decomiso. Precisamente el decomiso de las ganancias constituye un instrumento de enorme eficacia para privar a los corruptos de sus ganancias de origen delictivo. Por ello, esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes.⁹⁷

En el estudio de la EUROPOL (European Union Agency for Law Enforcement Cooperation), titulado “*does crime still pay?*” (¿el crimen paga?), se afirma que 98.9% de la estimación de los productos de los crímenes no se recupera, y que solo 2.2% de esa estimación de bienes ilícitos fueron bloqueados.⁹⁸

Con esta lógica se deben perfeccionar los sistemas de investigación de bienes, a través de bases de datos integradas y bloqueos de activos al inicio del proceso, sin escuchar a la parte contraria, como es destacado por la ONU,⁹⁹ considerando que cuanto más pasa el tiempo, con la astucia del infractor es más difícil recuperar los activos de la corrupción, debido a la dilapidación de los bienes y al uso de testaferros.

⁹⁷ Blanco Cordero, Isidoro, “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, en *Revista Eletrônica de Direito Penal*, año 1, vol. 1, núm. 1, jun, 2013, AIDP-GB.

⁹⁸ *From 2010 to 2014, 2.2% of the estimated proceeds of crime were provisionally seized or frozen, and 1.1% of the criminal profits were finally confiscated at EU level, according to a recent report penned by Europol's Asset Recovery Unit, in cooperation with the Asset Recovery Offices of EU Member States.*

This report, the first of its kind, shows that the amount of money currently being recovered in the EU is only a small proportion of estimated criminal proceeds: 98.9% of estimated criminal profits are not confiscated and remain at the disposal of criminals. That means that around 50% of all provisionally seized/frozen assets are ultimately confiscated. This study also estimates that the annual value of provisionally seized/frozen assets in the EU is around EUR 2.4 billion, with about EUR 1.2 billion finally confiscated each year at EU level. European Law Enforcement Agency, Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU. Survey of statistical information 2010-2014, consulta 12 oct 2017, disponible en file:///C:/Users/Anna/Downloads/criminal_asset_recovery_in_the_eu_web_version.pdf

⁹⁹ Texto original: “Las autoridades competentes deben estar facultadas para adoptar medidas provisionales desde el inicio mismo de la investigación. Para ser eficaces, las medidas de embargo preventivo, incautación o decomiso deben tomarse a instancia de una parte y sin previo preaviso”. UNO-DC, Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2010, p. 103.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

También es imprescindible destacar el papel de la financiación partidista y electoral en el panorama anticorrupción. Como ya hemos señalado, el Parlamento Europeo adoptó una resolución que establece:

[...] uno de los objetivos de la lucha contra la corrupción debe ser poner fin a graves abusos que distorsionan la democracia y los procesos políticos, así como promover un sistema judicial independiente, imparcial y eficaz; [...] observa, en este sentido, que la regulación de la financiación de los partidos políticos, así como la identificación de los donantes y otras fuentes financieras, es por tanto fundamental para preservar la democracia (art. 75); [...]¹⁰⁰

Efectivamente, la influencia del poder económico en la política, en forma de financiación privada de campañas electorales, compromete la legitimidad del proceso electoral, diferencia candidatos y partidos y alienta relaciones promiscuas entre candidatos y financieros. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal, en septiembre de 2015, a través de ADI 4650, prohibió las donaciones comerciales para la financiación de campañas políticas. Luego, el 6 de octubre de 2017, se previó la creación del Fondo Especial para Financiamiento de Campañas (FEFC), que prevé el financiamiento de campañas electorales con recursos públicos.

4.3. Luchar contra la corrupción es un imperativo ético, político y jurídico

Hay que afrontar el desafío de poner en marcha pilares de combate a la corrupción, una tríada de Estado de derecho, democracia y derechos humanos, a través de un pacto suprapartidario republicano, con una agenda proposicional de reformas que involucren la necesaria y esperada reforma política multinivel: global, regional y local.

La lucha contra la corrupción está condicionada al fortalecimiento de medidas de prevención y de represión; cooperación

¹⁰⁰ Parlamento Europeo, Resolución sobre corrupción y derechos humanos en terceros países..., cit, consulta 8 oct 2017.

internacional; recuperación y restitución de los bienes y valores; y esfuerzos conjuntos de los poderes e instituciones para la implementación de medidas de combate a la corrupción.

En el campo de la prevención, “[...] la meta principal es cambiar las estructuras que crean oportunidades de corrupción. Muchas veces, es más fácil cambiar oportunidades que personas, trabajando con una combinación de medidas legales y morales; y de prevención y represión”.¹⁰¹

Por actuación preventiva se entiende a aquella que busca impedir y disuadir el comportamiento considerado como corrupto, como la rendición de cuentas (*accountability*) y el control y monitoreo de los actos de la administración pública.

Las medidas preventivas planificadas de fiscalización y monitoreo son más efectivas cuando se realizan en cooperación con organizaciones internacionales y otros países. Se reitera que Brasil es signatario de la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁰² y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.¹⁰³

Como ya se señaló en este estudio, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 5 las “políticas y prácticas para prevenir la corrupción”, entre ellas, las que “promueven la participación de la sociedad y reflejan los principios del Estado de derecho, la gestión adecuada de los

¹⁰¹ Schipanski, Tankred, “Controle da Corrupção na Alemanha”, en *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, Leonardo Avritzer y Fernando Figueiras (coords.), Río de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 2011.

¹⁰² La “Convención Interamericana de Combate a la Corrupción” fue suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela; aprobada por medio del decreto legislativo 152, de 25 de junio de 2002, y promulgada por el decreto 4.410, de 7 de octubre de 2002, consulta 27 mar 2016, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm

¹⁰³ La “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y firmada por Brasil el 9 de diciembre de 2003; aprobada por medio del decreto legislativo 348, de 18 de mayo de 2005; ratificado por el Gobierno Brasileño el 15 de junio de 2005, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, consulta 27 mR 2016, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

asuntos públicos y los bienes, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas”.

En esta línea, la Constitución Federal contempla mecanismos que aseguran la participación de la sociedad en el control de los asuntos públicos; por ejemplo, cuando se trata del control interno ejercido por cada uno de los tres poderes, a través de la supervisión contable, financiera y presupuestaria, bajo los términos de los artículos 70 al 76. Y va más allá: el sistema de control interno debe estar “integrado” a los tres poderes de la República para, entre otros objetivos, evaluar el cumplimiento de las metas establecidas por el Poder Ejecutivo Federal, probando su legalidad y justificar los resultados, con respecto a la efectividad y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial (art. 74).

Por tanto, la Constitución protege y busca fortalecer al Estado democrático de derecho, sometiendo a la Administración a la supervisión de todos los aspectos contables, financieros, presupuestarios, operacionales y patrimoniales.

En el ámbito infraconstitucional, se destacan las medidas preventivas incluidas en la Ley de Improbidad Administrativa (ley 8.429 de 1992), a través de disposiciones que buscan la transparencia en la conducción de los asuntos públicos y de los mismos agentes públicos, condicionando su posesión y ejercicio a la presentación de una declaración de propiedad. La falsa declaración será punible con despido, sin perjuicio de otras sanciones, en los términos del artículo 13 de la ley —además de poder decretarse el secuestro o pérdida de los bienes adquiridos ilícitamente por el agente público (arts. 16 y 18 de la ley)—.

En el campo de la represión, la actuación de combate a la corrupción encuentra acogida en las responsabilizaciones: civil, administrativa, política y penal. Cabe señalar que las medidas de rendición de cuentas, además de contribuir a reducir la percepción de impunidad e ineficiencia estatal, deben estar acompañadas de reparación, siendo razonable también la rendición de cuentas de personas naturales y jurídicas.

En principio, se destaca la ley 8.429 de 1992 (Ley de Improbidad Administrativa) que prevé la rendición de cuentas de naturaleza política, civil y administrativa. Se añade también la ley

12.846 de 2013 (“Ley Anticorrupción”), la cual regula la responsabilidad civil y administrativa¹⁰⁴ de personas jurídicas que practican actos de corrupción, contra el patrimonio público nacional o extranjero, contra principios de la Administración Pública o contra los compromisos internacionales asumidos por Brasil, en los términos del artículo 5 de la ley en mención.

Además, la ley 10.028 de 2000, en su artículo 5 establece infracciones administrativas contra las leyes de finanzas públicas, sancionadas con una multa que impondrá el Tribunal de Cuentas, de conformidad con los párrafos 1 y 2 de la ley.

Por medio de la responsabilidad política se recupera el control del poder político, ya que el representante es fiscalizado apenas lo ejerce. Esta responsabilidad se deriva de violación de los valores funcionales y éticos de los agentes políticos elegidos, pudiendo acarrear la pérdida del cargo e inhabilitación del ejercicio de cualquier función pública (art. 2, ley 1.079 de 1950).

En cuanto a la responsabilidad penal, algunas conductas están tipificadas en el Código Penal, como los crímenes cometidos por un funcionario público contra la Administración en general¹⁰⁵ y crímenes contra las finanzas públicas.¹⁰⁶ Hay otras normas que imponen sanciones penales, por ejemplo: la ley 8.666 de 1993, en su artículo 89 establece la responsabilidad penal al agente público con atribución de prescindir o no exigir licitaciones.

Las estrategias preventivas y represivas son esenciales para la confrontación efectiva de la corrupción, como un fenómeno com-

¹⁰⁴ Las medidas represivas de lucha contra la corrupción, en nuestro ordenamiento jurídico, se aplican a los agentes públicos, personas físicas vinculadas a la Administración Pública, pero también se aplican a la iniciativa privada y a personas jurídicas. Con algunas diferencias, en el caso de responsabilidad de personas jurídicas no cabe responsabilidad penal.

¹⁰⁵ Por ejemplo: empleo irregular de fondos o rentas públicas (art. 315), concusión (art. 316), corrupción pasiva (art. 317), prevaricación (art. 319), entre otros.

¹⁰⁶ El cap. IV, “Dos crimes contra as finanças Pùblicas”, previstos en los arts. 359.A a 359.H, fue incluido recientemente por la Ley 10.028, de 19 octubre 2000 en el Código Penal de Brasil, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10028.htm

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

plejo y multifacético que, en sí mismo, constituye una grave violación de los derechos humanos, resultando en otras violaciones graves, con un marcado impacto en el ejercicio de los derechos. La lucha contra la corrupción surge como un imperativo ético-jurídico-político para el rescate de la fuerza normativa de la Constitución, su racionalidad, sus principios y valores fundacionales, así como la necesaria observancia de los estándares de protección internacional. Surge como una condición, requisito y presupuesto para la supremacía del interés público, el respeto por el espíritu republicano, el respeto de los derechos y garantías y la misma prevalencia de la dignidad humana. Enfrentar la corrupción requiere madurez democrática y el cambio necesario en la cultura política de Brasil, en la lucha por una mayor transparencia, ética, *accountability*, control público y fortalecimiento institucional, en el marco de un Estado de derecho democrático, que tiene como elemento estructural el respeto y la protección de los derechos humanos.

Finalmente, la experiencia de Brasil, adquirida especialmente en la Operación Lava Jato, determina lo vital que resulta fortalecer la sociedad civil y su capacidad para exigir una vigilancia incesante y obstinada del régimen democrático. En este sentido, el fortalecimiento de la institucionalidad democrática generará una capacidad de prevenir el comportamiento poco ético de los miembros del poder legislativo. Al final, la corrupción, al afectar la integridad de una institución como el Parlamento, continua la nefasta tradición del caudillo de la región en América Latina, cuando un solo líder se ve a sí mismo como el depositario de la inmensa frustración popular. Esto se evidenció también en la experiencia italiana donde el “Berlusconismo” fue el resultado, en parte, del fracaso de la operación anticorrupción “*mani pulite*” (manos limpias) de los años noventa. El debilitamiento de una o más ramas del Estado genera una forma de corrupción más sofisticada y difícil de combatir.

La presente época conlleva el desafío de buscar la serenidad, el equilibrio y la lucidez como condición, requisito y presupuesto para la maduración democrática y para el cambio necesario en la cultura política de Brasil y Latinoamérica. Solo esto permitirá una verdadera lucha por más transparencia, ética, responsabilidad en la administración de lo público y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

F. PIOVESAN, A. DIAS, E. ALONSO, L. FERNANDES, T. MESQUITA

BIBLIOGRAFÍA

Abboud, Alexandra M., *Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción*, en *E. Jornal USA*, vol. 11, núm. 12, 2006.

Feitosa Almeida, Marcelo Eugênio y Fernández de Lima Lira, Laura, *Princípio da Retroatividade e Acordos de Leniência: a solução consensual da Lei Anticorrupção no tempo*, 2017, no prelo.

Alonso Olmos, Eduardo, *Recuperación de activos en casos de corrupción: cooperación civil internacional*, 2013, 193 f. Trabajo de Fin (Máster en Corrupción y Estado de Derecho), Salamanca, Facultad de Derecho-Universidad de Salamanca, 2013, disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125729/1/TFM_AlonsoOlmos_Recuperacion.pdf

_____, *Working paper: Corrupção, pobreza e a sériaviolação à economia e aos Direitos Humanos, sob a ótica nacional e internacional*, disponible en https://www.stm.jus.br/images/arquivos/Eventos2/2015/Direitos_humanos/corrupcao_e_direitos_humanos_eduardo_olmos.pdf

Alves Mendes Vieira, Gabriela y Dias Varella, Marcelo, “A conexão entre os Direitos Humanos e a Corrupção”, en *Revista de Direito Internacional UniCEUB*, vol. 12, núm. 2, 2014.

Arendt, Hannah, *Entre o Passado e o Futuro*, São Paulo, Perspectiva, 2014.

_____, *Responsabilidade e julgamento*, trad. de Rosaura Eichenberg, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

Blanco Cordero, Isidoro, “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, en *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, año 1, vol. 1, núm. 1, jun, 2013.

Barboza, Julio, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavala, 2004.

Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, São Paulo, Campus, 1996.

_____, *As ideologias e o poder emcrise*, 4^a ed., Universidade de Brasília, 1999.

La corrupción y los derechos humanos en Brasil

- Buchan, Bruce y Hill, Lisa, *An Intellectual History of Political Corruption*, Sussex, Palgrave Macmillan, 2014.
- Calabresi, Guido y Bobbitt, Philip, *Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque, WW Norton & Company, 1978.
- Cloots, Ann Sofie; Ryngaert, Cedric; Wouters, Jan, *The Fight Against corruption in international law*, Bélgica, 2012, disponible en <https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/>
- Edinger, Carlos, “Programas de integridade anticorrupção autonomia e heteronomia”, en *Revista dos Tribunais*, año 106, vol. 977, São Paulo, RT-Março, 2017.
- Fabián Caparrós, Eduardo A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Frazão, Ana, *Responsabilidade Social Empresarial. Constituição, empresa e mercado*, Brasilia, Faculdade de Direito-UB, 2017.
- Ghizzo Neto, Affonso, *Corrupção, estado democrático de direito e educação*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- González Malaxecheverria, Ángel, “Os objetivos da informação financeira proveniente do governo nacional”, 2º Congresso Internacional de Auditoria Integrada, 1995, Buenos Aires, apud Silva Magalhães Ribeiro, Antonio, *Corrupção e controle na administração pública brasileira*, São Paulo, Atlas, 2004.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nova Iorque-Londres, W. W. Norton & Company, 1998, ed. para Kindle.
- Konder Comparato, Fábio, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- Kozikoski Junior, Antonio Claudio, “Corrupção e Direito Constitucional: ciberdemocracia e o surgimento de um novo espaço público”, en Laufer, Daniel (coord.), *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*, Curitiba, Juruá, 2013.
- Lazzarini, Sergio G. y Musacchio, Aldo, *Reinventando o Capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2015.

Lima Hutyra de Paula, M. Madeleine, “Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais”, en *Revista dos Tribunais. Coleção Doutrinas Essenciais*, vol. 3: Direitos Humanos. Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, Flávia Piovesan y Maria Garcia (coords.), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Olímpio Bento, Jorge, Do estado da Universidade: metida num sarcófago ou no leito de procrustes?, disponible en <http://www.scielo.br/pdf/aval/v19n3/09.pdf>

Pimentel Filho, André, (*Uma*) *Teoria da Corrupção: corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos*.

Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 6^a ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

Ramina, Larissa, “A convenção interamericana contra a corrupção. Uma Breve análise”, en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 6, 2009, disponible en revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/21/20

Rojas, Nash Claudio; Aguiló Bascunan, Pedro y Bascur Campos, María Luisa, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile: Chile, 2014.

Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

Simão, Valdyr Moyses, *O acordo de leniència e anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*, São Paulo, Trevisan Editora, 2017.

Zanella di Pietro, Maria Sylvia, *Direito administrativo*, 25^a ed., São Paulo, Atlas, 2012.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Luis Daniel Vásquez

1. MIRANDO LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

Hay dos tipos de indicadores que nos permiten mirar la corrupción: los subjetivos y los objetivos. Los primeros se sustentan en la percepción de la gente con respecto a la corrupción realizada por un determinado órgano: la policía, los jueces, el gobierno, los partidos. Los segundos dan cuenta de hechos específicos de corrupción: cantidad de dinero desviado, de sobornos pagados, por mencionar dos. Como es de esperarse, dado que la corrupción se realiza de forma escondida para evitar consecuencias penales, es muy difícil contar con indicadores objetivos de corrupción.

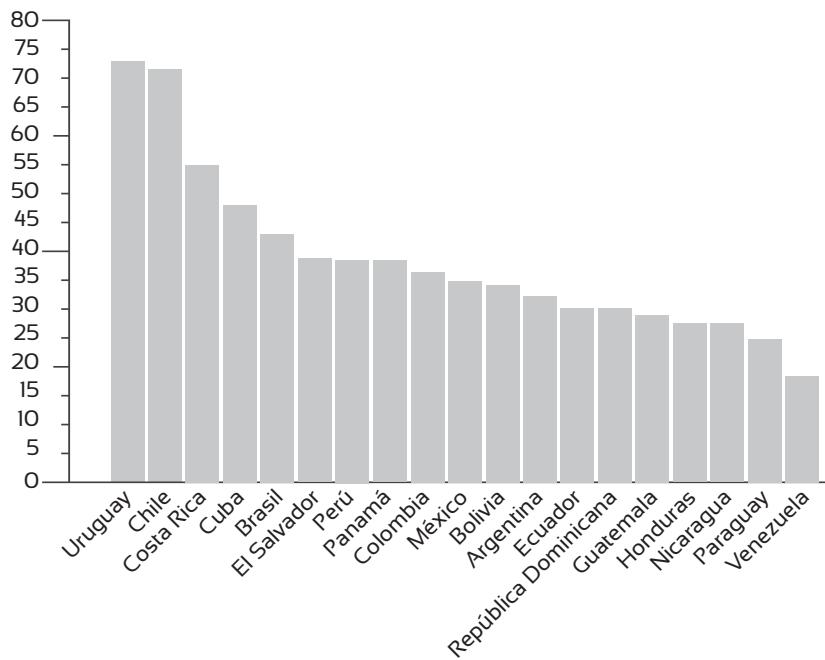
El indicador más conocido y utilizado para mirar la corrupción es subjetivo: se trata de índices de percepción de corrupción (CPI, por sus siglas en inglés). El más conocido es el elaborado por Transparencia Internacional (TI). En la gráfica 1 se observa este indicador para América Latina. Los dos países mejor ubicados, con menor percepción de corrupción, son Uruguay y Chile. En tercer lugar, con casi 20 puntos de diferencia,¹ está Costa Rica, seguido por Cuba y Brasil. Un segundo grupo intermedio lo inte-

¹ Esta trilogía —Uruguay, Chile y Costa Rica— sobresale en otros estudios sobre ejercicio de derechos humanos como los tres países mejor ubicados de la región: Ansolabehere, Valdés y Vázquez, 2015.

gran El Salvador, Perú, Panamá, y Colombia. Un tercer grupo está integrado por México, Bolivia, Argentina, Ecuador y República Dominicana. Al final de la lista están Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y por debajo Venezuela. Solo destacar que México se encuentra prácticamente a la mitad en la gráfica 1.

Gráfica 1

Promedio del CPI para los países de América Latina, 2012-2015



Fuente: Elaboración propia a partir de información de Transparencia Internacional.

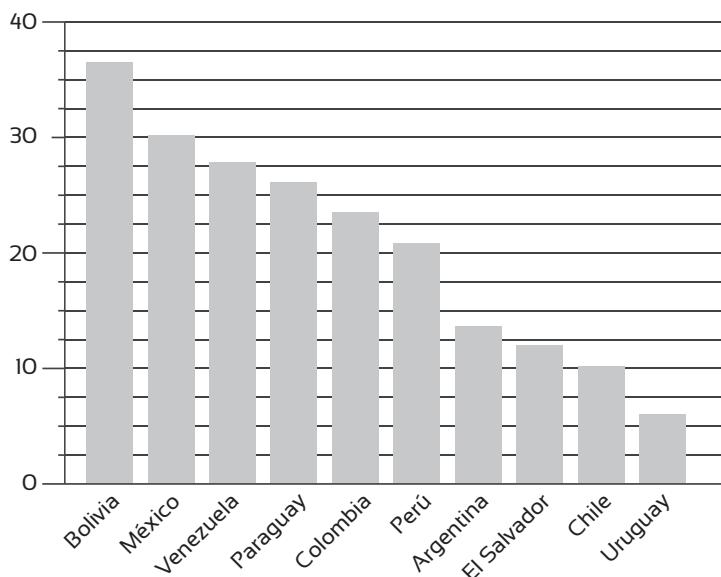
Pese a la dificultad de construir indicadores objetivos, Transparencia Internacional se dio a la tarea de elaborar uno: el pago de sobornos. Cuando pasamos de los indicadores subjetivos a los objetivos, las cosas cambian, en especial para Bolivia y México, que pasan de la mitad de la gráfica a los peores lugares; seguidos por Venezuela y Paraguay, que dejaron el fondo de la gráfica, así como Colombia. En cambio, con muy pocos pagos de sobornos,

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Uruguay y Chile se mantienen como los países menos corruptos de la región (gráfica 2).

Gráfica 2

Porcentaje de personas que pagaron un soborno, 2013



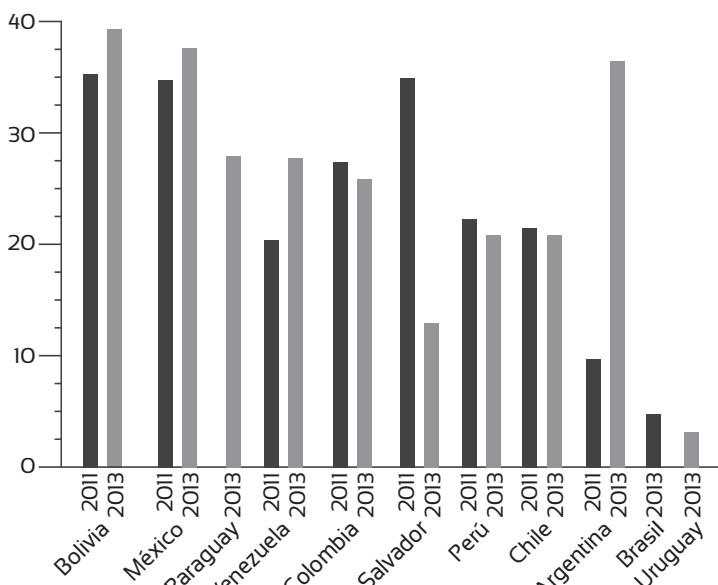
Fuente: Elaboración propia a partir de información de Transparencia Internacional.

La encuesta sobre el pago de sobornos se levantó tanto en 2011 como en 2013. Solo estos dos años son comparables. Vale la pena ver qué pasó entre esos dos años. Bolivia y México mantienen el primer y segundo lugar, en ambos casos el pago de sobornos aumenta, es decir, las cosas no van mejor en estos dos países. Vemos incrementos también en Venezuela y uno muy leve en Argentina. En cambio, vemos disminuciones en Colombia, Perú, Chile y El Salvador. En específico, en estos dos últimos países, la caída del pago de sobornos es muy llamativa, vale la pena mirar en un futuro qué fue lo que pasó entre 2011 y 2013 en esos dos países para entender cómo lograron este decreto en el pago de sobornos (gráfica 3).

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Gráfica 3

Porcentaje de personas que pagaron un soborno, 2011-2013



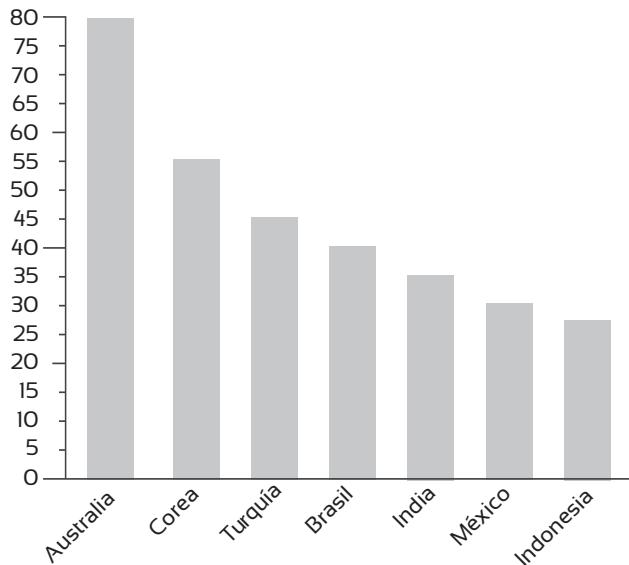
Fuente: Elaboración propia a partir de información de Transparencia Internacional.

Hasta aquí hemos visto lo que pasó en México con respecto al resto de los países que integran América Latina, pero ¿cómo se encuentra México con respecto a sus principales competidores económicos? En los primeros años del siglo XXI se comenzó a utilizar las iniciales BRICS para referirse a Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica como potencias emergentes que podrían convertirse en economías dominantes durante este siglo. Si bien México no suele ser incluido en este grupo, se le suele comparar con las economías de Brasil e India. En cambio, en la primera década del siglo XXI se conformó la asociación MIKTA, iniciales para referirse a México, Indonesia, Corea del Sur (South Korea en inglés), Turquía y Australia como potencias medias que tendrían un papel económico preponderante en el siglo XXI. Incluso, en algún momento se llegó a considerar que la salida de la crisis económica mundial iniciada en 2008 estaba en manos de estos países. Más allá de los mitos económicos de estas asociaciones, lo que vale la pena analizar es cómo se encuentra México con respecto

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

a quienes pueden ser considerados los principales competidores económicos a nivel internacional (en el mismo sentido véase Casar, 2015). Para ello, recuperamos a los países del MIKTA y sumamos a Brasil e India. En esta comparación vemos que México se encuentra mucho más cerca de Indonesia, ubicados ambos en los peores lugares de la percepción de corrupción² junto con India (gráfica 4).

Gráfica 4
Promedio del CPI para los países del MIKTA
más Brasil e India, 2012-2015



Fuente: Elaboración propia a partir de información de Transparencia Internacional.

El grupo de los tres peores ubicados no cambia cuando observamos el porcentaje de personas que afirman haber pagado un soborno, lo que se modifica son los lugares que estos tres países ocupan. Mientras que en la percepción de corrupción el último lugar

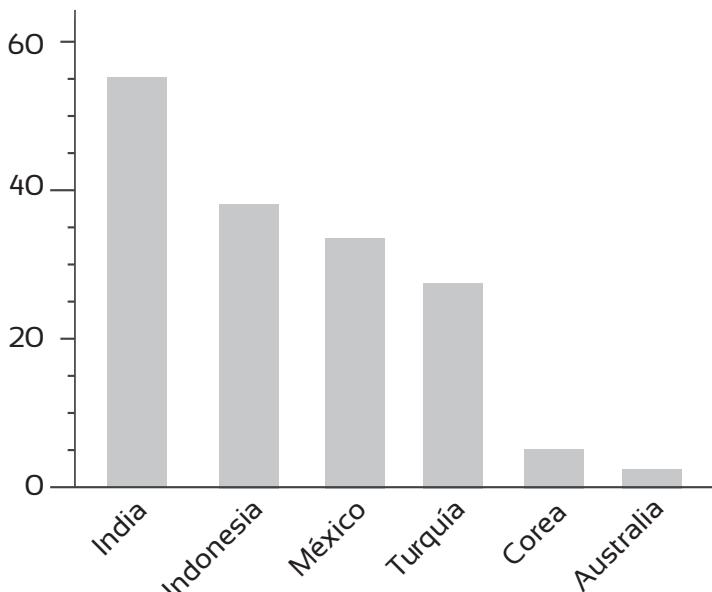
² Recordemos que la corrupción es uno de los componentes que se suelen utilizar como parte del ambiente de negocios, de acuerdo con los índices creados por el Banco Mundial, el Foro Económico Mundial y la empresa Dun & Bradstreet.

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

lo ocupa Indonesia, el penúltimo México y poco antes está India; en el pago de sobornos el último lugar lo ocupa India, varios puntos abajo, en el penúltimo lugar está Indonesia, y después México. Muy lejos se encuentra Australia y Corea del Sur, como las mejor posicionadas. No tenemos datos para Brasil en 2013 (gráfica 5).

Gráfica 5

Porcentaje de personas que pagaron un soborno, 2013



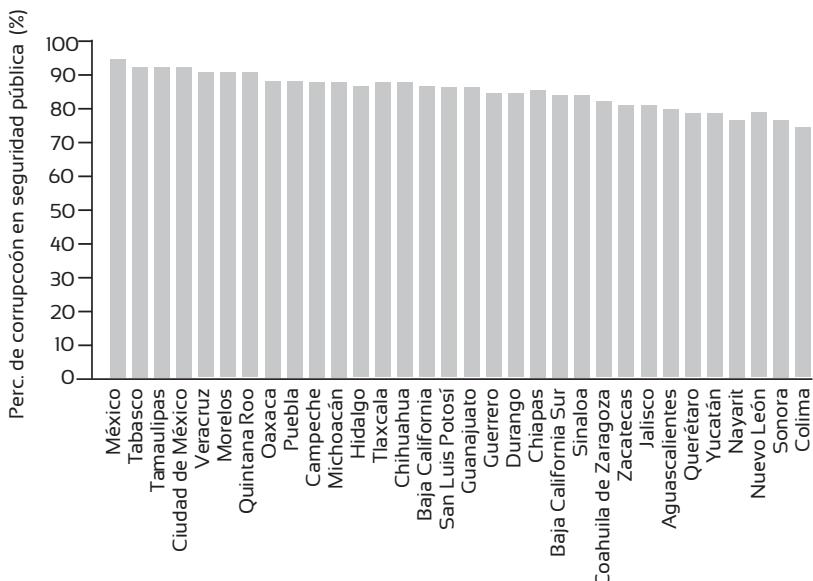
Fuente: Elaboración propia a partir de información de Transparencia Internacional.

Hasta aquí los indicadores que nos permiten ver cómo se encuentra México con respecto al resto del mundo en materia de corrupción. Vale la pena echar un ojo a los indicadores construidos para analizar únicamente a México. A fin de mantener esta lógica de comparación, analizaremos al país a través de cada una de las 32 entidades federativas que lo integran. Sigamos el sendero de la percepción y veamos qué tan corrupto perciben los y las mexicanas a sus instituciones. Nos apoyamos en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) en el periodo 2011-2015.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

En la ENVIPE se pregunta a los encuestados: “A su juicio, ¿la institución X puede calificarse como corrupta?” Una de las tareas que nos interesó observar fue la seguridad pública. Para ello, consideramos los resultados de las policías de tránsito y preventiva a nivel municipal, así como los de la policía estatal y federal. Como se observa en la gráfica 6, entre 85 y 95% de la población consideran que la policía es corrupta. Encabezan la lista el Estado de México, Tabasco y Tamaulipas. En la punta contraria están Colima, Sonora y Nuevo León. En años específicos, encabezan la lista Tamaulipas (2012, 98%), el Estado de México (2010, 2011 y 2013) y la Ciudad de México (2014) con 96%, así como Chihuahua (2010), Campeche (2014) y Tabasco (2010) con 95%. En la punta contraria están Nayarit (2012) y Colima (2011) con 79%, Nuevo León (2013) con 80% y Sonora (2012 y 2014) con 81% .

Gráfica 6
Percepción de corrupción en seguridad pública, 2011-2015

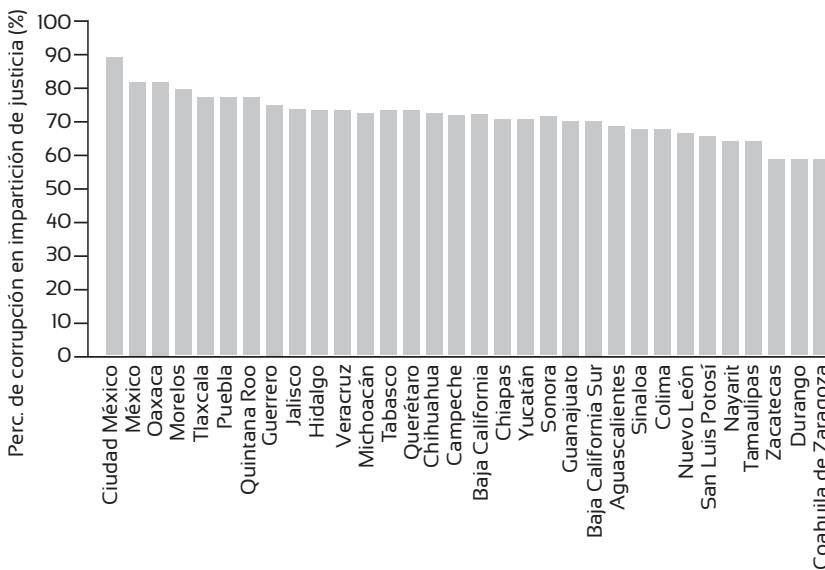


Fuente: Elaboración propia con datos de la ENVIPE.

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

La segunda área analizada es la impartición de justicia (jueces). La percepción de corrupción va de 57 a 84%, es decir, baja con respecto a la seguridad pública, probablemente porque hay una menor interacción de la población con estos órganos con respecto a las policías municipal, estatal y federal. Las entidades federativas que encabezan la lista son Ciudad de México (2012, 87%; 2014, 85%; 2010, 84%), el Estado de México (2011, 83%), y Morelos (2011), Tlaxcala (2010) y Oaxaca (2012), todas ellas con 81%. Al final se encuentran Coahuila (2014) y San Luis Potosí (2012), con 48%; Durango (2013) y Baja California (2012) con 50%; y Zacatecas (2013) junto con Nayarit (2012) con 52% (gráfica 7).

Gráfica 7
Percepción de corrupción en impartición
de justicia, 2011-2015



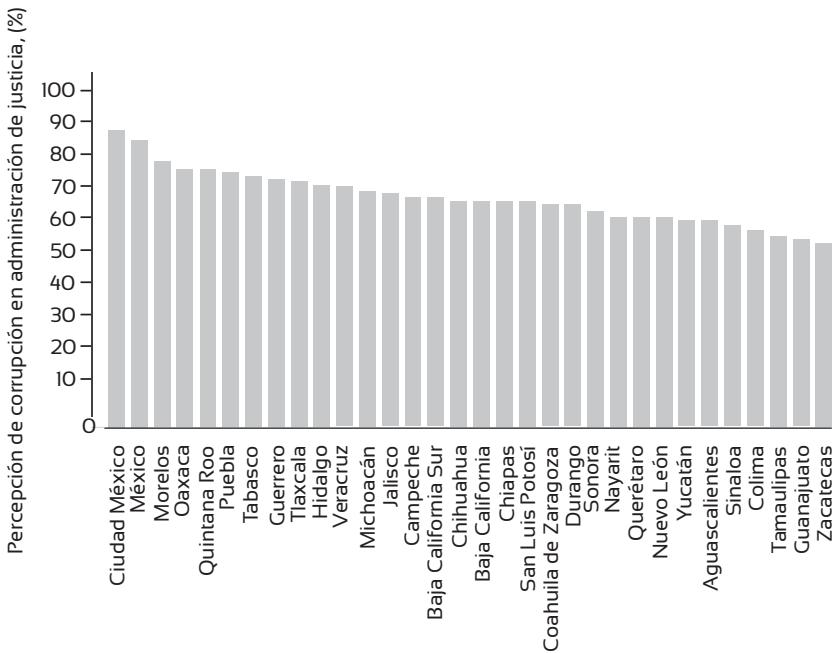
Fuente. Elaboración propia con datos de la ENVIPE.

El tercer indicador es sobre percepción de la corrupción en la procuración de la justicia (policía judicial y ministerios públi-

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

cos). Este indicador se mueve con un rango semejante al anterior, entre 55 y 89% de los encuestados consideran corruptos a los policías judiciales y ministerios públicos. Sobresalen la Ciudad y el Estado de México, quienes repiten en los primeros lugares, acompañados ahora por Morelos, seguido de Oaxaca. En el lado contrario tenemos a Zacatecas, Guanajuato, Tamaulipas y Colima. En años específicos, las entidades federativas que encabezan la lista son el Estado (2010 y 2011) y la Ciudad de México (2010, 2011, 2012 y 2014) con 88 y 89%. Al final se encuentran Zacatecas (2013) con 46%, Baja California (2012), Guanajuato (2013), Sinaloa (2014) y Zacatecas (2012), todos con 51% (gráfica 8).

Gráfica 8
Percepción de corrupción en administración
de justicia, 2011-2015



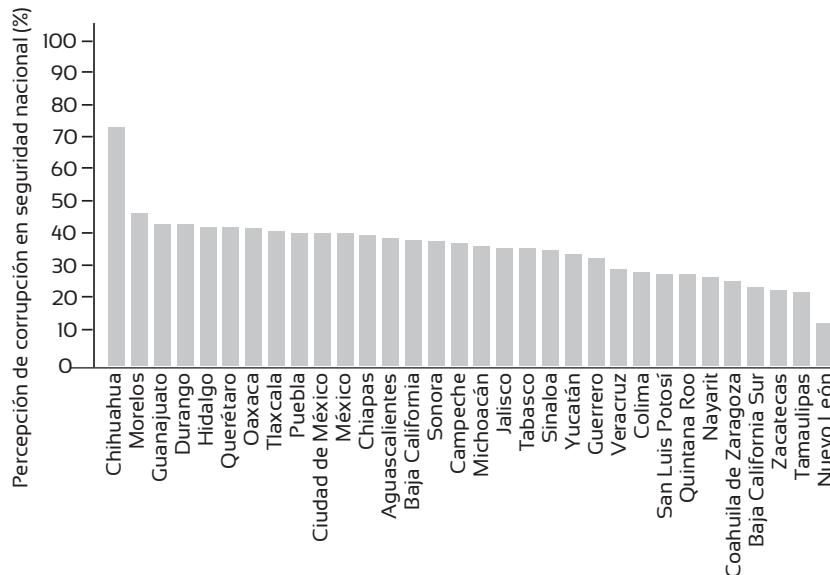
Fuente: Elaboración propia con datos de la ENVIPE.

Finalmente, el último indicador es sobre seguridad nacional, que considera al Ejército y a la Marina. Hay una caída relevante de la percepción de corrupción. Dejando fuera a Chihuahua, el

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

indicador va de 14 a 46% de personas que consideran que estos cuerpos son corruptos. Claramente resalta Chihuahua, donde más de 70% de la población considera que el Ejército y la Marina son corruptos. Le sigue, con una caída de más de 25 puntos, Morelos, Guanajuato y Durango. En la parte contraria de la medición tenemos a Nuevo León, Tamaulipas y Zacatecas, quienes perciben menor corrupción en estos órganos. También es interesante que sean dos entidades norteñas y vecinas las que abren y cierran la medición: Chihuahua y Nuevo León. En años específicos resalta Chihuahua, que en 2010 llegó a 86%, 2012 con 77%, y 2011 con 74% de personas que consideran que el Ejército y la Marina son corruptos. También aparece Durango en 2010 con 70% y Guanajuato en 2012 con 50%. Los mejor ubicados son Nuevo León, que entre 2010 y 2014 rondó entre el 11 y 14%; Zacatecas (2013) con 14% y Baja California (2013) con 17% (gráfica 9).

Gráfica 9
Percepción de corrupción
en seguridad nacional, 2011-2015



Fuente: Elaboración propia con datos de la ENVIPE.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Resalta la consolidación de algunas entidades federativas, tanto en los primeros como en los últimos lugares. El Estado y la Ciudad de México, junto con Morelos, aparecen dentro de los primeros cuatro lugares en tres de las cuatro mediciones, se trata de las entidades donde hay una mayor percepción de la corrupción. Les sigue Oaxaca con dos de cuatro apariciones posibles. Por otro lado, se registran como las que tienen una menor percepción de la corrupción Zacatecas, en tres de cuatro casos, seguida de Tamaulipas y Nuevo León, en dos de cuatro posibles apariciones. Nuevamente sobresale el caso de la seguridad nacional, donde en los peores lugares solo repite Morelos, a la par que Chihuahua encabeza la lista, siendo esta su única aparición en los primeros o últimos lugares (cuadro 1).

Cuadro 1
Entidades federativas consideradas
más y menos corruptas, 2011-2015

Lugares	Seguridad pública	Impartición de justicia	Procuración de justicia	Seguridad nacional
Primero	Estado de México	Ciudad de México	Ciudad de México	Chihuahua
Segundo	Tabasco	Estado de México	Estado de México	Morelos
Tercero	Tamaulipas	Oaxaca	Morelos	Guanajuato
Cuarto	Ciudad de México	Morelos	Oaxaca	Durango
Ante-penúltimo	Nuevo León	Zacatecas	Tamaulipas	Zacatecas
Penúltimo	Sonora	Durango	Guanajuato	Tamaulipas
Último	Colima	Coahuila	Zacatecas	Nuevo León

Fuente: Elaboración propia con datos de la ENVIPE.

2. MIRANDO LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Existen múltiples indicadores para mirar a los derechos humanos. Nos concentraremos solo en los que se mencionan en el cuadro 2.

Cuadro 2
Indicadores DH para México,
por entidad federativa, 2000-2014

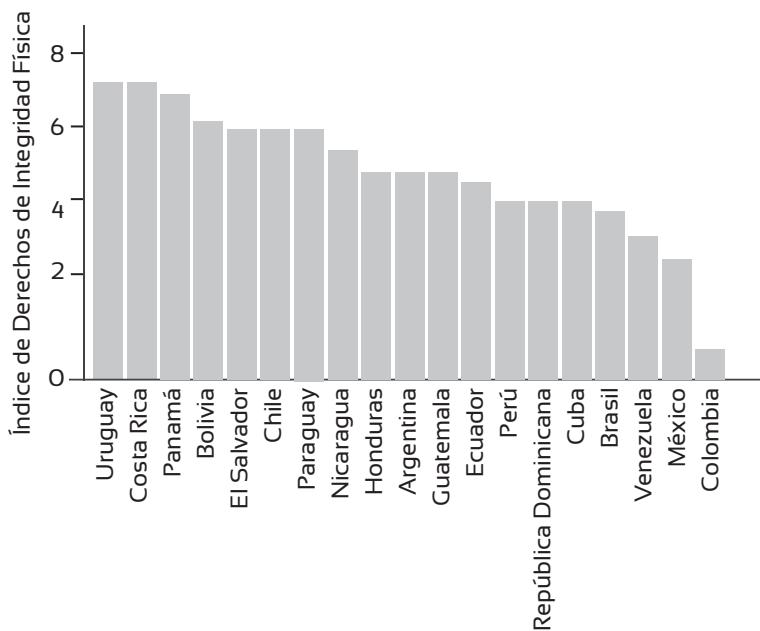
<i>Indicadores de derechos civiles y políticos</i>	<i>Indicadores de derechos económicos y sociales</i>
<p>1. Total de quejas presentadas ante la CNDH, 2000 – 2014</p> <p>2. Total de recomendaciones de la CNDH, 2000 - 2014</p> <p>3. Defunciones por homicidio según entidad federativa de ocurrencia (INEGI), 2000 – 2014.</p> <p>4. Porcentaje de muertes por homicidio con respecto al total de muertes violentas (INEGI), 2004 – 2014.</p> <p>5. Total de quejas sobre desaparición forzada presentadas ante la CNDH, 2000-2014.</p> <p>6. Averiguaciones previas por el delito de desaparición forzada (PGR), 2000 – 2014.</p> <p>7. Total de quejas sobre detenciones arbitrarias presentadas ante la CNDH, 2000-2014.</p> <p>8. Total de quejas sobre tortura presentadas ante la CNDH, 2000-2014.</p> <p>9. Participación electoral en las elecciones federales (INE), 2000 – 2014</p>	<p>1) Mortalidad infantil (CONAPO), 2000 – 2014</p> <p>2) Esperanza de vida al nacer (CONAPO), 2000 – 2014</p> <p>3) Indicador sobre el nivel de desarrollo (IDH-PNUD), 2008, 2010 y 2012.</p> <p>4) El componente de salud del IDH-PNUD, 2008, 2010 y 2012.</p> <p>5) El componente de educación del IDH-PNUD, 2008, 2010 y 2012.</p> <p>6) El componente de ingreso del IDH-PNUD, 2008, 2010 y 2012.</p> <p>7) Población en situación de pobreza (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>8) Población en situación de pobreza moderada (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>9) Población en situación de pobreza extrema por entidad por año (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>10) Población vulnerable por carencias sociales (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>11) Población vulnerable por ingresos (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>12) Población con rezago educativo (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>13) Población con carencias por acceso a los servicios de salud (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>14) Población con carencias por acceso a la seguridad social (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>15) Población con carencias por calidad y espacios de la vivienda (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>16) Población con carencias por acceso a los servicios básicos de vivienda (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>17) Población con carencias por acceso a la alimentación (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>18) Población con un ingreso inferior a la línea de bienestar mínimo (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p> <p>19) Población con un ingreso inferior a la línea de bienestar (CONEVAL), 2008, 2010, 2012 y 2014.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Primero veamos cómo se encuentra México con respecto a otros países de América Latina. Para ello, usaremos el índice de integridad personal desarrollado por The Cingranelli and Richards (CIRI) Human Rights Data Project, que incluye las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, y los prisioneros políticos. Aquí tenemos tres claros países que sobresalen: Uruguay, Costa Rica y Panamá. Debajo de ellos, Bolivia, Chile, El Salvador y Paraguay; seguidos de Argentina, Guatemala, Honduras y Ecuador. Por debajo vendría Perú, República Dominicana y Cuba. Y en los últimos cuatro lugares, con una diferencia relevante entre cada país, están Brasil, Venezuela, México y Colombia (gráfica 10).

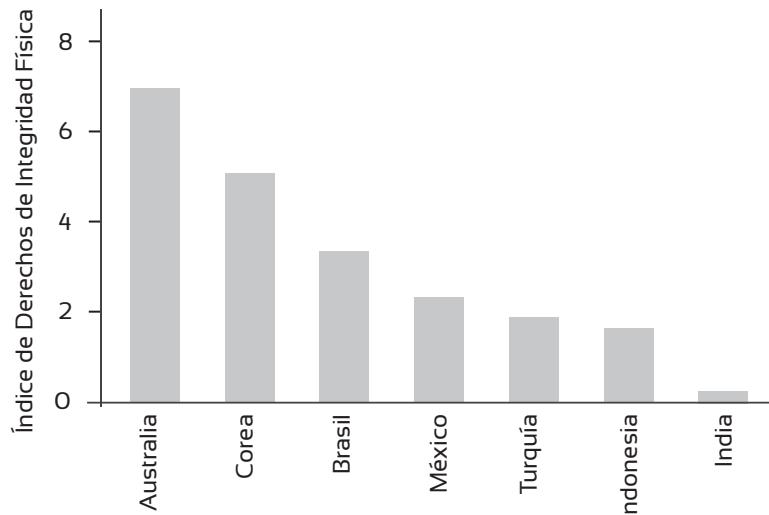
Gráfica 10
Media del Índice de Derechos de Integridad Física
para los Países de América Latina, 1996-2011



Fuente: Elaboración propia a partir de información de *The Cingranelli and Richards (CIRI) Human Rights Data Project*.

Si miramos a México con respecto a sus principales competidores, el país se encuentra en medio, aunque la distancia con respecto al primer lugar es muy pronunciada (gráfica 11).

Gráfica 11
Media del Índice de Integridad Física para los países
de MIKTA más India y Brasil, 1996-2011



Fuente: Elaboración propia a partir de información de *The Cingranelli and Richards (CIRI) Human Rights Data Project*.

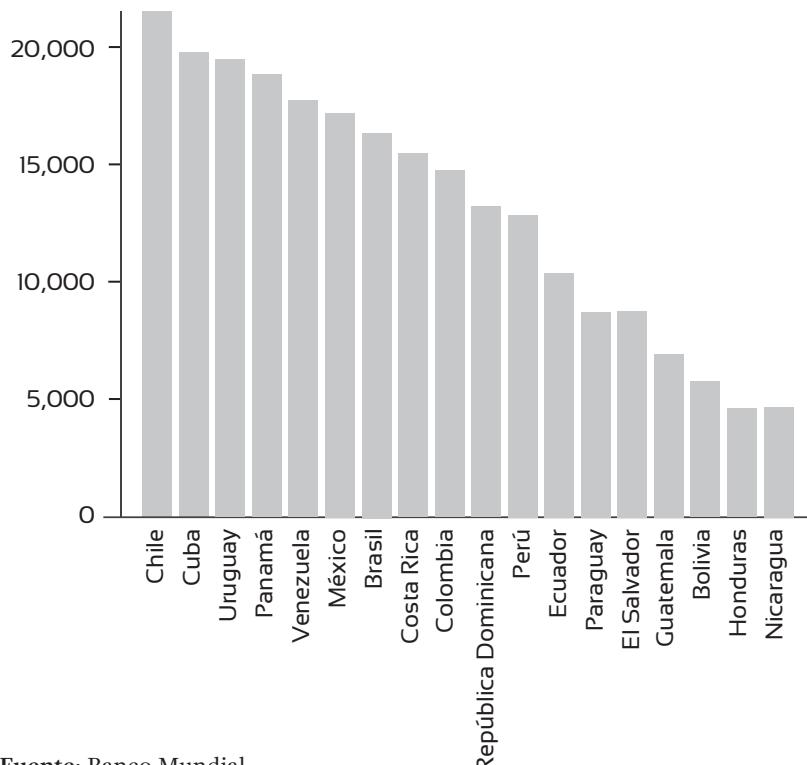
Un indicador que nos puede dar una idea sobre cómo se encuentran los derechos económicos y sociales es el PIB per cápita con paridad de poder adquisitivo a dólares constantes (de 2011) elaborado por el Banco Mundial. Dado que este indicador se construye con dólares constantes al 2011, nos permite comparar a un mismo país a lo largo del tiempo. Además, para poder hacer comparaciones entre países, el Banco Mundial ajustó la capacidad adquisitiva que posee el dólar de Estados Unidos a cada uno

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

de los demás países.³ Más aún, este último componente del indicador nos deja ver cómo se ha modificado el poder adquisitivo per cápita, aspecto central no solo como un componente de los derechos laborales —el derecho a un salario digno—, sino como derecho llave que permite abrir la puerta de otros derechos: alimentación, vivienda, salud, por mencionar algunos. En este indicador, México se encuentra en la sexta posición de los dieciocho países observados (gráfica 12).

Gráfico 12

Promedio de PIB per cápita con paridad de poder adquisitivo a USD constantes (2011) para América Latina, 2012-2015



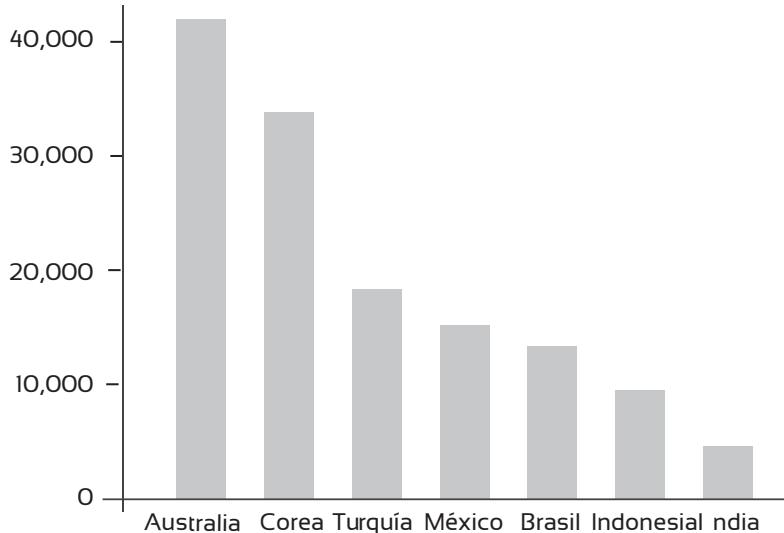
Fuente: Banco Mundial.

³ Los datos específicos del indicador, consulta 28 may 2016, disponible en <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.PP.CD>

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

En la comparación con respecto a los principales competidores, México se encuentra de nuevo en el medio (gráfica 13).

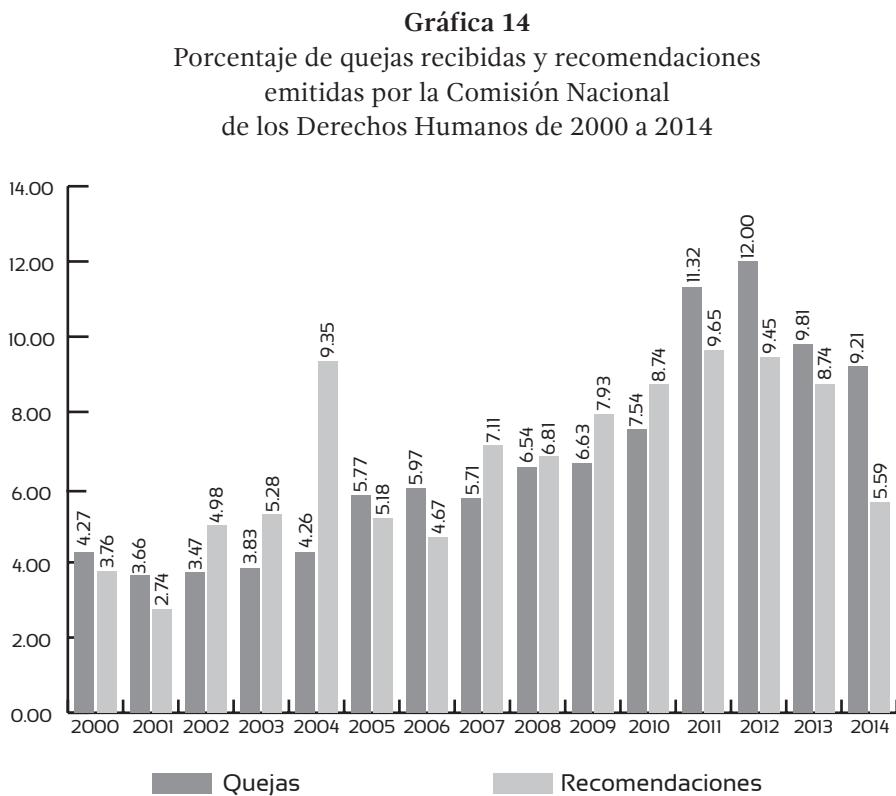
Gráfico 13
Promedio de PIB per cápita con paridad de poder
adquisitivo a dólares constantes del 2011
para los países de MIKTA, 2012 - 2015



Fuente: Banco Mundial.

Veamos ahora algunos datos de las entidades federativas que integran a México. En la gráfica 14 se muestra el porcentaje de quejas y recomendaciones del periodo analizado. Mientras que las quejas son la primera noticia de una posible violación a derechos humanos, las recomendaciones se emiten una vez que la Comisión ha determinado la existencia de dichas violaciones. Destaca el punto de inflexión entre 2008 y 2009, así como el clímax en 2011 y 2012.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía



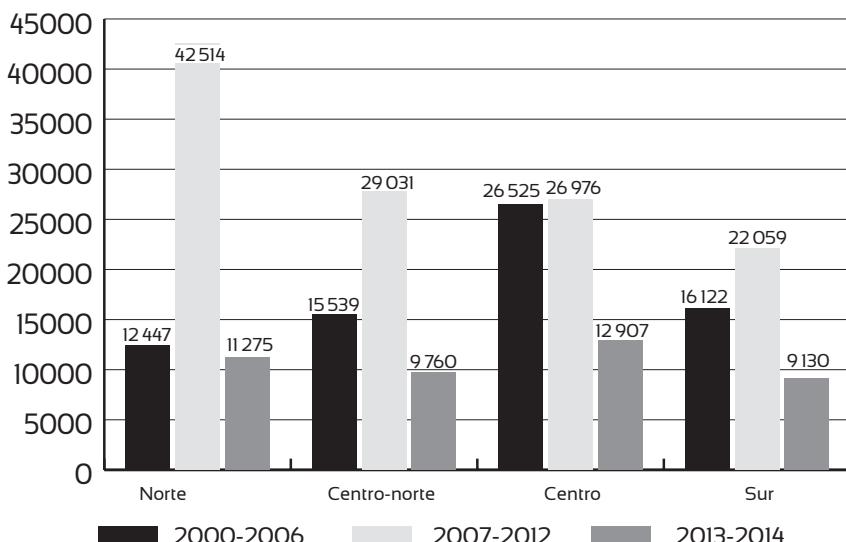
Fuente: Elaboración propia con información de la CNDH suministrada a través de INFOMEX, con corte al 27 de abril de 2016. Porcentaje calculado sobre total de quejas recibidas (91778) y recomendaciones emitidas (984) en el periodo.

Un indicador que suele ser usado para mirar la tendencia de los derechos civiles son los homicidios. Agrupamos a las entidades federativas en cuatro zonas: norte, centro-norte, centro y sur; y agregamos el número de homicidios en tres periodos: 2000-2006, 2007-2012 y 2013-2014. El periodo más álgido es 2007-2012 (no pasamos por alto que el tercer periodo está constituido solo por dos años, mientras que el resto consta de 6); y en ese periodo, la zona norte fue la que más homicidios presentó, con poco más de 40 mil, seguida de la zona centro-norte, con poco más de 27 mil. Finalmente, si las tendencias del tercer periodo se mantienen estables, al llegar a 2018 la cantidad de homicidios podría superar a los periodos anteriores (gráfica 15).

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Gráfica 15

Número de homicidios según lugar de ocurrencia
por regiones para tres sexenios presidenciales



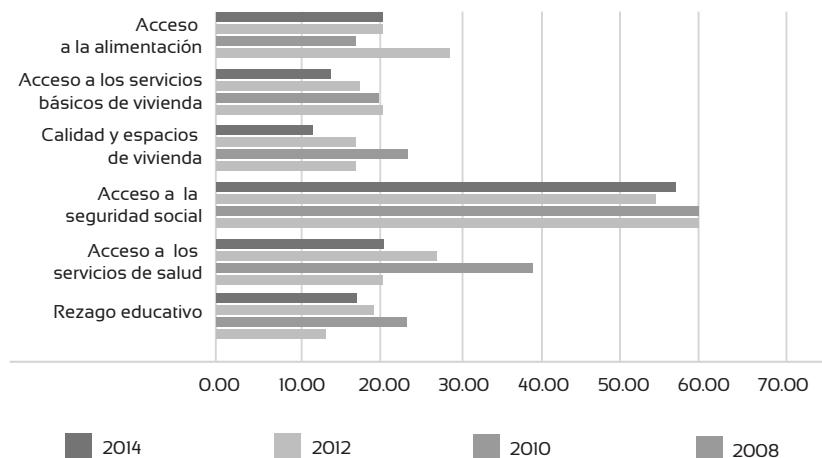
Fuente: Elaboración propia con información del INEGI de las defunciones por homicidio por año de registro, según entidad federativa y lugar de ocurrencia. Estadísticas de mortalidad. Disponible en http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proy=mortgral_dh. Página consultada el 11 de julio de 2016.

Un conjunto de indicadores para analizar a los derechos económicos y sociales es todo el trabajo que ha venido desarrollando el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL). Creado en 2005, el CONEVAL diseñó un índice multidimensional para medir la pobreza en México y ha realizado mediciones en 2008, 2010, 2012 y 2014. Dicho índice se conforma por un indicador de bienestar económico a partir de dos líneas de ingreso (la línea de bienestar y la línea de bienestar mínimo) y seis indicadores de derechos sociales (educación, salud, seguridad social, alimentación, vivienda, y servicios de vivienda). Estas seis dimensiones suelen ser capturadas como derechos humanos, y su no ejercicio se convierte en carencia social. Una persona puede ejercer seis derechos o puede sufrir seis carencias sociales.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

En las gráficas 16, 17, 18 y 19 se observan las carencias sociales a partir de las cuatro regiones que hemos venido utilizando para mirar al país: norte, centro-norte, centro y sur. De las gráficas 16, 17, 18 y 19 se desprende que no hay una región en específico que presente mejores o peores condiciones con respecto al resto. El segundo punto que sobresale de inmediato es que la carencia social más sufrida por el grueso de la población en todas las regiones es el acceso a la seguridad social. Otro elemento es que, en prácticamente todas las zonas y todos los derechos, hay mejorías entre 2008 y 2014, con algunas excepciones. En relación con las zonas, en el centro-norte no se observa esa mejoría, por el contrario, los indicadores de carencias sociales de 2014 aumentaron en los seis derechos con respecto a los de 2008. Vaya, hay un claro empobrecimiento en esta región. En relación con ciertos derechos que no mejoraron en algunas regiones, tenemos al acceso a los servicios de salud en las zonas norte y sur, así como el rezago educativo en la zona norte. Hay también varios derechos en los que no hay diferencias relevantes entre 2008 y 2014.

Gráfica 16
Porcentaje promedio de carencias sociales
de la región norte del país, 2008, 2010, 2012, 2014

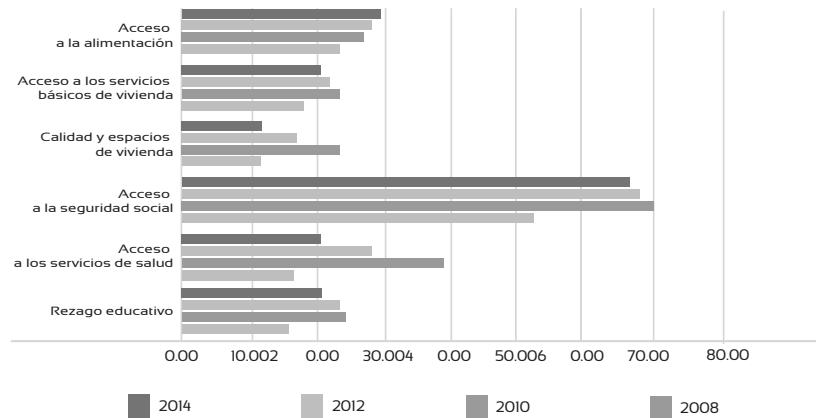


Fuente: Elaboración propia con información de CONEVAL, consulta 1 jun 2016, disponible en <http://www.coneval.org.mx/>

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Gráfica 17

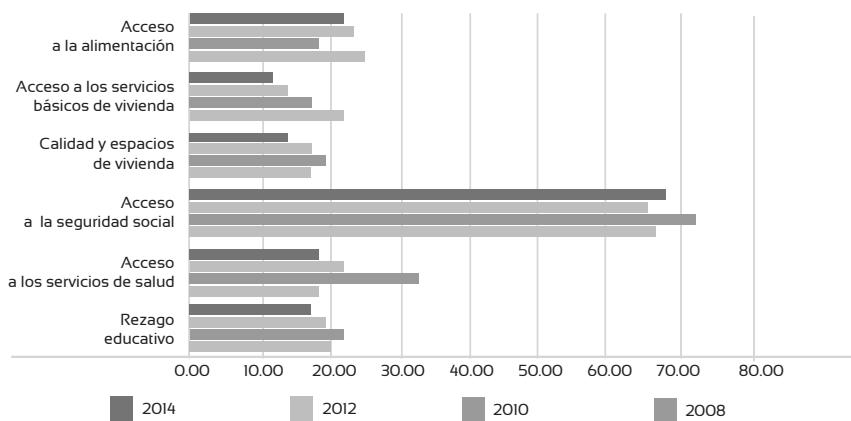
Porcentaje promedio de carencias sociales de la región centro-norte
del país, 2008, 2010, 2012, 2014



Fuente: Elaboración propia con información de CONEVAL, consulta 1 jun 2016, disponible en <http://www.coneval.org.mx/>

Gráfica 18

Porcentaje promedio de carencias sociales de la región centro del país,
2008, 2010, 2012, 2014

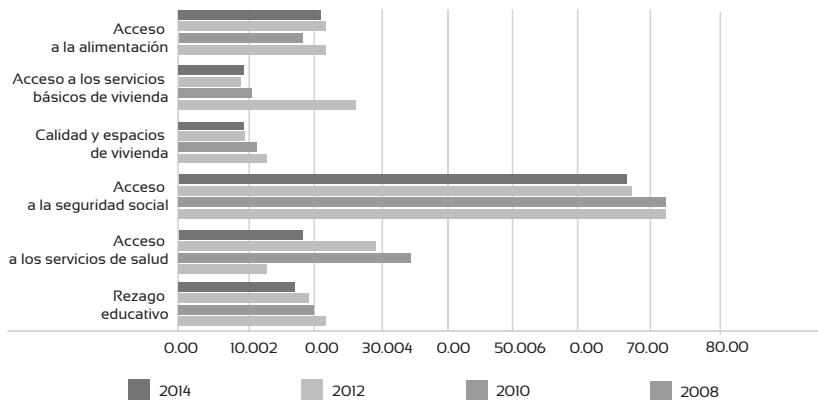


Fuente: Elaboración propia con información de CONEVAL, consulta 1 jun 2016, disponible en <http://www.coneval.org.mx/> página.

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Gráfica 19

Porcentaje promedio de carencias sociales de la región sur del país,
2008, 2010, 2012, 2014



Fuente: Elaboración propia con información de CONEVAL, consulta 1 jun 2016, disponible en <http://www.coneval.org.mx/>

El cuadro 3 es un resumen de las posiciones que ocupan las entidades federativas al ordenarlas por su valor en los seis indicadores de las carencias sociales. En él notamos el patrón esperado: que los estados que ocupan los últimos lugares en todas las listas resultantes son los estados del sur, mientras que los primeros lugares están ocupados por las entidades del norte, más la Ciudad de México.

Cuadro 3

Cuadro ordinal de las entidades según su porcentaje de habitantes con alguna carencia social

	Rezago educativo	Acceso a servicios de salud	Acceso a seguridad social	Calidad de la vivienda	Servicios en la vivienda	Acceso a aliment.
Último	Chiapas	Puebla	Chiapas	Guerrero	Oaxaca	Guerrero
Penúltimo	Mich.	Mich.	Guerrero	Chiapas	Guerrero	Tabasco
Ante-penúltimo	Oaxaca	Guerrero	Oaxaca	Oaxaca	Chiapas	Mich.
Tercero	N. León	Coahuila	Sonora	Ags.	C. de M.	Baja Cal.
Segundo	Coahuila	Camp.	N. León	C. de M.	Colima	Tams.
Primer	C. de M.	Colima	Coahuila	Coahuila	Ags.	N. León

Fuente: Elaboración propia con información de CONEVAL.

El CONEVAL sumó dos líneas de ingreso (la línea de bienestar y la línea de bienestar mínimo) a estos seis indicadores de carencias sociales y, con todos estos elementos, crea las siguientes tipologías:

- a) Persona en pobreza extrema: aquella que está por debajo de la línea de ingreso de bienestar mínimo y sufre al menos una carencia social.
- b) Persona en pobreza moderada: aquella que está por arriba de la línea de ingreso de bienestar mínimo, pero por debajo de la línea de ingreso de bienestar, y sufre al menos una carencia social.
- c) Persona en pobreza: la que se encuentra tanto en pobreza extrema como moderada.
- d) Persona vulnerable por carencias sociales: aquella que se encuentra por arriba de la línea de ingreso de bienestar, pero sufre al menos una carencia social.
- e) Población vulnerable por ingreso: personas que no sufren carencias sociales, pero se encuentran por debajo de la línea de bienestar.
- f) Población no pobre y no vulnerable: personas que se encuentran por arriba de la línea de bienestar y que no sufren de ninguna carencia social.

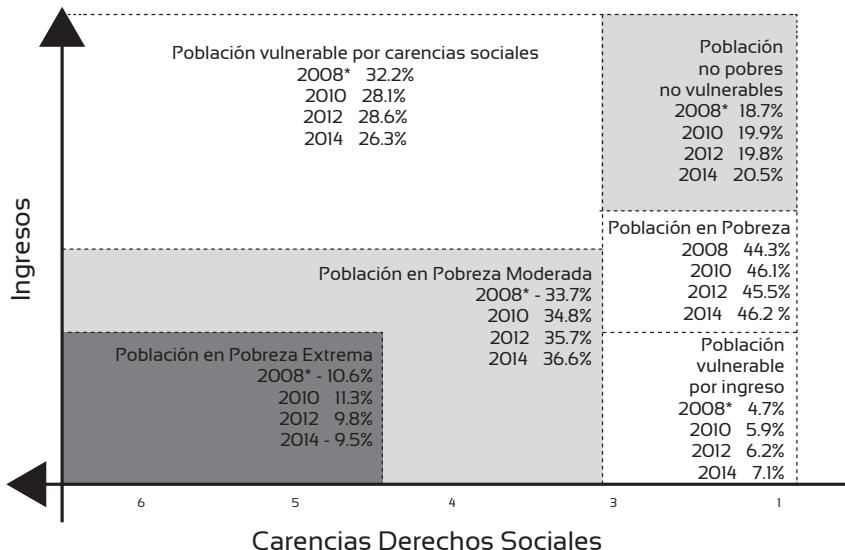
En el cuadro 4 se observa la evolución de los grupos mencionados en las cuatro mediciones realizadas. Sobresale una pequeña disminución de la pobreza extrema, que contrasta con un aumento de la pobreza moderada, la pobreza en general, y la población vulnerable por ingreso. Una buena noticia es la disminución de la población vulnerable en seis puntos porcentuales, aunque no logra traducirse en un aumento de la población que no es ni pobre ni vulnerable. De acuerdo con el CONEVAL, la disminución de las carencias sociales que vimos líneas arriba ha logrado impactar en esta disminución de la población vulnerable. Sin embargo, la pobreza moderada ha venido en aumento, así como la pobreza en general. Esto se debe a que el principal motor para salir de la pobreza es contar con un empleo formal que incluya un salario digno, y es en este punto donde México no ha tenido avance. Por ello, por más que la acción gubernamental parezca atinada en la reducción de carencias sociales, se man-

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

tiene el principal generador de la pobreza: ausencia de empleos formales bien remunerados.

Cuadro 4

Distribución de la población según situación de pobreza o vulnerabilidad 2008, 2010, 2012 y 2014



Fuente: Estimaciones de CONEVAL, consulta 7 jul 2016, disponible en http://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2014.aspx

* La cifras de 2008 no incluyen el indicador de combustible para cocinar.

Un aspecto que se suele perder de vista en la presentación de los datos que cada dos años hace el CONEVAL es la población vulnerable. Se presta mucha atención a los movimientos de las cifras de las personas en pobreza en general y en pobreza extrema, pero se pasa por alto la situación de las personas vulnerables. Es relevante recuperar estas dimensiones y carencias porque, como mencionamos líneas arriba, se trata de indicadores diseñados pensando en derechos económicos y sociales. Así, si sumamos, por ejemplo, la cantidad de personas en pobreza y en situación de vulnerabilidad en 2008, tenemos que a 76.5% de

la población se le vulneran sus derechos económicos y sociales. Esta cifra pasó a 72.5% en 2014.

3. RELACIONES ENTRE LOS derechos humanos Y LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

Demos paso a las relaciones entre los indicadores de percepción de la corrupción y los derechos humanos. En el cuadro 5 se presentan los coeficientes de correlación. Para facilitar la lectura, en gris claro se enfatizan las relaciones débiles (de 0.2 a 0.3), en gris oscuro las relaciones más fuertes (de 0.3 a 0.4) y en negro las relaciones más estrechas (de 0.4 en adelante). Comencemos por estas últimas: la relación más clara entre la percepción de la corrupción y los derechos humanos se da con los derechos económicos y sociales, especialmente con aspectos relacionados con el derecho a la salud, como se observa en los indicadores de acceso a la salud del CONEVAL y de mortalidad infantil, que tiene altas correlaciones con todos los indicadores de percepción. Es decir, a mayor corrupción, más violaciones al derecho a la salud (menor acceso a la salud, mayor mortalidad infantil). Sobresale también la relación entre la percepción de corrupción en el Ejército y la Marina (seguridad nacional) con la esperanza de vida al nacer: a mayor percepción de la corrupción en este rubro, menor esperanza de vida al nacer. También sobresale una correlación alta entre la percepción de corrupción en las policías judiciales y ministerios públicos, con el total de quejas de la CNDH como indicador de violaciones a derechos humanos en general.

Un buen número de correlaciones intermedias entre corrupción y violaciones a derechos humanos también se concentra en los derechos económicos y sociales, en el acceso a la seguridad social y en la calidad de la vivienda: a mayor corrupción, menos acceso a la seguridad social o menor calidad de la vivienda. También tenemos relaciones intermedias con indicadores generales de violaciones a los derechos humanos, específicamente el total de quejas y recomendaciones, ambos de la CNDH.

Un aspecto llamativo es que en muchos casos, los indicadores de derechos civiles y políticos no se correlacionan con los

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

indicadores de percepción de la corrupción, o estas correlaciones son más bajas (de 0.2 a 0.3). De hecho, el único indicador que se correlaciona con la corrupción (en las cuatro mediciones de percepción) es el de homicidios por año: a mayor percepción de la corrupción, más homicidios. También las quejas por detenciones arbitrarias se correlacionan con la percepción de corrupción, pero únicamente en el caso de la seguridad pública (policías municipales, estatales y federales). En cambio, no hay relaciones lineales ni con el porcentaje de homicidios con respecto a las muertes totales, ni con las quejas ante la CNDH por tortura, ni con las quejas ante la CNDH o las averiguaciones previas ante la PGR por desaparición forzada.

De forma interesante, la participación electoral tiene una correlación negativa con el indicador de percepción de corrupción de la seguridad nacional (Ejército y Marina): a mayor percepción de la corrupción, menor participación electoral. Este punto es fácil de explicar: ahí donde la gente se siente insegura por la presencia del Ejército y/o la Marina, disminuye su participación política.

Hay relaciones débiles (de 0.2 a 0.3) entre percepción de la corrupción y derechos económicos y sociales. Se observan en las mediciones de pobreza y servicios de vivienda del CONEVAL y en menor medida, en el acceso a la seguridad social, la calidad de la vivienda y una correlación negativa con la esperanza de vida al nacer. Esta correlación se lee de la siguiente forma: a mayor grado de percepción en la corrupción, más población en condición de pobreza, sin acceso a los servicios de vivienda, sin seguridad social, sin los elementos de calidad de la vivienda y con menos esperanza de vida al nacer.

De los resultados en este cuadro, parece que hay un mayor impacto de la corrupción sobre los derechos económicos y sociales que sobre los derechos civiles y políticos. Mientras que encontramos relaciones significativas en 20 de las 52 posibles combinaciones (38.4%) en los derechos económicos y sociales, solo hubo correlaciones significativas en 6 de los 28 posibles casos en los derechos civiles y políticos (21.4%). Una hipótesis para explicar este impacto diferenciado es que, si bien todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) están confor-

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

mados por todas las obligaciones generales (respetar, garantizar, proteger y promover), por lo que suponen tanto lógicas de omisión como de acción, y requieren presupuestos para la conformación de una maquinaria institucional, este tipo de obligaciones de tomar medidas son más acentuadas en los derechos económicos y sociales. Debido a que los actos de corrupción conllevan una disminución de la bolsa presupuestaria (por lo que también se impacta al principio de máximo uso de recursos disponibles), se entiende que haya un mayor impacto en los derechos económicos y sociales que en los derechos civiles y políticos.

No hay que perder de vista que los indicadores generales de violaciones a los derechos humanos que construimos —total de quejas y recomendaciones de la CNDH por entidad federativa— muestran una relación consistente con la percepción de corrupción: 6 de 8 posibles casos (75%) son significativos.

Cuadro 5
Coeficientes de correlación entre percepción
de la corrupción y derechos humanos para México, 2000-2014

	<i>ENVIPE. administración de justicia (MP)</i>	<i>ENVIPE. Impartición de Justicia (Jueces)</i>	<i>ENVIPE. Seguridad nacional</i>	
CNDH. Total de quejas	0.456***	0.389***	0.306***	0.068
CNDH. Recomendación	0.378***	0.311***	0.292***	0.119
Homicidio x año x ocurrencia	0.240***	0.214***	0.222***	0.352***
Muertes x homicidio / muertes totales	0.031	-0.038	0.012	0.113
CNDH. Quejas desaparición.	0.054	-0.042	0.109	-0.126
Av. Prev. X desaparición forzada	-0.100	-0.059	0.009	-0.122

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

	<i>ENVIPE. administración de justicia (MP)</i>	<i>ENVIPE. Impartición de Justicia (Jueces)</i>	<i>ENVIPE. Seguridad</i>	<i>ENVIPE. Seguridad nacional</i>
CNDH. Quejas detención arbitraria	0.135*	0.039	0.248***	-0.113
CNDH. Quejas tortura.	0.108	0.046	0.170**	-0.039
Participación electoral	-0.138*	-0.070	-0.198**	-0.205***
IDH. Valor global	0.082	0.052	-0.024	-0.079
IDH. Salud	0.076	0.070	0.022	-0.099
IDH. Educación	0.169**	0.099	0.003	-0.035
IDH. Ingreso	-0.016	-0.018	-0.087	-0.094
CONEVAL. Pobreza	0.197**	0.228***	0.267***	0.179**
CONEVAL. Rezago educativo	0.047	0.107	0.121	0.106
CONEVAL. Acceso a salud	0.599***	0.534***	0.424***	0.187**
CONEVAL. Acceso a Seguridad social	0.319***	0.375***	0.353***	0.208***
CONEVAL. Calidad de vivienda	0.322***	0.306***	0.248***	0.003
CONEVAL. Servicios de vivienda	0.169**	0.204***	0.223***	0.074
CONEVAL. Alimentación	0.166**	0.166**	0.135*	0.023
Mortalidad infantil	0.457***	0.453***	0.457***	0.423***
Esperanza de vida al nacer	-0.180**	-0.159**	-0.209***	-0.501***

Fuente: Elaboración propia.

Además de los índices de correlación, nos dimos a la tarea de realizar una prueba estadística jerárquico-lineal⁴ para mirar las relaciones entre la corrupción, las violaciones a los derechos humanos (a los derechos políticos en específico) y la impunidad. Con esta lógica, veamos el modelo que, además del índice de derechos políticos de Freedom House (FH) como variable a explicar (variable dependiente), contiene como variables explicativas (variables independientes o causales) y alternativas: el índice de corrupción de TI (CPI), el componente de impunidad del World Justice Project (WJP), componente de impunidad del Índice de Estado de Derecho (ROL), el impacto producido por la interacción entre la corrupción y la impunidad (CPI – ROL), el crecimiento del PIB, la población y el índice de régimen político. Sin este tipo de controles, el modelo estaría sesgado. En esta prueba contamos con 87 países (grupos) y 260 observaciones (año-país).

Cuadro 6
Coeficientes de la regresión jerárquico-lineal
usando como variable dependiente al índice
de derechos políticos de FH, 2012 - 2015

Variables	Modelo
Índice de Percepción de la Corrupción (CPI)	-0.080***
Componentes de impunidad del Índice de Estado de Derecho (ROL)	-3.171***
Interacción entre CPI y ROL	0.072***
Crecimiento	0.010
Población	0.000
Índice de Régimen Político	-0.225***
N (Observaciones año-país)	260
Grupos (países)	87
R ² (entre grupos) (entre países)	0.870
R ² (al interior del grupo) (al interior del país)	0.804

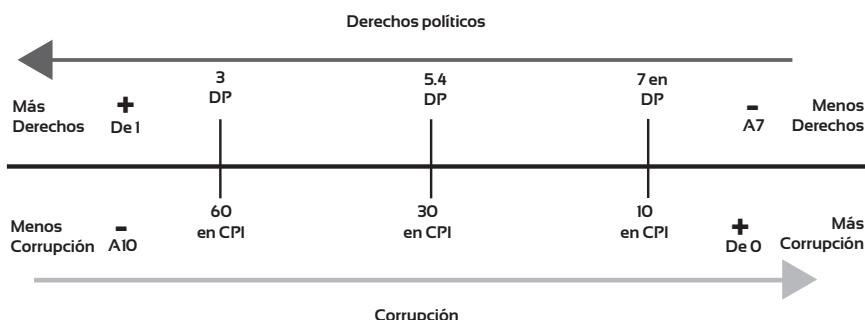
Fuente: Elaboración propia.

⁴ Este tipo de pruebas nos permiten controlar los resultados por tiempo, por países y por variables de control, es decir, permite explicar la relación de dos variables (en nuestro caso, el impacto de la corrupción en los DH), considerando el posible impacto que pueden tener otras variables en esa relación (en nuestro caso, la impunidad, el tipo de régimen, el PIB, o la población).

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

El primer aspecto relevante es que el impacto (descuento) promedio del efecto de las variables de control (crecimiento del PIB, población, e índice del régimen político) permite mirar la influencia tanto del índice de impunidad como de la interacción entre la impunidad y la corrupción. Cuando están todas estas variables en juego, el impacto de la corrupción en el índice de derechos políticos disminuye -0.080. La lógica de lectura es: por cada unidad que avanza el CPI (de las 100 unidades que tiene), el índice de derechos políticos disminuye en 0.08. Es decir, en un país que en un primer momento tiene 10 en el CPI (alta corrupción), y 7 en el índice de derechos políticos (nulos derechos), en la medida en que avance al 20 en corrupción (menos corrupción), tendrá 6.2 en derechos políticos (más derechos políticos), y así sucesivamente.

Gráfica 20
Impacto de la corrupción en el índice de derechos políticos



Fuente: Elaboración propia.

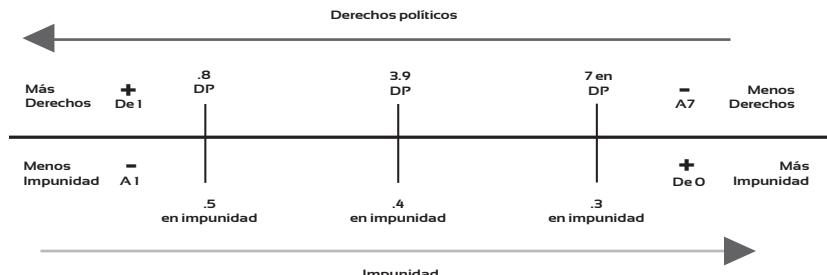
Por ejemplo, si en lugar de avanzar un punto en combate a la corrupción, México hubiera avanzado diez, es decir, de 34 a 44 en 2013, a 54 en 2014, y a 64 en 2015, el impacto promedio en los derechos políticos le pudo haber permitido llegar a 2.5 en 2013, 1.6 en 2014 y 0.7 en 2015. La diferencia no es menor. Mientras que en estos mismos años (2012 – 2015), con la calificación de 3 en derechos políticos además de México están países como Albania, Botsuana, Liberia, Malawi, Nigeria, Sierra Leona, Tanzania y Zambia, por mencionar algunos; con la calificación de 1 aparecen

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Australia, Bélgica, Canadá, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia y Alemania, entre otros.

Tan interesante como el impacto promedio de la corrupción es el que se observa en el caso de la impunidad (ROL), que es de -3.1. El componente de impunidad del WJP va de 0 a 1 (con decimales, son 10 unidades), donde 0 es el mayor nivel de impunidad y 1 el menor. En este caso, por cada unidad que avanza el índice de impunidad (de 0.0 a 0.1, de 0.1 a 0.2, y así sucesivamente), disminuye en 3.1 el índice de derechos políticos. Así, por ejemplo, cuando un país tiene 0.3 en el índice de impunidad (alta impunidad), y 7 en derechos políticos (nulos derechos políticos), en la medida en que avance al 0.4 en el índice de impunidad (menos impunidad), tendrá 3.9 en el índice de derechos políticos (más derechos políticos). Por ejemplo, en el índice de impunidad, México obtuvo 0.3 en 2013 y mantuvo esta calificación en 2014 y 2015. En esos mismos años, también mantuvo la calificación de 3 en el índice de derechos políticos de Freedom House. Si en lugar de mantenerse en 0.3 durante tres años, hubiera avanzado una unidad colocándose en 0.4 (menos impunidad), el índice de derechos políticos hubiera pasado de 3 a 1. Con 0.4 en impunidad y 1 en derechos políticos está Croacia, en 2013. Y con 0.5 en impunidad y 1 en derechos políticos están Italia (de 2013 a 2015), Costa Rica en 2015, Chile en 2014 y 2015, y Uruguay en 2014 (gráfica 21).

Gráfica 21
Impacto de la impunidad en el índice
de derechos políticos (Modelo 2)



Fuente: Elaboración propia.

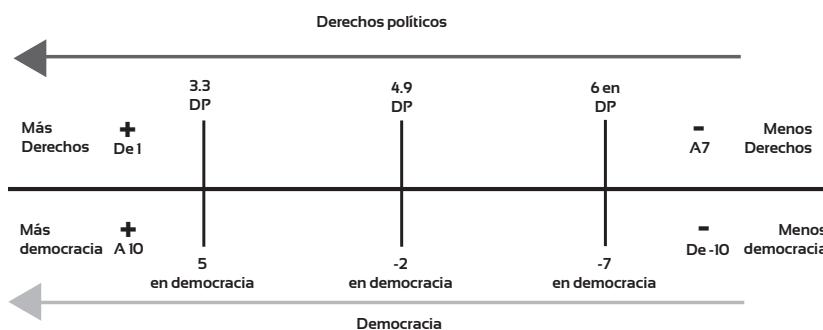
Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

Un aspecto central en la comparación del impacto promedio de la corrupción y la impunidad es que el segundo es mucho más acentuado. Mientras que una mejora del 10% del índice de corrupción tiene un impacto promedio de 0.8 sobre el índice de derechos políticos; una mejora del mismo porcentaje en impunidad tiene un impacto promedio de 3.1. Por ejemplo, México obtuvo calificaciones de 0.3 en el índice de impunidad entre 2013 y 2015. En esos mismos años, la calificación de los derechos políticos fue de 3. A diferencia de lo que observamos en el índice de corrupción, hubiera bastado con que México pasara de 0.3 a 0.4 en impunidad, para lograr dejar el grupo de países que, como México, sacaron 3 (Albania, Botsuana, Liberia, Malawi, Nigeria, Sierra Leona, Tanzania y Zambia, por mencionar algunos); y tener posibilidades de llegar a los países con calificación de 1 (Australia, Bélgica, Canadá, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Finlandia, Francia y Alemania, entre otros).

Este mismo impacto se observa en el índice de régimen político. Este indicador va de -10 a 10 (20 observaciones). El -10 identifica a las monarquías hereditarias, el 10 a las democracias consolidadas. En la medida en que un país avance una unidad en este índice (pase del -10 al -9, del -9 al -8), el índice de derechos políticos tendrá un impacto de -0.22. Es decir, un país que en un primer momento tenga -7 (poco democrático) en el índice de régimen político, y 6 en el índice de derechos políticos (pocos derechos políticos); si avanza al -6 en el régimen democrático (se hace más democrático), tendrá 5.78 en el índice de derechos políticos (habrá más derechos políticos). Entre 2012 y 2015, México ha obtenido una nota de 8 en el índice de régimen político. En estos mismos años obtuvo 3 en el índice de derechos políticos, no hubo cambios en ninguna de las dos mediciones. Si en el régimen político se hubiera avanzado de 8 a 10 (más democracia), en el índice de derechos políticos se hubiera pasado de 3 a 2.5 (más derechos políticos) (gráfica 22).

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Gráfica 22
Impacto del régimen político en el índice
de derechos políticos (Modelo 2)



Fuente: Elaboración propia.

Un último aspecto a destacar es la fortaleza que tienen las variables explicativas (corrupción, impunidad, la interacción entre estas dos, crecimiento, población y el índice del régimen político) con respecto a la variación del índice de derechos políticos (variable explicada). De acuerdo con los resultados de la prueba estadística, las variables explicativas dan cuenta de 87% de la variación del índice de derechos políticos cuando se analizan las tendencias entre los países (R^2 entre grupos) (las tendencias de México, Brasil, China, Rusia, Francia, etc.); y explican 80% de la variación del índice de derechos políticos cuando se analizan las tendencias de un solo país en los cuatro años analizados (2012-2015) (R^2 al interior del grupo).

En otras palabras, vemos que de las tres variables analizadas (corrupción, impunidad y régimen político), la impunidad tiene un mayor impacto promedio, seguido del régimen político y de la corrupción. Mientras que una mejoría de 10% en el índice de impunidad significa un impacto promedio en los derechos políticos de 3.1; la misma modificación de 10% en el régimen político tendrá un impacto promedio de 0.44 y de 0.8 en el caso de la corrupción. Visto esto, ¿le prestamos más atención a la impunidad y tiramos por la borda a la corrupción y a la consolidación de la democracia? No. Este sería un error, porque es precisamente la

Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía

combinación de todas estas variables la que permite explicar el mayor ejercicio de derechos (políticos en este caso). En la medida en que la violación a los derechos humanos es un problema que requiere soluciones técnicas relacionadas con acción de gobierno, si se logra incidir en esas variables explicativas se podrá tener un mayor ejercicio de los derechos políticos. Al menos en lo que hace a los derechos políticos, la impunidad es una variable clave para mejorar los niveles de ejercicio de los derechos, siempre de la mano con la consolidación del régimen democrático y la disminución de la corrupción.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Banco Mundial, Indicadores mundiales de gobernanza, disponible en <http://info.worldbank.org>

CINGRANELLI, David L. y RICHARDS, David L., The Cingranelli-Richards (CIRI) Human Rights Data Project, disponible en <http://www.humanrightsdata.com/>

_____, The Cingranelli-Richards (CIRI) Human Rights Data Project Coding, 2014, Manual Version 5.20.14, consulta 27 may 2015, disponible en <http://www.humanrightsdata.com/p/data-documentation.html>

_____, *Short variable descriptions for indicators*, s.f., consulta 27 may 2015, disponible en <http://www.humanrightsdata.com/>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social (CONEVAL), Informe de evaluación de la política de desarrollo social en México, 2012, noviembre, México, disponible en <http://www.coneval.gob.mx/Evaluacion/IEPSM/Paginas/IEPSM.aspx>

_____, Informe de evaluación de la política de desarrollo social en México, 2014. febrero, disponible en http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/IEPDS_2014/IEPDS_2014.pdf

_____, Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México. 2^a ed., 2014, disponible en http://www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/Publicaciones%20oficiales/MEDICION_MULTIDIMENSIONAL_SEGUNDA_EDICION.pdf

LUIS DANIEL VÁSQUEZ

Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, disponible en <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2016/>

Freedom House, Metodología del índice de libertad, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2015/methodology>

Índice de Desarrollo Humano/PNUD, <http://www.mx.undp.org/content/mexico/es/home/library/poverty/indice-de-desarrollo-humano-para-las-entidades-federativas--mexi.html>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2015, Marco conceptual, México, ENVIPE, http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos//prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825077273.pdf

Polity Project <http://www.systemicpeace.org/polityproject.html>

Transparencia Internacional <http://www.transparency.org/>, Índice de percepción de la corrupción 2015. Nota técnica sobre la metodología, consulta 26 may 2015, disponible en www.transparency.org/cpi2015#downloads

_____, Índice de percepción de la corrupción 2015. Preguntas frecuentes, consulta 1 jun 2016, disponible en www.transparency.org/cpi2015#downloads

_____, Índice de percepción de la corrupción 2015. Descripción completa de las fuentes, consulta 1 jun 2016, disponible en www.transparency.org/cpi2015#downloads

World Justice Project (WJP), <http://worldjusticeproject.org/>, *Variables used to construct the rule of law index*, s.f., consulta 27 may 2016, disponible en <http://worldjusticeproject.org/methodology>

_____, Methodology. s.f., consulta 27 may 2016, disponible en <http://worldjusticeproject.org/methodology>

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

Carlos Tablante

La crisis humanitaria que padece Venezuela evidencia de manera contundente el impacto de la corrupción en la violación sistemática tanto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en particular de las personas en situación de vulnerabilidad, como también del derecho a la vida, a la información, a la libertad de expresión y de los derechos políticos. Su efecto devastador está asociado a la pobreza, desigualdad, escasez, hiperinflación, impunidad, inseguridad y violencia. Como bien se expresa en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es motivo de preocupación la “gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.¹ Venezuela muestra precisamente este gravísimo efecto, por representar un “Estado delincuente” debido al “gran saqueo” que ha sufrido el país producto de la corrupción.²

¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, preámbulo, primer párrafo, disponible en http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

² Esta afirmación se ha expresado en las obras Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *Estado delincuente: cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela*,

CARLOS TABLANTE

En este marco, desde una perspectiva política, analizo cómo a través de la corrupción se ha generado la violación de los derechos humanos. Este enfoque gira en torno al vínculo entre la corrupción y los derechos humanos,³ que ha sido abordado por Cuentas Claras Digital desde hace ya una década⁴ y que ha sido destacado recientemente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso venezolano. En su informe de país titulado “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, se pone de relieve “el serio deterioro de la vigencia de los derechos humanos, y la grave crisis política, económica y social que atraviesa el país en los últimos dos años y en especial en el 2017”.⁵ Sería suficiente citar, solo a título meramente enunciativo, tres aspectos centrales del informe referidos concretamente a la corrupción.

En primer lugar, la CIDH tomó “nota con suma preocupación que la información a su alcance da cuenta de la existencia de altos niveles de corrupción en Venezuela, que permean aún más la débil institucionalidad”. Entre otras fuentes, se mencionan diversos reportes/denuncias de las organizaciones de la sociedad civil,⁶

Caracas, Cyngular Asesoría 357, 2013; Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo: quiénes y cómo se robaron el dinero de los venezolanos*, Caracas, Cyngular Asesoría 357, 2015.

³ Véase, por ejemplo, la publicación *La corrupción y los derechos humanos: estableciendo el vínculo*, México, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2009, disponible en http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf.

⁴ En CuentasClarasDigital.org se ha abordado el tema desde el seminario celebrado en Caracas en 2008 sobre delincuencia organizada y derechos humanos.

⁵ CIDH, “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, Informe de país, 2017, 12 de febrero de 2018, y es el tercero respecto a la situación de los derechos humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>.

⁶ El informe cita a CEPAZ, Ruptura de la Institucionalidad Democrática en Venezuela 2017, “Estocada a la democracia”, Aportes al Informe de país de la CIDH, p. 20 y PROVEA, El desmantelamiento del Ministerio Público, 3 de julio de 2017, *ibidem*, notas al pie 248 y 249.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

de medios de comunicación social,⁷ de exfuncionarios⁸ y de empresarios.⁹ Pero agrega que el “mismo Estado venezolano ha reconocido ante la CIDH que, entre los varios retos que enfrenta, se encuentra la lucha contra la corrupción”.¹⁰

Una segunda línea clara deviene de los señalamientos de la Comisión Interamericana en cuanto a los DESCA cuando subraya “su más profunda preocupación por las denuncias relativas a hechos de corrupción que afectan gravemente el acceso y disfrute de los DESCA”,¹¹ en tanto se ha reiterado “que los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos

⁷ *Prodavinci*, “El TSJ avanza en su intento de anular y remover a la fiscal”, 27 de junio de 2017, así como *El Nacional*, “Ortega Díaz desconoce las sentencias 469 y 470 del TSJ”, 28 de junio de 2017, *ibidem*, notas al pie 249 y 250.

⁸ Recoge la denuncia de agosto de 2017 de la exfiscal Ortega sobre presuntos vínculos de corrupción entre la empresa Odebrecht y altos mandos del gobierno, que incluirían al presidente Maduro y a Diosdado Cabello, *ibidem*, nota al pie 255.

⁹ Se cita que en octubre de 2017, el exjefe de Odebrecht en Venezuela afirmó haber entregado 35 millones de dólares para la campaña presidencial del presidente Maduro, *ibidem*, nota al pie 256.

¹⁰ *Ibidem*, nota al pie 252, Youtube video, Entrevista de Jordi Evole/Saveados a Maduro: audio completo, J. Dobbs, 13 de noviembre de 2017.

¹¹ Según el informe, “Algunas de estas denuncias serían: (i) el presunto desvío de 1040 cajas de carne de res de la empresa MERCAL, adscrita al Ministerio de la Alimentación; (ii) la presunta exigencia ilegal de dinero por parte de funcionarios públicos para tramitar guías de movilización a productores agrícolas; (iii) el presunto robo de dinero que debía ser utilizado para la compra de productos distribuidos por los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP); (iv) la presunta apropiación indebida de insumos médicos en el Hospital Universitario del estado de Falcón; (v) el presunto desvío de más de 18 toneladas de arroz; (vi) la negativa de vender bolsas de comida de los CLAP a quienes no participaron de los comicios de la ANC; (vii) el incumplimiento de una empresa en la realización de 161 casas en Carora (Lara) en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela; (viii) el presunto cobro de dinero para gestionar la asignación de unidades de esta misma misión, y (ix) la compra sobrevaluada en 55% de alimentos provenientes de México para los CLAP. Asimismo, preocupa que de acuerdo con un estudio del 2016 de Transparencia Internacional, el índice de soborno para acceder a un hospital oscile entre el 31 y 40%; mientras que el índice para acceder a servicios públicos se encuentra entre el 41 y 50%”, *ibidem*, párr. 411.

CARLOS TABLANTE

humanos cuando existe una corrupción extendida”¹² y advierte que “la privación de derechos como la alimentación, la salud, la vivienda y la educación son algunas de las terribles consecuencias que produce la corrupción en los países latinoamericanos”.¹³

Un tercer aspecto clave en el informe de la CIDH se dedica a afirmar la relación perversa entre impunidad y corrupción en tanto la perpetúa, exhortando a la adopción de mecanismos efectivos para erradicarla. En palabras de la CIDH,

Resulta de suma importancia que el Estado asegure que los actos denunciados sean investigados de manera independiente e imparcial y sin demora, sin influencias ni discriminación con base en la pertenencia a determinados partidos políticos o en los cargos ocupados por los investigados. Asimismo, el Estado tiene el deber de evitar que estos hechos de corrupción se repitan, por lo que resulta fundamental la adopción de medidas preventivas. Entre estas medidas resultan fundamentales aquellas que permitan gobernar con base en los principios de publicidad, transparencia y responsabilidad pública efectiva, esenciales para el funcionamiento de una sociedad democrática. Ello es fundamental para el respeto y la garantía plena de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales en Venezuela.¹⁴

Bajo una óptica política, es indispensable comenzar este examen de la relación entre corrupción-impunidad y violación de los derechos humanos en Venezuela, ofreciendo el entorno político-económico dentro del cual se ha desarrollado y poniendo el acento en los distintos factores que gestaron y condujeron a la crisis

¹² La CIDH toma nota del derecho comparado y cita Comité DESC, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, observaciones finales, República de Moldova, E/C.12/1/ADD.91, 12 de diciembre de 2003, párr. 12; Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, observaciones finales, República del Congo, CRC/C/COG/CO/1, 20 de octubre de 2006, párr. 14; y Relator especial sobre la independencia de jueces y abogados, E/CN.4/2005/52/Add.4, párr. 96, *ibidem*, nota al pie 263.

¹³ La CIDH refiere al OHCHR, *Human Rights Council 36th Session: Opening Statement by UNHCHR*, 11 de septiembre de 2017, *ibidem*, pp. 224-225.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 147.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

actual. Por supuesto, aun cuando no hay estadísticas ni bases de datos suficientes por la opacidad que caracteriza al régimen venezolano con el fin de ocultar información pública inconveniente para evitar juicios adversos acerca de su desempeño y limitar la rendición de cuentas, en el presente trabajo se seleccionaron algunos casos reveladores que han tenido lugar durante los últimos 15 años en detrimento de la democracia, con base en hechos públicos y notorios. A pesar de la falta de información oficial, compilo casos de violación de derechos humanos en las áreas de alimentación, salud, vivienda y servicios básicos. Una fuente clave emana del trabajo de los periodistas y de miembros de organizaciones no gubernamentales. Se trata de un relato, no exhaustivo, que aclara la crisis humanitaria que sufren los venezolanos a raíz de la corrupción que afecta la garantía de los derechos.

1. CONTEXTO POLÍTICO-ECONÓMICO

En el discurso político invocado durante el régimen chavista-madurista se constata la mayor contradicción, en tanto alude al llamado socialismo del siglo XXI y pretende actuar en nombre de los pobres, mientras en la realidad se ha instalado un capitalismo de Estado corrupto. El lema pareciera ser “tanto Estado hegemónico como sea posible para facilitar la corrupción y la impunidad, y tanto mercado como sea indispensable para enriquecerse con negocios ilícitos”. Un elemento determinante ha sido la sustitución de la democracia por la cleptocracia¹⁵ y la kakistocracia.¹⁶

¹⁵ Real Academia Española, Cleptocracia: Sistema de gobierno en el que prima el interés por el enriquecimiento propio a costa de los bienes públicos.

¹⁶ El término “Kakistocracia” fue acuñado por Michelangelo Bovero (profesor de la cátedra de filosofía política de la Universidad de Turín), siendo su significado el gobierno de los peores. En el *Dictionary of Sociology*, en su primera edición en inglés de 1944, registrada por Philosophical Library Inc., se incorpora la definición del término “Kakistocracia” por Frederick M. Lumley, que dice: “Gobierno de los peores; estado de degeneración de las relaciones humanas en que la organización gubernativa está controlada y dirigida por gobernantes que ofrecen toda la gama, desde ignorantes y matones electoreros hasta bandas y camarillas sagaces, pero sin escrúpulos”, disponible en <http://kakistocracianacional.blogspot.com.es>.

CARLOS TABLANTE

Como he denunciado reiterativamente,¹⁷ la existencia de un Estado delincuente conlleva la mezcla de intereses, un cierto maridaje que, a partir de lo económico, rompe cualquier diferencia en el campo de lo político e ideológico para facilitar el cruce de negocios ilícitos. Se ha configurado en el país un andamiaje de corrupción donde las discrepancias se licúan con cierta facilidad. No hay diferencias, no hay colores ni ideología para dar paso a las negociaciones ilícitas que impone la ambición del dinero. La corrupción tiene un efecto viral que enferma a la sociedad, creando códigos que la obligan a mezclar lo lícito con lo ilícito en su perversa relación con las instituciones de un Estado carente de institucionalidad democrática.

La abundancia en hegemonía es una tentación tangible. Entre 1999 y 2014 hubo numerosos casos de corrupción con afectación de los derechos humanos, de los cuales relativamente solo conocemos unos pocos. Casos de la gran corrupción y de la pequeña corrupción, nacionales y municipales, en varios sectores, perpetrados por individuos o grupos organizados. Cada uno de ellos tiene su propio ciclo y sus repercusiones en diferentes servicios públicos. Aunque los primeros casos a partir de 1999 pudieron haber ocurrido aisladamente, sucesivamente se fueron incrementando y alineándose alrededor del control de cambio del dólar decretado en el año 2003. Los ajustes institucionales avanzaban imponiendo otras políticas anacrónicas como las expropiaciones masivas, que a su vez empeoraban la economía y el valor del bolívar frente al dólar. Paralelamente, este diferencial en escalada abonaba un aceleramiento más sistémico de la creciente corrupción, facilitador del saqueo de los fondos públicos, con efectos materiales e inmateriales: una población obligada a adquirir productos más caros de menor calidad en un contexto de destrucción de los valores democráticos básicos.

En el mismo año 2003, la propia CIDH destacó su preocupación con relación a la extrema polarización política y la falta de aplicación cabal de la Constitución, especialmente para la de-

¹⁷ Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo:...*, cit., p. 19; Suárez, Pilar, “Emergencia para recuperar lo robado al país”, *El gran saqueo*, 27 de enero de 2016, disponible en <http://elgransaqueo.com/emergencia-para-recuperar-lo-robado-al-pais/>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

signación de las máximas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano,

[...] la percepción de la falta de independencia de los poderes del Estado, la creciente concentración de poder en el Ejecutivo Nacional, la impune actuación de los grupos civiles armados y de los grupos de exterminio, la tortura como práctica en los centros de detención, la tendencia a la confrontación y descalificación de la oposición política tradicional por parte del Gobierno, los constantes ataques contra periodistas y medios de comunicación, la tendencia hacia una militarización de la administración pública mediante el rol cada vez más protagónico de las Fuerzas Armadas, la politización de los cuerpos policiales, la creciente radicalización de las posturas políticas en un contexto de gran descontento social ante la insatisfacción de las demandas sociales, las controversias con relación al ejercicio de los derechos sindicales y el clima de marcada intolerancia política [...].¹⁸

Efectivamente, un factor desencadenante de esta crisis está constituido por las violaciones a la libertad de expresión, pilar fundamental de la democracia. Los derechos políticos y civiles han sido vulnerados, los partidos políticos de la oposición han sido ilegalizados e incluso se ha obstaculizado la realización de elecciones libres e independientes.¹⁹ La sociedad venezolana se encuentra coartada por un poder que todo lo controla, comenzando por la libertad de información y de expresión, derechos que fueron de los primeros en sufrir el embate del régimen autoritario durante la presidencia de Hugo Chávez. El ataque a los medios de comunicación independientes comenzó con la no renovación de concesiones radioeléctricas, como el caso de la televisora más antigua del país, Radio Caracas Televisión (RCTV) en 2007, a la que siguieron más de 200 emisoras de radio y 45 televisoras en todo el país.²⁰

¹⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, párr. 537, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2003sp/indice.htm>.

¹⁹ Entre tantas fuentes pueden consultarse los informes anuales de PROVEA para conocer contexto y balance general de los derechos humanos, disponible en <http://www.derechos.org.ve>.

²⁰ Olivares, Francisco, “Medios en la mira”, *El Universal*, 14 de junio de 2009, disponible en http://www.eluniversal.com/2009/06/14/pol_art_medios-en-la-mira_1426745.shtml.

CARLOS TABLANTE

Justamente al cumplirse tres décadas de formar parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 2007, la Comisión Interamericana decidió identificar a Venezuela como uno de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial y enfatizando el ambiente hostil para el disenso político, entre otros elementos fundamentales para la democracia.²¹ No obstante, el régimen de Nicolás Maduro ha mantenido una política de violación al derecho a expresarse libremente. Una manifestación de ello fue domesticar las líneas editoriales contrarias al gobierno a través de agentes aliados del sector privado y testaferros que se dedicaron a comprar importantes medios en oscuras negociaciones en dólares realizadas con compañías de maletín extranjeras, plagadas de secretismo.²²

Una década más tarde, en 2017, la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por decreto presidencial unilateralmente, cuestionado por su inconstitucionalidad,²³ aprobó la denominada ley constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia, que contempla restricciones a la libertad personal y violaciones al debido proceso. El análisis que realizó el Instituto Prensa y Sociedad Venezuela (IPYS) determinó que al menos ocho artículos de esta ley perjudican los principios de pluralidad, diversidad, libertad y acceso a la red. Este instrumento desco-

²¹ CIDH, Informe anual 2007, cap. IV, Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 de diciembre de 2007, párr. 222, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/cap4Venezuela.sp.htmzs>.

²² Cfr. Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo...., cit.*, p. 238.

²³ Casal, Jesús María, “La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 573-592; La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) mediante su opinión 894/2017, sobre la situación en Venezuela, advirtió que el procedimiento de selección de los miembros de esa Asamblea no satisfacía el requerimiento de participación del pueblo establecido en el artículo 347 de la Constitución venezolana, Comisión de Venecia, opinión 894/2017, CDL-AD (2017)024, 9 de octubre de 2017, p. 10.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

noce 20 de las 22 recomendaciones que aceptó el régimen y se comprometió a cumplir en marzo de 2017, ante diversos países, en el marco del Examen Periódico Universal, la evaluación de derechos humanos más importante que se realiza ante las Naciones Unidas.²⁴ En el control hegemónico y antidemocrático de la sociedad se criminaliza la disidencia. El que piensa diferente es perseguido, apresado, torturado y, en algunos casos, asesinado. Actualmente se registran 235 presos políticos.²⁵

Sin lugar a dudas, 2017 se caracterizó por ser un año sin precedentes en cuanto a la represión en Venezuela.²⁶ Durante las protestas pidiendo la renuncia de Nicolás Maduro, fueron asesinadas 157 personas por miembros de la Fuerza Armada Nacional y de los denominados colectivos afectos al régimen, en su mayoría jóvenes.²⁷ Pero el problema se agrava con las cifras del número de fallecidos por mostrar resistencia a policías y militares durante los denominados Operativos de Liberación del Pueblo (OLP), ya que el número de asesinados en 2017 fue de 5 535. En promedio, cada semana fallecieron 106 personas por “supuestos enfrentamientos” con funcionarios de seguridad.²⁸

El papel de los militares en el poder ha sido denunciado como otro elemento de la destrucción de la democracia venezolana, del Estado de derecho y, por tanto, de la independencia de los podes-

²⁴ ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/6, 27 de diciembre de 2016, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/6.

²⁵ Foro Penal, Presos Políticos en Venezuela, disponible en <https://foropenal.com/presos-politicos/#listado-presos->, <https://foropenal.com/2018/02/28/febrero-2018/>.

²⁶ Human Rights Watch, “El declive de Venezuela hacia una dictadura”, 7 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2017/12/07/el-declive-de-venezuela-hacia-una-dictadura>.

²⁷ ABC, “Borges recoge el premio Sajarov y recuerda a «los 157 asesinados por la represión de Maduro»”, 16 de diciembre de 2017, disponible en http://www.abc.es/internacional/abci-borges-recoge-premio-sajarov-y-recuerda-157-asesinados-represion-maduro-201712131358_noticia.html.

²⁸ Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV), Informe OVV de violencia 2017, disponible en <https://observatoriodeviolencia.org.ve/informe-ovv-de-violencia-2017/>.

CARLOS TABLANTE

res. A lo largo de la vigencia del régimen oficialista ha aumentado la tendencia hacia la militarización de la autoridad pública. Primeramente, Hugo Chávez, como teniente-coronel del Ejército, estableció un régimen autoritario y populista basado en la tríada *líder único - ejército - pueblo*. Posteriormente, Nicolás Maduro ha continuado tal militarización²⁹ e incluso ha pasado a manos de los militares la principal industria del país, la petrolera estatal PDVSA y el denominado Arco Minero, que contiene en su territorio la totalidad de los yacimientos de oro, diamantes y coltán de la nación.³⁰

Actualmente, el control de los militares en la administración es aún mayor, en tanto se encuentran al frente de ministerios, vicepresidencias, direcciones generales y gobernaciones.³¹ Algunos sectores estratégicos han permanecido por más de una década dirigidos por miembros activos o exintegrantes de la Fuerza Armada Nacional, como la salud, la alimentación, la energía eléctrica, las industrias básicas, economía y finanzas y seguridad ciudadana. Además, en el caso de Venezuela, ejercen las competencias como la defensa de la integridad territorial que comprende el control exclusivo de las armas, de las vías terrestres, el espacio aéreo, marítimo y las fronteras del país. En este campo se han formulado denuncias sobre la complicidad en actividades criminales como el contrabando y el tráfico de drogas.³² El militarismo, como desviación del *deber ser* de la

²⁹ En 2015, los militares ocupan puertos, aeropuertos, fronteras y además 47% de las gobernaciones, 15% de las alcaldías, 16% de las embajadas, 5% de los curules en la Asamblea Nacional, 25% de los ministerios, 92% de las instituciones que controlan el sistema cambiario, la banca pública, el Seniat y 34% en otros organismos y misiones. Véase Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo...., cit.*, p. 265.

³⁰ Control Ciudadano advierte ante la creación de una nueva corporación militar por decreto: “La FANB no puede explotar recursos naturales de acuerdo a la Ley”, disponible en <http://www.cuentasclarasdigital.org/wp-content/uploads/2016/02/Nota-de-Control-Ciudadano.pdf>.

³¹ Núñez, Marielba, “La expansión del dominio militar”, *El Nacional*, 28 de enero de 2018, disponible en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/expansion-del-dominio-militar_220617.

³² El Departamento del Tesoro sanciona a 13 funcionarios actuales y anteriores del Gobierno de Venezuela, disponible en <https://uy.usembassy.gov/>

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

institución militar, se identifica con la coaptación de los espacios del poder. Tanto en operativos militares de represión indiscriminada³³ como en sus actuaciones como factor coadyuvante del incremento de la delincuencia organizada,³⁴ se ha originado una llave que abre la puerta del binomio corrupción-impunidad, occasionando violación sistemática de los derechos humanos de los venezolanos.

Ahora bien, el contexto quedaría incompleto si no se aborda la cuestión del empobrecimiento del país. ¿Qué pasó? ¿Una guerra, un desastre natural, una invasión? ¿Cómo explicar que un régimen que nadó en la abundancia y dispuso de casi un billón de dólares por concepto de exportaciones petroleras arruinó a uno de los países más ricos del mundo?

Los regímenes de Chávez y Maduro recibieron ingresos petroleros como el país no había conocido nunca. Entre 1999 y 2016, totalizaron 915 mil 794 millones de dólares, sin incluir otros ingresos. La División de Análisis de Riesgo Cambiario del propio Banco Central de Venezuela estimó los fondos totales disponibles durante el período 1999-2015 en más de 2 billones de dólares, cifra que incluye los ingresos petroleros, así como los

es/el-departamento-del-tesoro-sanciona-13-funcionarios-actuales-y-anteriores-del-gobierno-de-venezuela/?_ga=2.58293677.649206994.1522838501-196257294.1522838501.

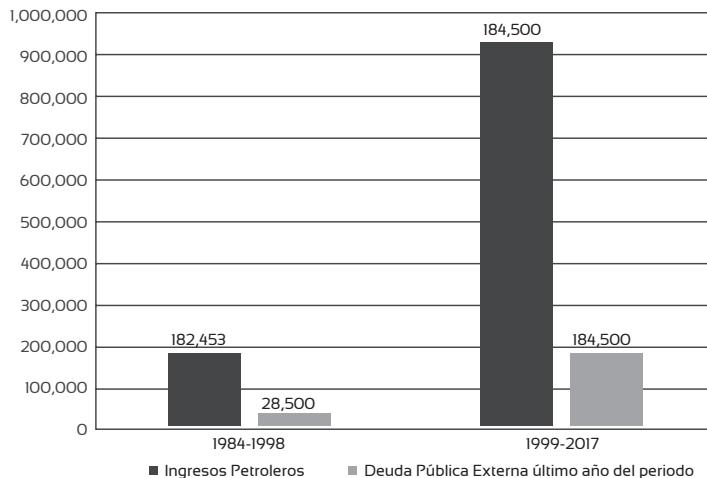
Reporte de Estados Unidos, Funcionarios y militares de Venezuela participan en el tráfico de drogas <http://www.cuentasclarasdigital.org/2015/03/reporte-de-eeuu-funcionarios-y-militares-de-venezuela-participan-en-el-trafico-de-drogas/>.

³³ Amnistía Internacional reportó “Venezuela: militarización de la crisis por parte de autoridades intensifica violencia y promueve miedo”, 2 de junio de 2017, disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/06/venezuela-militarizacion-de-la-crisis-por-parte-de-autoridades-intensifica-violencia-y-promueve-miedo/>.

³⁴ Líder del Colectivo La Piedrita Valentín Santana, video youtube <https://youtu.be/Q6KdujR8B1k> Encuesta: Venezolanos imputan al gobierno desborde de la delincuencia organizada, disponible en <http://www.cuentasclarasdigital.org/encuesta-venezolanos-imputan-al-gobierno-desborde-de-la-delincuencia-organizada/> Camero, Mildred, “Nexos con civiles y militares en drogas apuntan hacia narcorégimen”, disponible en <http://www.controlciudadano.org/noticias/mildred-camero-nexos-con-civiles-y-militares-en-drogas-apuntan-hacia-narcorregimen>.

CARLOS TABLANTE

Gráfica 1.
Ingresos petroleros y deuda pública externa (millones de USD)



tributos directos e indirectos, los dividendos de PDVSA y las utilidades del BCV.³⁵

Paralelamente, con el fin de contar con aún mayores recursos, el gobierno promovió el endeudamiento para financiar sus programas y, con ello, la deuda externa del país se quintuplicó entre 2006 y 2012 (Santos, 2016). Para mediados de 2017, el sector público venezolano había acumulado una deuda externa aproximada de 178 millardos de dólares (Santos, 2017). En términos comparativos, esta deuda es de similar magnitud que la totalidad de los ingresos petroleros durante los 15 años de la etapa *pre-Chávez*.

La depreciación de las materias primas que se acentuó a partir de 2014, y que incluyó al petróleo, provocó una caída de los ingresos que modificó las condiciones que habían estado benefi-

³⁵ Fuente primaria: *Boletín del Banco Central de Venezuela*, OPEP, recopilación de la Asociación para la Innovación Tecnológica (INNOVA, 2017); cálculos propios; Orlando Zamora, exjefe de la División de Análisis de Riesgo Cambiario del Banco Central de Venezuela citado en RUNRUNES, El chavismo “desapareció” 2 billones de dólares en 16 años, RUNRUNES, 9 de noviembre de 2015, disponible en <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/223603/el-chavismo-desaparecio-2-billones-de-dolares-en-16-anos.html>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

ciando a la economía venezolana hasta esa fecha. Según el Fondo Monetario Internacional, la caída del Producto Interno Bruto (PIB) real desde 2014 alcanzó 38.4%.³⁶

Este impacto se ve agravado con la sostenida caída de la producción, de las exportaciones y de la política de expropiaciones que afectó el sector petrolero. El fin de expropiar justificaba los medios. No hay cifras claras al respecto. No obstante, la Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria) estima en 8 mil las empresas cerradas.³⁷

Las empresas expropiadas que pasaron a ser operadas por el régimen comenzaron a producir menos y a contratar más empleados con criterios políticos. El Estado expropió empresas y tierras no para el dominio público, sino para ponerlas en manos de redes en el poder, para su explotación con fines particulares. En términos técnicos, esto equivale a una caída importante de la denominada productividad laboral, que mide la producción por empleado y está directamente relacionada con el PIB.

Los datos oficiales no están disponibles, pero es posible visualizar lo ocurrido a través del caso de PDVSA, la principal empresa del país. La gráfica 2 muestra cómo la producción de la empresa cayó mientras los empleados aumentaban, derrumbando su productividad.³⁸

En 2003 se implantó un control de divisas que aún se mantiene en diversas modalidades, preservando la hegemonía del Estado. Con reglas de creciente grado de discrecionalidad manejadas por un grupo de poder cada vez más reducido, se otorgaron divi-

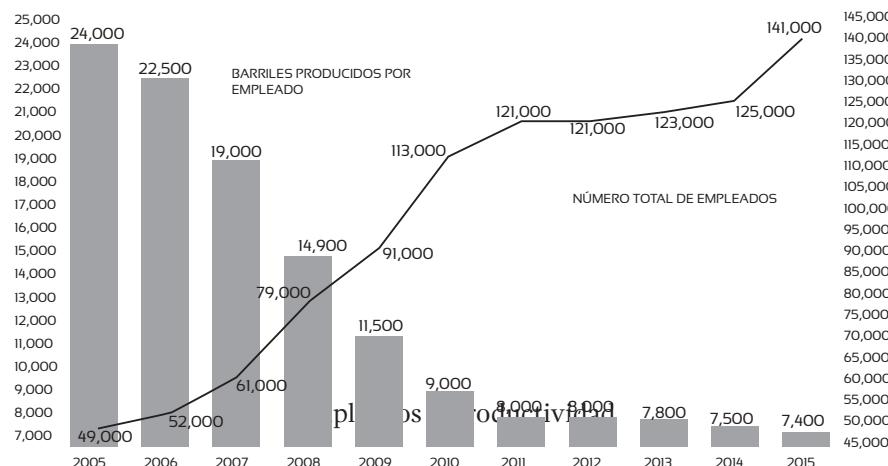
³⁶ Fondo Monetario Internacional (FMI), 2017, Real GDP Growth, *IMF Data Mapper*, 14 de octubre de 2017, disponible en http://www.imf.org/external/datamapper/NGDP_RPCH@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD/VEN.

³⁷ Los documentos de Conindustria pueden consultarse en línea. <http://www.conindustria.org/documentos/>.

³⁸ Algunas referencias sobre el panorama de la industria pueden leerse en Santos, Miguel Ángel; Bustos, Sebastián y Baquero, Gustavo, *La emergencia económica, la brecha externa y el mito del petróleo*, ProDavinci, 13 de julio de 2016, disponible en <http://prodavinci.com/2016/07/13/actualidad/la-emergencia-economica-la-brecha-externa-y-el-mito-del-petroleo-por-miguel-angel-santos-sebastian-bustos-y-gustavo-baquero/>.

CARLOS TABLANTE

Gráfica 2.



sas siempre más baratas a beneficiarios cada vez más elitistas. En lugar de invitar a los empresarios a crear negocios productivos, se fomentó la asociación con el sistema de dólares preferenciales establecido. Irónicamente la llamaron “revolución de los pobres”, quizás porque el efecto último sería precisamente el de potenciar la pobreza mediante la impresionante extracción de los fondos públicos, calculada alrededor de 300 mil millones de dólares.³⁹

La cifra fue corroborada posteriormente por los exministros Jorge Giordani y Héctor Navarro, quienes reconocieron en 2016 —producto de las disputas internas dentro del partido del régimen— un robo de grandes magnitudes al Estado, perpetrado por redes de agentes públicos y privados en la década de 2006 a 2016, por concepto de importaciones ficticias y sobreprecios con base en ganancias con el denominado diferencial cambiario, es decir, la brecha entre el dólar oficial y el del mercado negro.⁴⁰

³⁹ De ahí el título de la obra *El gran saqueo*.

⁴⁰ Héctor Navarro, Jorge Giordani en Chinea, Eyanir y Pons, Corina, Reuters, 2 de febrero de 2016 “ENTREVISTA-Ex ministros denuncian malversación de 300.000 mln dlr en última década por corrupción en Venezuela”, disponible en <https://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTAKCN0VB1SO>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

Para comparar el monto estimado por los exfuncionarios en el mismo periodo, se toma el PIB acumulado durante la misma década 2006-2016. En ese lapso, este indicador fue de 4.970 mil millones de dólares. Este gran saqueo representaría entonces 6% del PIB. Según los exministros y las estimaciones de expertos, la élite gobernante se habría apropiado de ese porcentaje del total de los bienes y servicios finales que la economía venezolana en su conjunto produjo en ese periodo, cifra comparable al PIB de 2017.

Estas cifras van acompañadas de otros efectos del empobrecimiento. No se puede extraer de un país tal magnitud de fondos sin que haya consecuencias en la cotidianidad de las personas. El país ha sufrido en todos los órdenes de la vida civilizada democrática, pero especialmente en sus necesidades y servicios básicos, el efecto profundo de la acción delincuencial ejercida desde el poder político. Si la premisa es que la existencia de corrupción implica que el Estado no está tomando medidas en la dirección correcta,⁴¹ en Venezuela no se trata de que el Estado no esté “tomando medidas en la dirección correcta”. Es más realista afirmar que el régimen ha redefinido su propia “dirección correcta”.

Con la adopción de un modelo económico anacrónico que no busca igualar a la gente en la superación, mejorando condiciones y oportunidades, se procuró lo que denomino “igualar hacia abajo”, donde el empobrecimiento genera un mayor control clientelar y paternalista. Desde la referencia social fundamental que es la pobreza, se podría afirmar que el Estado no la ha combatido, sino fomentado.⁴² El combate a la pobreza requiere combinar acciones de política económica y política social. La política social se define como “la prestación de un conjunto de servicios (educación, salud y seguridad social) que permita la acumulación de

⁴¹ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), *La corrupción y los derechos humanos: estableciendo el vínculo*, Versoix, Suiza, ICHR, 2009, p. 52.

⁴² El exministro de Educación y actual gobernador del estado Miranda, Héctor Rodríguez, lo planteaba explícitamente en estos términos: “No vamos a sacarlos de la pobreza para que se vuelvan escuálidos”, *El Impulso*, 25 de febrero de 2014, disponible en <http://www.elimpulso.com/noticias/nacionales/rodriguez-no-vamos-a-sacarlos-de-la-pobreza-para-que-se-vuelvan-escualidos>.

capital humano, social y físico, a individuos, familias y colectividades según el servicio social del que se trate”.⁴³ Es justamente en la prestación de los servicios básicos donde se puede mapear las huellas de la corrupción en Venezuela, como se explica a continuación con los casos de estudio.

2. CORRUPCIÓN Y EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Se ha vuelto rutinario para los ciudadanos salir en búsqueda errante de medicinas y alimentos. No hay garantías de éxito, en ningún caso. Los venezolanos se han transformado en expertos en productos sustitutos, conocen los componentes de las medicinas para poder indagar opciones. Han aprendido de nutrición mientras padecen de desnutrición. Mucho tiempo colectivo se invierte a diario en todo esto, en medio de una inseguridad creciente. Según el Observatorio Venezolano de Violencia, solo en 2017 se produjeron 26 616 muertes violentas. Esta misma ONG señala en su último informe una nueva dimensión de la violencia: el hallazgo en varias zonas del país de un incremento en los suicidios, algunos de los cuales están relacionados con la escasez de alimentos, medicamentos, tratamientos, lo que empuja a los enfermos a quitarse la vida, entre otras razones, para no constituir una carga para los familiares.⁴⁴

La venta y distribución de los escasos alimentos disponibles está concentrada a través de canales del Estado. Ha sido una política sostenida de control y destrucción de la producción nacional de alimentos. Un Estado monoproduktor, financieramente debilitado por la caída del ingreso petrolero, no pudo sostener niveles de disponibilidad mínimos de alimentos para la población.

La organización Cáritas de Venezuela ratifica la causa general del problema en 2017: “La industria de alimentos sigue obligada a vender al sistema de Comités Locales de Abastecimiento y Pro-

⁴³ España N., Luis Pedro y otros, *Venezuela: Un acuerdo para alcanzar el desarrollo*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2006, p. 48.

⁴⁴ Observatorio Venezolano de Violencia, “Suicidios, lo único que no escasea en Venezuela”, disponible en <https://observatoriodeviolencia.org.ve/suicidios-lo-unico-que-no-escasea-en-venezuela/>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

ducción (CLAP) hasta un 70% de la producción, aunque la red de venta y distribución de este programa representa solo el 6% de la red de distribución nacional". Igualmente, señala que "esto ocurre cuando la inflación en alimentos ha sido la mayor registrada en el país, afectando incluso a los alimentos distribuidos y vendidos a través de los CLAP."⁴⁵

2.1. La importación de alimentos: el gran negocio con el diferencial cambiario

En el Proyecto Nacional Simón Bolívar o Primer Plan Socialista de la Nación 2007-2013 se plantea una visión del modelo productivo socialista: "El Estado conservará el control total de las actividades productivas que sean de valor estratégico para el desarrollo del país y el desarrollo multilateral y de las necesidades y capacidades productivas del individuo social" (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2007).

Sobre esta base se gestó un mecanismo de expropiaciones masivas que terminó colapsando la producción nacional. Muchas empresas desaparecieron y otras fueron haciéndose menos productivas en manos de los gestores oficialistas que en la práctica se convirtieron en los nuevos dueños.

En el tema de los alimentos se puede constatar una cadena negativa tendente a la corrupción y la violación de los derechos: junto a la visión oficialista puesta en práctica, se adicionaron los mecanismos irregulares de expropiaciones y el otorgamiento de divisas, una producción local en caída y una población frágil y creciente necesitando comida. Estaban dadas las condiciones para favorecer la corrupción con los negocios que se generan mediante la importación de estos bienes.

Tomemos como referencia las importaciones y exportaciones de alimentos de Venezuela. Como se ha sostenido, durante los mismos años de bonanza, las importaciones de alimentos experimentaron un salto importante al calor de los ingresos generales del Estado, que incluían el endeudamiento acentuado. En los

⁴⁵ Organización Cáritas de Venezuela, "Monitoreo de la situación nutricional en niños menores de 5 años", Caracas, Cáritas de Venezuela, 2017.

CARLOS TABLANTE

ocho años de ingresos en ascenso (1999-2006) se importaron 16 mil 420 millones de dólares en alimentos. Esa cifra casi se cuadruplicó en los siguientes ocho años de ingresos máximos (2007-2014) a 60 mil 547 millones de dólares.

Dicho salto no fue solamente impresionante evaluado en términos del costo de los alimentos importados, sino también cuando se le mide en relación con el total de importaciones de la economía nacional durante esos mismos períodos. En el primero (1999-2006), los alimentos representaron 12.7% del total de importaciones; durante el segundo (2007-2014), la proporción subió a 18.1%. Con ello, se registró un incremento de 43% del peso de la importación de alimentos en relación con el total de importaciones.

De forma notoria y acelerada, el modelo gubernamental se estaba concentrando en importar más alimentos que el resto de los productos. No es de extrañar, entonces, que en una publicación oficial del Ministerio del Poder Popular para Planificación se asegure que: “El Estado ha invertido sumas sin precedentes para garantizar la alimentación del venezolano”. (Régimen Bolivariano de Venezuela, 2015) ¿Significaba esto que se estaba alimentando mejor los venezolanos? A la par de importaciones extraordinarias, existía una significativa caída en el consumo de alimentos desde 2012. Así lo revela oficialmente la Encuesta de Seguimiento al Consumo de Alimentos (ESCA) del Instituto Nacional de Estadística (INE).⁴⁶ Al comparar 2012-2013 se observa que 88.7% de hogares redujo la ingesta de 55 de los 62 productos que incluye el informe. Entre 2013 y 2015, el número de personas que podía alimentarse más de tres veces al día disminuyó 16.5% (de 14 358 559 a 11 994 521) y la cifra del consumo inferior a tres comidas al día aumentó 52.8% (de 1 115 228 a 1 704 519).⁴⁷

Hay diversas evidencias de que la corrupción era el motor principal de la acción importadora, y que ese motor se hacía cada vez más potente con el incremento de la diferencia entre el dó-

⁴⁶ ESCA, Informe semestral, segundo semestre de 2012 al primer semestre de 2014, disponible en <http://www.ine.gov.ve/documentos/Social/ConsumodeAlimentos/pdf/informeEsca.pdf>.

⁴⁷ ProDavinci, “El hambre y los días”, disponible en <https://prodavinci.com/especiales/el-hambre-y-los-dias/los-datos.html>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

lar oficial y el dólar en el mercado paralelo. La asignación de las divisas dio pie a una variedad de negocios multimillonarios para quienes tenían acceso a ellos. Una de las modalidades fue la sobrefacturación de las importaciones, que permitían justificar el otorgamiento de más divisas baratas con las consecuentes cuantiosas ganancias con base en el diferencial cambiario.

Contrastando información confiable de organismos de comercio internacional⁴⁸ con la escasa información oficial venezolana, los expertos estiman en un 16.9% la sobrefacturación en las importaciones, a partir de la discrepancia entre lo que el mundo dice haber exportado hacia Venezuela y lo que el régimen dice haber importado del mundo.⁴⁹ Según tales reportes, el monto de la sobrefacturación total de importaciones en el periodo de ingresos máximos (2007-2014) fue de 55 mil millones de dólares, alcanzando magnitudes similares a todas las importaciones de alimentos y medicinas durante los años 2013 y 2014 (unos 13 mil millones de dólares anuales en promedio).

Aunque la importación de alimentos fue grande y acelerada, si se aplica el promedio de 16.9% de sobrefacturación al periodo 2007-2015, donde se acumularon compras internacionales de alimentos por 66 mil 296 millones de dólares, es posible estimar el monto mínimo del presunto beneficio en el área de los alimentos (solo por concepto de sobrefacturación de importaciones) en 11 mil 204 millones de dólares.

Como ya se ha apuntado, ante la opinión pública venezolana, aparte de las crecientes importaciones y sobrefacturaciones, los alimentos pagados no siempre llegaban. En algunos casos, lo hacían a punto de vencerse o ya en estado de descomposición. Por ejemplo, Bariven (empresa filial de PDVSA habilitada para

⁴⁸ Massachusetts Institute of Technology (MIT), “We are the world’s leading visualization engine for international trade data”, *The Observatory of Economic Complexity*, Macro Connections, 21 de octubre de 2017, disponible en <http://atlas.media.mit.edu/en/>.

⁴⁹ Santos, Miguel Ángel (coord.), Bases para el diseño de un programa de reconstrucción nacional. ProDavinci. [En línea] 1 de junio de 2016. [Citado el 21 de octubre de 2017] disponible en <http://prodavinci.com/2016/06/01/actualidad/laminas-presentacion-bases-para-el-diseno-de-un-programa-de-reconstrucion-nacional/>.

importar alimentos) compró y pagó entre noviembre de 2007 y julio de 2008, 1 057 531 toneladas métricas de alimentos por un monto de 2 mil 248 millones de dólares, pero solo se recibió 25%, distribuyéndose apenas 14% para octubre de 2008, en lo que se conoce como el caso *Pudreval*.⁵⁰

En esa misma época se comenzaron a descubrir contenedores con comida descompuesta. En el principal puerto del país, Puerto Cabello, aparecieron 3 mil 257 contenedores con un total de 122 millones de kilos de alimentos en mal estado. En su mayoría se trataba de carne, pollo, leche en polvo y granos: productos básicos alimenticios de la dieta del venezolano.⁵¹

En síntesis, Venezuela había acelerado la importación de alimentos junto con la sobrefacturación, adquisición de alimentos vencidos o por vencerse y pagos ficticios de alimentos que nunca llegarían. El botín crecía a medida que el diferencial cambiario aumentaba y las exportaciones se derrumbaban al ritmo de las expropiaciones masivas.⁵² El siguiente gráfico muestra la situación con relación a fechas precisas.⁵³

2.2. Interpretación *sui generis* de seguridad alimentaria: otro mecanismo de corrupción

Un elemento negativo en este ámbito fue la interpretación de “seguridad alimentaria” adoptada por el gobierno. La definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación (FAO) se utilizó como argumento para intervenir la economía. Se aplicó con intensidad en situaciones de escasez y desabastecimiento, particularmente de los productos alimenticios básicos.⁵⁴ Un caso emblemático fue la expropiación del Gru-

⁵⁰ Tineo, Fernando, “De PDVAL a PUDREVAL”, *Transparencia Venezuela*, 7 de junio de 2016, disponible en <https://transparencia.org.ve/project/de-pdval-a-pudreval>.

⁵¹ *Idem*.

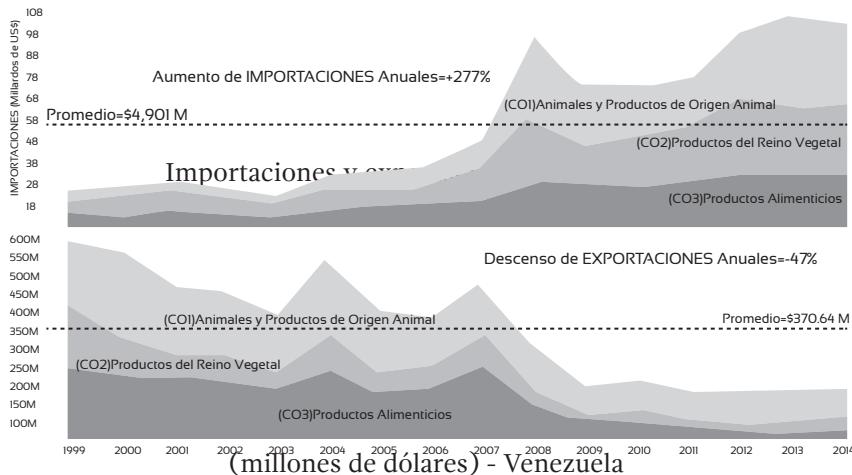
⁵² Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo:...*, cit.

⁵³ MIT, *The Observatory...*, cit.

⁵⁴ Obuchi, M.; Richard, K.; Abadí, M.; Anabella Lira, S. y Bárbara, S., *Gestión en rojo*, Caracas, Ediciones IESA, 2011.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

Gráfica 3.



po Agroisleña C.A. y de sus empresas asociadas. Aduciendo que la producción de alimentos es de interés nacional y que es deber del Estado garantizar la soberanía y seguridad agroalimentaria de la nación, se expropió esta empresa líder del sector agroalimentario.⁵⁵ Fue renombrada como Agropatria, pasando a ser manejada por militares y otros agentes del oficialismo. A un costo mayor para el Estado, cayó la producción, aumentó el número de empleados y subieron los precios.

Este esquema se repitió en otros sectores de la producción nacional. Aduciendo utilidad pública, se llevaron a cabo expropiaciones, tanto directas como indirectas.⁵⁶ Nuevamente, la ca-

⁵⁵ Se trataba de una empresa con 52 años de actividades ininterrumpidas y 1200 empleados, había provisto de fertilizantes, herbicidas, semillas, maquinarias, asesoramiento técnico a 18 mil productores en todo el país. Estaba financiando a 3 mil agricultores que cosechaban 800 mil toneladas de maíz.

⁵⁶ La Asociación de Víctimas de las Expropiaciones (ASOVIE) ha denominado como expropiaciones directas a todas aquellas que cumplen con los requisitos de ley, e indirectas a las que se han realizado sin el debido proceso constitucional, casi siempre de forma violenta, como las ocupaciones

CARLOS TABLANTE

dena de caída en la producción nacional, disminución drástica de la inversión, de la producción de bienes y servicios en el país, incentivando la importación y el uso del control de divisas como mecanismo facilitador de la corrupción. Al percibir el Estado 95% de las divisas por la exportación de petróleo, es también el que decide la asignación de las divisas a tasa preferencial.⁵⁷ A raíz del control gubernamental sobre la adquisición de divisas, surgieron también los oscuros negocios alrededor del diferencial cambiario. El régimen estableció varios tipos cambiarios, privilegiando con un precio menor a los dólares destinados a importar alimentos y medicinas. Conseguir dólares a la tasa oficial preferencial de 6.30 bolívares por dólar estadounidense se convirtió así en una de las prioridades de los venezolanos, ya que cambiarlos luego en el mercado negro o paralelo proporcionaba ganancias que ningún otro negocio otorga. Por ejemplo: comprar 1.0 USD a 6.3 Bs. y vender luego solo 14 USD a 450 Bs. (tasa en el mercado negro de junio de 2015) pagaba los 6 300 Bs. utilizados para comprar los dólares iniciales y dejaba un beneficio de 443 700 Bs. Es lo que se denomina “ganancia por el diferencial cambiario” y era, sin duda, uno de los negocios más rentables del mundo. Se alude a los sobornos que una gran parte de los empresarios tuvo que dar a los funcionarios de dichas instituciones para poder seguir operando sus industrias, encarecieron los productos y servicios finales, perjudicando a los consumidores y usuarios. Los datos y las estadísticas oficiales no están disponibles, pero los relatos de sufrimiento y pérdida de las víctimas y sus familiares desbordan las redes sociales, los pocos medios independientes que quedan en Venezuela y los medios internacionales que han logrado enviar y mantener corresponsales en el país.

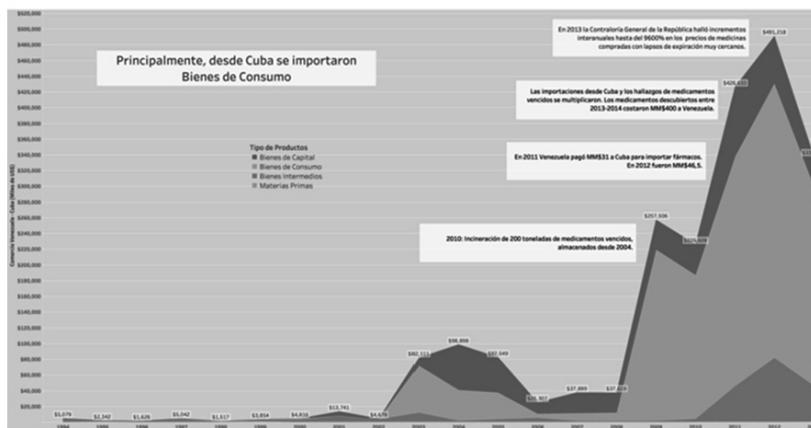
forzosas por parte de sindicatos y grupos oficialistas, así como las entregas inducidas, producto de amenazas a la seguridad, saqueos e invasiones.

⁵⁷ La discrecionalidad en el otorgamiento de las cuotas de dólares para importar materia prima y productos terminados ocasionó un enorme entrampado de corrupción en los organismos encargados del reparto como la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME), el Sistema Unitario de Compensación Regional (SUCRE), el Sistema Complementario de Divisas (Sicad 1 y Sicad 2), el Sistema Marginal de Divisas (SIMADI) y el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX).

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

3. CORRUPCIÓN Y EL DERECHO A LA SALUD: EL BOTÍN DE LOS MEDICAMENTOS

Gráfica 4.
Importaciones desde Cuba



Para ilustrar las violaciones al derecho a la salud se toma como parámetro de estudio las importaciones de medicamentos desde Cuba.⁵⁸ Junto con la caída de exportaciones que ocurrió también en todo el comercio internacional de antibióticos, insulina y hormonas, parte de los medicamentos vitales fueron encontrados vencidos e incinerados.⁵⁹ La importación de medicamentos es considerada como una de las señales de corrupción en el país.

⁵⁸ Se ha denunciado la presencia de más de 50 mil cubanos que tienen el control de los programas sociales denominados “Misiones”, así como la influencia en los altos mandos militares y en los organismos de inteligencia y represión. Villalobos, Joaquín, “Petróleo a cambio de espías”, *El País*, 21 mar 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/03/19/opinion/1521480968_530406.html.

⁵⁹ Lopéz, Nuria, “La corrupción en Venezuela mata”, *El Mundo*, 24 jun 2017, disponible en <http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/24/5913319922601d68188b465d.html>.

CARLOS TABLANTE

El patrón de exportaciones e importaciones de medicamentos es similar al ya descrito en el caso de los alimentos. A un nivel superior se reproduce el mismo patrón de destrucción de la producción local de medicamentos.⁶⁰

El orden de magnitud de los fondos involucrados en el otorgamiento de divisas a través de las importaciones de productos farmacéuticos fue de 22 mil 970 millones de dólares entre 2000 y 2015. La Contraloría General de la República sentenciaba en sus informes de gestión que “el Ministerio de Salud adquirió los mismos tipos de medicamentos en cantidades mayores, con porcentajes de incrementos que oscilan entre 21.21% y 9 670.11%, sin justificación alguna”.⁶¹ Tomando la cifra menor, es decir, 20% de sobreprecio, el presunto botín mínimo por importación de medicamentos sería de 4 mil 594 millones de dólares. Si ese monto se hubiese invertido en el derecho a la salud, habría financiado:

- El gasto completo en misiones sociales de salud del régimen durante un año y cuatro meses, a precios de 2013.⁶²
- Todos los retrovirales durante 65 años para 61 686 personas que en 2016 padecen de SIDA.⁶³
- Dos años y medio de presupuesto de la salud pública nacional.⁶⁴

Entre 1999 y 2014 no había una carestía generalizada de medicamentos, pero sí puede corroborarse una escasez creciente. PROVEA, en su Informe anual 2014 (PROVEA, 2015) lo presenta así: “[...] una escasez generalizada y más aguda que la de años an-

⁶⁰ El Primer Plan Socialista de la Nación (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2007) servía de marco político-ideológico del discurso público oficial.

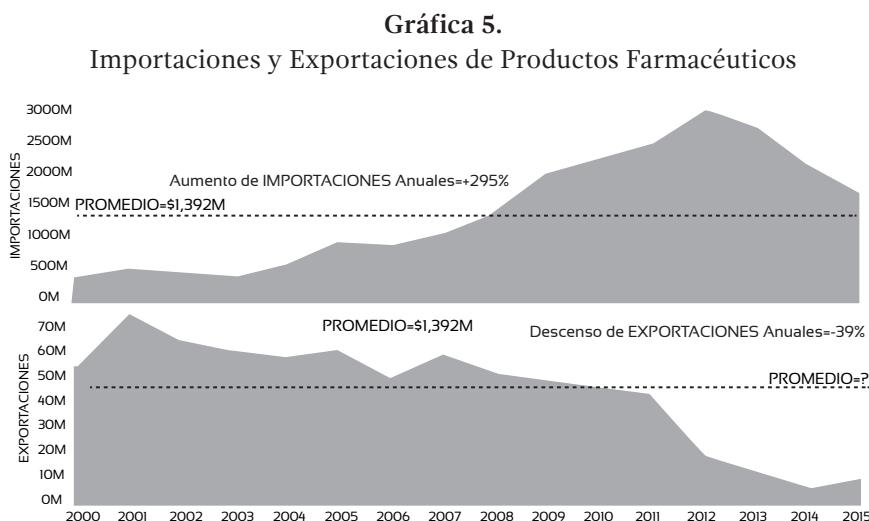
⁶¹ Cardona, Lissette, “Corrupción sin remedios”, *Transparencia Venezuela*, 7 de julio de 2016, disponible en <https://transparencia.org.ve/project/corrupcion-sin-remedios/>.

⁶² Oliveros, Asdrúbal, “Tiene salida la crisis económica venezolana?”, *El Ucabista*, UCAB, 29 de marzo de 2017, disponible en <http://elucabista.com/2017/03/29/tiene-salida-la-crisis-economica-venezolana/>.

⁶³ PROVEA, Informe sobre el derecho a medicamentos esenciales para proteger la salud y la vida de las personas en Venezuela, Caracas, 2016, p. 15.

⁶⁴ PROVEA-CODEVIDA, “El derecho a la salud en Venezuela”, Caracas, 2015, p. 6.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela



teriores, en materia de insumos básicos, material médico quirúrgico, repuestos para equipos, reactivos para exámenes y medicinas —la gran mayoría importados— que afectó tanto a los centros de salud públicos como a los privados y, a todo el sector salud en general, en el que también se encuentran farmacias, laboratorios, proveedores y distribuidores.”⁶⁵

A nivel del ejecutivo, se crea en 2016 la Gran Misión Abastecimiento Soberano para el impulso de los motores Agroalimentario, de Producción y Distribución de Fármacos y de la Industria de Productos para la Higiene Personal y Aseo del Hogar. En el decreto se considera que “persisten ciertas situaciones de índole económico y político que han ocasionado una distorsión en los mecanismos y niveles de abastecimiento de ciertos productos estratégicos para la satisfacción de las necesidades elementales del pueblo venezolano, las cuales requieren de la implementación de urgentes y extraordinarias medidas que faciliten la regularización de la disponibilidad oportuna y suficiente de tales rubros en cada rincón del país.”⁶⁶

⁶⁵ PROVEA, Derecho a la salud 2014, 30 de enero de 2015, disponible en <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/09Salud4.pdf>.

⁶⁶ Decreto 2.367 mediante el cual se crea la *Gran Misión Abastecimiento Soberano*, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.941.

CARLOS TABLANTE

El propósito declarado era atribuir a la Gran Misión Abastecimiento Soberano y Seguro (GMAS) la función de poner orden en el asunto de los medicamentos. Un general estaría al mando de ese cometido, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana tomaría el control de toda la cadena de distribución de medicamentos, insumos médico-quirúrgicos y equipos, tanto en centros de salud públicos como privados, sin intermediarios. Se crearon “Estados mayores” de la GMAS en el sector farmacéutico en cada estado del país. Los militares establecieron nuevas reglas de acceso y distribución de los medicamentos, ya críticamente más escasos.

Cabe poner de relieve que la Asamblea Nacional (AN), en mayo de 2016, sancionó una ley especial para atender la crisis nacional en salud, con objeto de requerir medidas específicas de atención prioritaria a la importación y producción de medicamentos e insumos médicos, incluyendo la ayuda y cooperación internacional a corto plazo en colaboración con la red pública y privada de farmacias nacionales.⁶⁷ No obstante, esta iniciativa quedó sin efecto. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) anuló dicha ley por supuesta “usurpación de competencias reservadas al presidente en el marco del decreto de emergencia económica y como única autoridad para conducir las relaciones internacionales de forma discrecional, en función de resguardar la seguridad de la nación y los objetivos del Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social (Plan de la Patria)”.⁶⁸

Conforme a la información oficial, la aguda escasez de medicamentos no obligaba al Estado a entregar divisas a las mismas empresas farmacéuticas que no habían abastecido de medicinas a la población durante los últimos cuatro años.⁶⁹ Por el contrario,

⁶⁷ Sancionada el 3 de mayo de 2016, disponible en <http://www.noticias24.com/venezuela/noticia/316009/an-aprobo-la-ley-especial-para-atender-la-crisis-nacional-de-salud/>.

⁶⁸ Datos de la sentencia, disponible en <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/266246/tsj-declara-inconstitucional-ley-de-la-crisis-nacional-de-salud-por-usurpar-competencias-de-maduro.html>.

⁶⁹ Curcio, Pascualina, “Escasez de medicamentos en Venezuela ¿Falta de divisas?”, 15 yúltimo. *Resuelve de Ideas*, 21 de mayo de 2017, <http://www.15ultimo.com/2017/05/21/escasez-de-medicamentos-en-venezuela-falta-de-divisas/>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

desde el propio sector farmacéutico se imputaba la escasez de 85% a la ausencia de entrega las divisas requeridas para adquirir la materia prima necesaria para producir en el país, obviando precisamente el problema de la producción nacional de medicamentos.⁷⁰ Lo cierto es que tanto respecto a las divisas como para la adquisición de medicamentos se han recogido en los medios de comunicación denuncias sobre sobornos.⁷¹ La escasez aguda de medicamentos y sus efectos en la violación del derecho a la salud y del derecho a la vida no pueden ser documentados, debido a la ausencia de información oficial. Sin embargo, organizaciones no gubernamentales como PROVEA hacen seguimiento de la situación. En su informe anual de 2017 señalan:

- Los sectores de la industria, farmacias, personal de salud, trabajadores, organizaciones de derechos humanos y personas denunciaban 90% de escasez de medicamentos. Las autoridades reconocen solo 15%.
- Las denuncias de violaciones del Estado al derecho de salud subieron 31% entre 2015 y 2016.
- El 62% de esas denuncias se relacionó con disponibilidad insuficiente de medicamentos esenciales, insumos básicos y médico-quirúrgicos, equipos y personal capacitado.

⁷⁰ Al respecto se expresó la presidencia de la Federación Farmacéutica de Venezuela (FEFARVEN). Véase Mogollón, Johnny E., “Algunas medicinas ahora cuestan más que un sueldo mínimo completo”, *Última Hora*, 6 de febrero de 2017, disponible en <http://ultimahoradigital.com/2017/02/algunas-medicinas-ahora-cuestan-mas-de-un-sueldo-minimo-completo/>.

⁷¹ En junio de 2015, el entonces presidente de la Asamblea Nacional, Diosdado Cabello, visitó la empresa Hypermarcas, productora de medicamentos en Brasil y declaraba que esperaba irse “con medicinas en mano, más tardar lo que dura en llegar un barco de Brasil. Lo que no podemos permitir es que la salud de nuestro pueblo se ponga en peligro por trámites burocráticos” (Prensa Asamblea Nacional, 2015). Un año después, en junio de 2016, la agencia Reuters titulaba: “Acciones de Hypermarcas de Brasil se hunden luego de que ejecutivo admite sobornos”. Véase Parra-Bernal, Guillermo y Cascione, Silvio, Acciones de Hypermarcas de Brasil se hunden luego de que ejecutivo admite sobornos, 2016, *Reuters*, 28 de junio de 2016, disponible en <http://lta.reuters.com/article/businessNews/idLTAKCN-OZE2ZX>.

CARLOS TABLANTE

- La escasez de medicamentos obliga a comprarlos más caros, lo cual excluye a amplios y crecientes sectores de la población de escasos recursos.
- El régimen venezolano ha impedido la ayuda humanitaria internacional, cerrando esta opción tan necesaria en medio de la crisis.
- Las importaciones de medicamentos cayeron bruscamente.
- La aguda crisis de escasez y desabastecimiento acumulada hasta 2015 se convirtió en 2016 en humanitaria.
- Respecto a 2015, en 2016 se registró un aumento de 66% de muertes maternas y 30% de muertes de niños menores de un año, el ascenso de enfermedades crónicas (diabetes, hipertensión, VIH y de trastornos mentales, muertes por cáncer, linfoma y hemofilia, por falta de medicamentos, más de 240 mil casos de malaria y 50 mil de zika, así como la reaparición de la antes erradicada difteria (solo controlable mediante vacunas).
- Las denuncias no trascienden al introducirse al sistema judicial. El TSJ ha desestimado o no respondido a varios recursos judiciales que ha gestionado PROVEA para la protección de niños, niñas, adolescentes y la población en general.⁷²

Se trata de un verdadero vía crucis, en el sentido del “camino de la cruz”, lo que sufren las venezolanas y venezolanos en torno a los medicamentos. Las personas deben contar con mucho tiempo para deambular en su búsqueda en los selectos lugares donde pudieran encontrar las medicinas, tener los fondos para adquirirlos, tener redes de allegados que puedan ayudar, tener prescripción médica y hasta conocer el componente activo de lo requerido para tomar cualquier opción que se encontrase. Cualquier —aun los de dudoso origen— reemplazo que a un vecino le funcionó, alternativas que el médico forzó para que el paciente aprovechase un beneficio colateral, medicamentos vencidos no dañinos. Y, en algunos casos, no hallarlos cuesta dolor y muerte.

⁷² PROVEA (Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos), Informe anual 2016, “Derecho a la salud”, Caracas, 2017, disponible en <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/09Salud-3.pdf>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

4. CORRUPCIÓN Y EL DERECHO A LA VIVIENDA

En el sector vivienda, ha estado sometido a cuestionamiento el acceso a una vivienda digna y las cifras aportadas por el gobierno no resultan confiables. Cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ya mencionado informe de 2017 sobre Venezuela, “expresa su más profunda preocupación por las denuncias relativas a hechos de corrupción que afectan gravemente el acceso y disfrute de los DESCA”, hace explícita alusión a las denuncias recibidas en torno al “incumplimiento de una empresa en la realización de 161 casas en Carora (Lara) en el marco de la Gran Misión Vivienda Venezuela”, al igual que al “presunto cobro de dinero para gestionar la asignación de unidades de esta misma misión”.⁷³

4.1. La falta de transparencia

Un rasgo distintivo es la falta de transparencia. La opacidad es una política de Estado. El enredo en las cifras de viviendas nuevas construidas y entregadas a los beneficiarios de la denominada Misión Vivienda y sus programas derivados, promovidos por el gobierno, es el resultado de la falta de información oficial.⁷⁴

Transparencia Venezuela y PROVEA coinciden en destacar el secretismo como una de las principales características del multimillonario programa. En el informe “El mapa institucional de la Gran Misión Vivienda Venezuela: o de la falta de transparencia y sus consecuencias” se denuncia “la ocultación de información y el deliberado proceso de deterioro institucional que dificulta la contraloría social y el escrutinio público”.⁷⁵ Se quejan

⁷³ CIDH, Informe Venezuela 2017..., *cit.*, párr. 411.

⁷⁴ El propio Banco Central pasa más de seis años sin publicar información económica y los ministerios tampoco cumplen con el principio de transparencia como exige una sociedad democrática.

⁷⁵ Transparencia Venezuela, La Gran Misión Vivienda Venezuela: entre el riesgo y la corrupción, *Transparencia Venezuela*, 10 de octubre de 2017,

CARLOS TABLANTE

las ONG de la falta de metodología en la presentación de las memorias y cuentas del Ministerio de Vivienda, las contradicciones en las cifras que manejan diferentes organismos del régimen que participan en el tema y del total silencio en torno al contenido de los convenios internacionales habitacionales, su impacto y desarrollo.

Un breve recuento cronológico de los últimos tres años permite vislumbrar la magnitud de tal opacidad y sus implicaciones en cuanto a la violación del derecho a la vivienda. La situación del derecho a la vivienda es evaluada en el informe 2016 de PROVEA, citando la Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela (ENCOVI):

- Para 2015, las casas autoproducidas representan 64.3%: la mayoría de las viviendas fueron construidas por los propios habitantes.
- Las viviendas públicas representaron apenas 15.8%.
- Las viviendas construidas por el sector privado representaron 19.9%.
- Según la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y la Cámara Inmobiliaria Metropolitana, el déficit habitacional nacional alcanzaría los 3 millones de viviendas, de los cuales 557 mil se ubicarían solo en Caracas.
- Aunque el régimen divulga haber construido 359 mil viviendas durante 2016, PROVEA ha verificado solamente 13 mil viviendas entregadas. “En opinión de la ONG de derechos humanos, el régimen ha venido incluyendo dentro de la suma de viviendas nuevas los inmuebles acondicionados por la Gran Misión Barrio Nuevo y Tricolor”, que se ocupa solo de embellecimiento y reparación de fachadas de casas y apartamentos.⁷⁶ A ello se suman las contradicciones en cuanto a las inversiones.⁷⁷

disponible en <https://transparencia.org.ve/project/la-gran-mision-vivienda-venezuela-riesgo-la-corrupcion/>.

⁷⁶ PROVEA, Informe anual 2016, “Derecho a la Vivienda Adecuada”, disponible en <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/12ViviendaAdecuada.pdf>.

⁷⁷ En declaraciones gubernamentales se resaltaba que la Gran Misión Vivienda Venezuela era posible gracias a los múltiples convenios bilaterales que

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

En 2017, el régimen sostuvo haber entregado 1 millón 100 mil viviendas nuevas desde 2015, de las cuales 700 000 se habrían construido en 2017. Estas cifras han sido desmentidas por la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y la Cámara Venezolana de la Construcción, que considera altamente improbable que el régimen haya construido más viviendas en dos años que las edificadas en los 448 años anteriores de la historia de Caracas, o que en un solo año haya entregado un número de viviendas equivalente al esfuerzo conjunto realizado por México, Colombia y Perú en el mismo lapso.⁷⁸

De conformidad con los reportes de Transparencia Venezuela, la inversión se habría realizado dentro de la más absoluta opacidad y con graves deficiencias:

- Fallas inocultables en la construcción, que han llegado a producir desalojos y traslados urgentes.
- Bloqueos para el seguimiento y control de los fondos públicos por inexistencia de información abierta sobre planes, ejecución y mantenimiento de las obras, contratos y licitaciones.
- Bloqueos para el seguimiento y control técnico-social, a causa de carencia de información sobre las viviendas adjudicadas, beneficiarios, criterios de selección, evaluación de impacto del programa.
- Alta diversidad de viviendas (25 tipos diferentes), sin homogeneidad en los diseños ni criterios claros para la se-

había suscrito Venezuela con Irán, Rusia, China, Portugal, Bielorrusia, Brasil, Argentina, España y Turquía, mencionando una inversión de 73 mil millones de dólares, pero con posterioridad admitía que “se han invertido 66 mil 417 millones de dólares. Todo esto, gracias a los altos precios petroleros que gozamos hasta finales del 2014”. Véase Maneiro, Ana, “Fondo Simón Bolívar es adscrito al Ministerio de Vivienda y Hábitat”, *Correo del Orinoco*, 28 de enero de 2016, disponible en <http://www.correodelorinoco.gob.ve/fondo-simon-bolivar-es-adscrito-al-ministerio-poder-popular-para-vivienda-y-habitat/>.

⁷⁸ Rondón, César Miguel, “Sin techo: entrevista a los presidentes de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y de la Cámara Venezolana de la Construcción”, 22 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=E91zDg4mhNs>.

lección de los terrenos para las construcciones (Cámara Inmobiliaria de Venezuela, 2013).

Las dudas son aún mayores en cuanto al costo real de las viviendas. El régimen modificó la Ley de Contrataciones Públicas para que los contratos bilaterales, entendiéndose por ello las contrataciones con empresas extranjeras, no fueran objeto de auditoría. Fue así como llegaron a acuerdos en los que se fijó un precio entre 100 y 110 mil dólares por vivienda. Según cálculos de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y de la Cámara Venezolana de la Construcción, las mismas viviendas no costarían más de 45 mil dólares en el mercado internacional. En el caso de los desarrollos gubernamentales que se hicieron en terrenos expropiados con urbanismos ejecutados previamente por el sector privado, el costo sería inclusive menor, calculado por los expertos del sector en 22 mil dólares por unidad.⁷⁹

Un factor decisivo en cuanto a la falta de transparencia estuvo determinado por la centralización de la Gran Misión Vivienda Venezuela, que hasta ese momento se había repartido entre varios ministerios, institutos, gobernaciones y alcaldías al adscribir la fuente de financiamiento —el Fondo Simón Bolívar— al Ministerio del Poder Popular para la Vivienda y Hábitat.⁸⁰ La concentración del dinero aumentó aún más el hermetismo en todo lo referente a precios, licitaciones, órdenes de compra y suministro de materiales de construcción, ahora absolutamente centralizado y sin controles adecuados.

4.2. Vulnerabilidad: viviendas sin título de propiedad y de mala calidad

Han sido plasmados en los estudios dedicados al derecho a la vivienda los reportes sobre quejas por falta de títulos de propiedad, de servicio de agua por semanas seguidas, irregularidades en las asignaciones de apartamentos por influencias políticas, preocupación por querer pagar los apartamentos y ser diferidos indefi-

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.838, 28 de enero de 2016.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

nidamente, mientras mantienen solo un “documento de adjudicación” que identifica las viviendas con un código seriado y les prohíbe venderlas o cambiar las fachadas.⁸¹ Incluso, ha habido declaraciones del sector gubernamental admitiendo la discriminación política en la garantía de los DESCA, incluido el derecho a la vivienda.⁸²

La carencia de títulos de propiedad de las unidades entregadas por la Gran Misión Vivienda Venezuela ha sido una herramienta para bloquear la posibilidad de reclamar, de movilizarse y decidir su futuro. Ello contraviene el derecho de todas las personas a “tener un grado de seguridad jurídica de la tenencia que les garantice la protección contra el desalojo forzado, el acoso y las amenazas”.⁸³ Igualmente, la baja calidad de los desarrollos habitacionales, lo cual ha generado hasta desalojos por fallas estructurales en las edificaciones, además de fallas en el suministro de agua y luz, viola directamente el derecho a la vivienda. Tal como se señala en el discurso académico en relación con el vínculo entre corrupción: “Las casas deben ofrecer facilidades esenciales para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Deben ser adecuadamente espaciosas y proteger del frío, la lluvia, las amenazas a la salud y los riesgos estructurales.”⁸⁴

En 2016, la Asamblea Nacional, de mayoría opositora, aprobó en primera discusión el proyecto de Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela (GMVV), pretendiendo corregir la situación. En

⁸¹ PROVEA, Informe Anual 2016, “Derecho a la vivienda adecuada”..., *cit.*

⁸² En el marco de la recolección de firmas para activar el derecho constitucional de un referendo revocatorio del presidente en ejercicio, el uso proselitista de los programas sociales del gobierno se puso de manifiesto por el propio ministro de Transporte y Obras Públicas, Ricardo Molina, cuando amenazó a la población en 2016, diciendo: “El que firme, que se olvide de los CLAP, de Misión Vivienda, de Barrio Tricolor”, *Aporrea*, “Ministro Ricardo Molina: ‘Escuálido que firme que se olvide de los Clap, de Misión Vivienda, de Barrio Tricolor’”, 20 de octubre de 2016, disponible en <https://www.aporrea.org/contraloria/n298936.html>.

⁸³ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos...., cit.*, p. 58.

⁸⁴ *Idem.*

marzo siguiente se aprobó en segunda discusión. Días después, el Tribunal Supremo de Justicia, cuya falta de independencia e imparcialidad ha estado sometida a escrutinio⁸⁵ y críticas nacionales e internacionales,⁸⁶ declaró la inconstitucionalidad de la ley.⁸⁷

5. CORRUPCIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A SERVICIOS BÁSICOS: EL SECTOR ELÉCTRICO

Si se toma como referencia el estudio de 2016 de Transparencia Internacional, se nota con alarma que el índice de soborno para

⁸⁵ Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los tres casos relativos a la destitución y no reincorporación de jueces en Venezuela desde 2009, dejaron claro que su común denominador estaba dado por el hecho de enmarcarse directa o indirectamente en el procedimiento de re-estructuración del poder judicial que Venezuela había iniciado en 1999. El Tribunal de San José dictó tres sentencias emblemáticas en los *Casos Apitz Barbera y otros, Reverón Trujillo y Chocrón Chocrón*. Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182; Corte IDH. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197; Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227. Cabe recordar que el TSJ dictó la sentencia 1939, de 18 de diciembre de 2008, mediante la cual declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte IDH de 5 de agosto de 2008 dictada en el caso de los exmagistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (*Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*).

⁸⁶ Los medios de comunicación anunciaron que la Comisión Internacional de Juristas denuncia la falta de independencia judicial en Venezuela. *La Patilla*, 22 de agosto de 2017, disponible en <https://www.lapatilla.com/site/2017/08/22/comision-internacional-de-juristas-denuncia-la-falta-de-independencia-judicial-en-venezuela/>. Véase el texto del informe: ICJ Global Redress and Accountability Initiative, “Achieving Justice for Gross Human Rights Violations in Venezuela”, Baseline Study July 2017, International Commission of Jurists, pp. 20 y ss., disponible en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/08/Venezuela-GRA-Baseline-Study-Publications-Reports-Thematic-reports-2017-ENG.pdf>.

⁸⁷ Sentencia TSJ, Ley de Otorgamiento Títulos Gmvv, disponible en <https://es.scribd.com/document/311749964/Sentencia-TSJ-Ley-de-Otorgamiento-Titulos-Gmvv>.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

acceder a servicios públicos se encuentra entre 41 y 50%.⁸⁸ Solo para graficar la magnitud y gravedad de la violación del derecho de acceso a los servicios básicos, se puede acudir al dramático relato de fecha 16 de febrero de 2018, del concejal del municipio Caroní, Dorkis Castro, cuando denunció la muerte de seis recién nacidos en el Hospital Pediátrico Menca de Leoni en el estado Bolívar, producto de una falla eléctrica en la terapia neonatal.⁸⁹ Como han apuntado los expertos del área, este factor y otros relacionados con la falta de medicinas, insumos y equipos en los centros de salud de Venezuela está incidiendo en la tasa de mortalidad infantil.⁹⁰

A pesar de que el Estado ha invertido cinco veces el equivalente al Plan Marshall en la modernización del sistema eléctrico nacional desde 2010, los venezolanos sufren de constantes racionamientos y cortes inesperados del suministro eléctrico, con graves consecuencias en todas las áreas de la cotidianidad, situación que expertos independientes han calificado como una verdadera tragedia.⁹¹

La emergencia eléctrica decretada durante la presidencia de Hugo Chávez, el 8 de febrero 2010, “por 60 días prorrogables” —que ya se prolonga por ocho años— ha costado al país, hasta ahora, más de 60 mil millones de dólares.⁹² Se trata de una cifra superior a la inversión total realizada durante 40 años por los gobiernos anteriores, sin que el problema haya sido solucionado.

⁸⁸ CIDH, Informe Venezuela 2017..., *cit.*, párr. 411.

⁸⁹ *El Diario de Guayana*, “Concejal Castro denuncia muerte de neonatos en el Menca de Leoni”, 17 de febrero de 2018, disponible en <https://www.eldiariodeguayana.com.ve/concejal-castro-denuncia-muerte-de-neonatos-en-el-menca-de-leoni/>.

⁹⁰ *El Estímulo*, “Aumentan las muertes en hospitales por fallas en el sistema eléctrico”, 9 de marzo de 2018, disponible en <http://elestimulo.com/blog/aumentan-las-muertes-en-hospitales-por-fallas-en-el-sistema-electrico/>.

⁹¹ Kertzman, Fanny y Boyd, Alek, “Así se robaron el sistema eléctrico en Venezuela”, *Semana*, 9 de marzo de 2013, disponible en <http://www.semana.com/mundo/articulo/las-razones-los-robos-que-hicieron-fallar-el-sistema-electrico-en-venezuela/356401-3>.

⁹² Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo...*, *cit.*, p. 58.

6. CONCLUSIÓN

De cara a la Cumbre de las Américas, el secretario general de la OEA, Luis Almagro, afirmaba ya en junio de 2017, que la “región se encuentra en un momento clave para su futuro, como resultado de las amenazas a la gobernabilidad democrática, ya sea por la corrupción que corroe desde adentro a las instituciones en varios países, o por el vaciamiento de las mismas, producto de un autoritarismo que cercena las libertades y garantías individuales de la ciudadanía, como la actual situación venezolana”. En el Barómetro Global de la Corrupción de 2017, también se ponen de relieve datos alarmantes, en cuanto “tres cuartas partes o más de los encuestados en Brasil, Perú, Chile y Venezuela sostiene que la corrupción aumentó (entre el 78% y el 87%)” y respecto a las personas que viven en Venezuela se indica que “son las más proclives a considerar que la policía es sumamente corrupta (73%)”.⁹³

Como ha quedado evidenciado en los informes de los organismos universales (ONU) y regionales (OEA, CIDH), en la actualidad venezolana de principios de 2018 la complejidad política refleja la corrupción sistémica que ha ocurrido en el país y sus implicaciones en la violación de los derechos humanos de la población. Como se sostiene en el campo académico y lo advierte Anne Peters, la “corrupción sigue las leyes no oficiales del mercado, evadiendo por tanto el imperio de la ley. Debido a que la corrupción es entonces la antítesis del imperio de la ley y dado que este es, además, una condición necesaria para el respeto de los derechos humanos, la corrupción constituye entonces —en un sentido muy general— la negación de la idea de los derechos humanos.”

La corrupción debe ser tratada, por tanto, como un problema transnacional pluriofensivo en el que están involucrados desde grupos de delincuencia organizada hasta gobiernos, pasando por compañías multinacionales. No cabe duda de que el binomio corrupción política y económica constituye la llave que abre la

⁹³ Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe*, 2017, p. 6, disponible en https://www.prensa.com/politica/Barometrocorrupcion_LPRFIL20171009_0001.pdf.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

puerta a la mayoría de las violaciones a los derechos humanos y de las actividades criminales que azotan a los países. Un claro ejemplo es el caso *Odebrecht* y las consecuencias que ha tenido en la estabilidad democrática de la región. El escándalo de los sobornos de la constructora brasileña ha generado investigaciones que han derivado en destitución y medidas privativas de libertad de presidentes y ministros, renuncias de altos cargos públicos, confiscación de dinero y bienes. En Venezuela es impostergable actuar frente a este caso, dada su gravedad y en atención a los testimonios y pruebas existentes. Es urgente vencer la impunidad y llevar a cabo las investigaciones pertinentes, porque está demostrado que la impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. El caso de la constructora brasileña renueva la necesidad de debatir y aprobar marcos jurídicos que garanticen la transparencia en el financiamiento de la democracia y de los partidos políticos que la sostienen.

Ciertamente, para Venezuela son válidas las recomendaciones que aporta Transparencia Internacional en el sentido de que hay que tomar medidas para reducir los sobornos en los servicios públicos, preparar a la sociedad civil para participar en la lucha contra la corrupción, fortalecer las instituciones que imparten justicia, sanear la institución policial y proteger a los denunciantes.⁹⁴ Sin embargo, el contexto de la crisis humanitaria hace latente y urgente la adopción de otras medidas correctivas.

En el ámbito de la lucha anticorrupción, en Venezuela juega un papel decisivo la recuperación de activos producto de la corrupción. Para ello, es preciso la cooperación policial y judicial internacional, así como también promulgar leyes que, en sintonía con los acuerdos y convenciones internacionales de la ONU y la OEA, permitan identificar el rastro del dinero extraído al patrimonio público y proceder a su recuperación. Una iniciativa valiosa proviene de la aprobación, en primera discusión, por parte de la Asamblea Nacional de Venezuela, de la Ley de Recuperación de Activos Vinculados a la Corrupción, que se encuentra en consulta para su promulgación y posterior aplicación, una vez que se salvaguarde el Estado de derecho y la democracia.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 7.

CARLOS TABLANTE

En el marco de la cooperación internacional, Venezuela debe solicitar el acompañamiento de una comisión de expertos de la OEA para fortalecer las instituciones, restablecer el Estado de derecho y lograr disminuir el impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos.

Del mismo modo, la Asamblea Nacional deberá designar una Comisión de la Verdad, que audite el movimiento de capitales gestionados dentro del control de cambio desde su inicio e identifique las operaciones sospechosas asociadas a los negocios ilícitos con el diferencial cambiario de la delincuencia organizada financiera. El objetivo de la Comisión de la Verdad debe ser determinar la dimensión del daño causado al patrimonio público y, desde el órgano parlamentario, emprender acciones legislativas destinadas a la recuperación y la aplicación de esos fondos para la garantía de los derechos humanos, en particular los DESCA, a fin de hacer frente a la crisis humanitaria.

Desde las iniciativas de la sociedad civil, he reiterado la relevancia de regular en dicha ley de recuperación de activos producto de la corrupción la creación de un Fondo para la Prevención Integral Social contra la Corrupción y la Defensa de los Derechos Humanos, financiado con los activos y bienes recuperados.

Una hoja de ruta clara coadyuvará a solucionar el drama venezolano, incorporando acciones dirigidas a activar la justicia en la corrección de distorsiones y el resarcimiento al país por la extrema extracción económica sufrida, pero ello no es suficiente. Se transgredieron abiertamente límites democráticos, morales y de derechos humanos. En Venezuela se ha socavado la gobernabilidad y la gobernanza y es forzoso rescatar la plena vigencia de la democracia y la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Casal, Jesús María, “La convocatoria a una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIII, Bogotá, 2017.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

España N., Luis Pedro y otros, *Venezuela: Un acuerdo para alcanzar el desarrollo*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2006.

Obuchi, M.; Richard, K.; Abadí, M.; Anabella Lira, S. y Bárbara, S., *Gestión en rojo*, Caracas, Ediciones IESA, 2011.

Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *Estado delincuente: cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela*, Caracas, Cyngular Asesoría 357, 2013.

Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo: quiénes y cómo se robaron el dinero de los venezolanos*, Caracas, Cyngular Asesoría 357, 2015.

Fuentes digitales

ABC, “Borges recoge el premio Sajarov y recuerda a «los 157 asesinados por la represión de Maduro»”, 16 de diciembre de 2017, disponible en http://www.abc.es/internacional/abci-borges-recoge-premio-sajarov-y-recuerda-157-asesinados-represion-maduro-201712131358_noticia.html

Amnistía Internacional: “Venezuela: militarización de la crisis por parte de autoridades intensifica violencia y promueve miedo”, 2 de junio de 2017, disponible en <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/06/venezuela-militarizacion-de-la-crisis-por-parte-de-autoridades-intensifica-violencia-y-promueve-miedo/>

Aporrea, “Ministro Ricardo Molina: “Escuálido que firme que se olvide de los Clap, de Misión Vivienda, de Barrio Tricolor”, 20 de octubre de 2016, disponible en <https://www.aporrea.org/contraloria/n298936.html>

Camero, Mildred, “Nexos con civiles y militares en drogas apuntan hacia narcorregímen”, disponible en <http://www.control-ciudadano.org/noticias/mildred-camero-nexos-con-civiles-y-militares-en-drogas-apuntan-hacia-narcorregimen>

Cardona, Lissette, “Corrupción sin remedios”, *Transparencia Venezuela*, 7 de julio de 2016, disponible en <https://transparencia.org.ve/project/corrupcion-sin-remedios/>

CARLOS TABLANTE

Comisión Internacional de Juristas, *La Patilla*, 22 de agosto de 2017, disponible en <https://www.lapatilla.com/site/2017/08/22/comision-internacional-de-juristas-denuncia-la-falta-de-independencia-judicial-en-venezuela/>

Control Ciudadano: “La FANB no puede explotar recursos naturales de acuerdo a la Ley”, disponible en <http://www.cuentasclarasdigital.org/wp-content/uploads/2016/02/Nota-de-Control-Ciudadano.pdf>

Curcio, Pascualina, “Escasez de medicamentos en Venezuela ¿Falta de divisas?”, *15 y último. Resuelve de Ideas*, 21 de mayo de 2017, <http://www.15ultimo.com/2017/05/21/escasez-de-medicamentos-en-venezuela-falta-de-divisas/>

El Diario de Guayana, “Concejal Castro denuncia muerte de neonatos en el Menca de Leoni”, 17 de febrero de 2018, disponible en <https://www.eldiariodeguayana.com.ve/concejal-castro-denuncia-muerte-de-neonatos-en-el-menca-de-leoni/>

El Estímulo, “Aumentan las muertes en hospitales por fallas en el sistema eléctrico”, 9 de marzo de 2018, disponible en <http://elestimulo.com/blog/aumentan-las-muertes-en-hospitales-por-fallas-en-el-sistema-electrico/>

El Nacional, “Ortega Díaz desconoce las sentencias 469 y 470 del TSJ”, 28 de junio de 2017.

ESCA, Informe semestral, segundo semestre 2012 al primer semestre 2014, disponible en <http://www.ine.gov.ve/documents/Social/ConsumodeAlimentos/pdf/informeEsca.pdf>

Fondo Monetario Internacional (FMI), 2017, Real GDP Growth, *IMF Data Mapper*, 14 de octubre 2017, disponible en http://www.imf.org/external/datamapper/NGDP_RPCH@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD/VEN

Foro Penal, Presos Políticos en Venezuela, disponible en <https://foropenal.com/presos-politicos/#listado-presos->, <https://foropenal.com/2018/02/28/febrero-2018/>

Human Rights Watch, “El declive de Venezuela hacia una dictadura”, 7 de diciembre de 2017, disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2017/12/07/el-declive-de-venezuela-hacia-una-dictadura>

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

ICJ Global Redress and Accountability Initiative, “Achieving Justice for Gross Human Rights Violations in Venezuela”, Baseline Study July 2017, International Commission of Jurists, disponible en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/08/Venezuela-GRA-Baseline-Study-Publications-Reports-Themantic-reports-2017-ENG.pdf>.

Kertzman, Fanny y Boyd, Alek, “Así se robaron el sistema eléctrico en Venezuela”, *Semana*, 9 de marzo de 2013, disponible en <http://www.semana.com/mundo/articulo/las-razones-los-robos-que-hicieron-fallar-el-sistema-electrico-en-venezuela/356401-3>

La corrupción y los derechos humanos: estableciendo el vínculo, México, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2009, disponible en http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf

Lopéz, Nuria, “La corrupción en Venezuela mata”, 24 de junio de 2017, *El Mundo*, disponible en <http://www.elmundo.es/internacional/2017/06/24/5913319922601d68188b465d.html>

Maneiro, Ana, “Fondo Simón Bolívar es adscrito al Ministerio de Vivienda y Hábitat”, *Correo del Orinoco*, 28 de enero de 2016, disponible en <http://www.correodelorinoco.gob.ve/fondo-simon-bolivar-es-adscrito-al-ministerio-poder-popular-para-vivienda-y-habitat/>

Massachusetts Institute of Technology, “We are the world’s leading visualization engine for international trade data”, *The Observatory of Economic Complexity*, Macro Connections, 21 de octubre de 2017, disponible en <http://atlas.media.mit.edu/en/>

Miranda, Héctor Rodríguez: “No vamos a sacarlos de la pobreza para que se vuelvan escuálidos”, *El Impulso*, 25 de febrero de 2014, disponible en <http://www.elimpulso.com/noticias/nacionales/rodriguez-no-vamos-a-sacarlos-de-la-pobreza-para-que-se-vuelvan-escualidos>

MIT (Massachusetts Institute of Technology), *The Observatory of Economic Complexity*, Macro Connections, 21 de octubre de 2017, disponible en <http://atlas.media.mit.edu/en/>

CARLOS TABLANTE

Mogollón, Johnny E., “Algunas medicinas ahora cuestan más que un sueldo mínimo completo”, *Última Hora*, 6 de febrero de 2017, disponible en <http://ultimahoradigital.com/2017/02/algunas-medicinas-ahora-cuestan-mas-de-un-sueldo-minimo-completo/>

Núñez, Marielba, “La expansión del dominio militar”, *El Nacional*, 28 de enero de 2018, disponible en http://www.el-nacional.com/noticias/politica/expansion-del-dominio-militar_220617

Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV), Informe OVV de violencia 2017, disponible en <https://observatoriodeviolencia.org.ve/informe-ovv-de-violencia-2017/>

Observatorio Venezolano de Violencia, “Suicidios, lo único que no escasea en Venezuela”, disponible en <https://observatoriodeviolencia.org.ve/suicidios-lo-unico-que-no-escasea-en-venezuela/>

Olivares, Francisco, “Medios en la mira”, *El Universal*, 14 de junio de 2009, disponible en http://www.eluniversal.com/2009/06/14/pol_art_medios-en-la-mira_1426745.shtml

Oliveros, Asdrúbal, “Tiene salida la crisis económica venezolana?”, *El Ucabista*, UCAB, 29 de marzo de 2017, disponible en <http://elucabista.com/2017/03/29/tiene-salida-la-crisis-economica-venezolana/>

Parra-Bernal, Guillermo y Cascione, Silvio, Acciones de Hypermarcas de Brasil se hunden luego de que ex ejecutivo admite sobornos, 2016, *Reuters*, 28 de junio de 2016, disponible en <http://lta.reuters.com/article/businessNews/idLTAKCN0ZE2ZX>

Prodavinci, “El hambre y los días”, disponible en <https://prodavinci.com/especiales/el-hambre-y-los-dias/los-datos.html>

Prodavinci, “El TSJ avanza en su intento de anular y remover a la fiscal”, 27 de junio de 2017.

PROVEA, Informe anual 2016, “Derecho a la salud”, Caracas, 2017, disponible en <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/09Salud-3.pdf>

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

PROVEA, Informe anual 2016, “Derecho a la Vivienda Adecuada”, disponible en <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/12ViviendaAdecuada.pdf>

Rondón, César Miguel, “Sin techo: entrevista a los presidentes de la Cámara Inmobiliaria de Venezuela y de la Cámara Venezolana de la Construcción”, 22 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=E91zDg4mhNs>.

RUNRUNES, El chavismo “desapareció” 2 billones de dólares en 16 años, RUNRUNES, 9 de noviembre de 2015, disponible en <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/223603/el-chavismo-desaparecio-2-billones-de-dolares-en-16-anos.html>

Santos, Miguel Ángel; Bustos, Sebastián y Baquero, Gustavo, *La emergencia económica, la brecha externa y el mito del petróleo*, Prodavinci, 13 de julio de 2016, disponible en <http://prodavinci.com/2016/07/13/actualidad/la-emergencia-economica-la-brecha-externa-y-el-mito-del-petroleo-por-miguel-angel-santos-sebastian-bustos-y-gustavo-baquero/>

Suárez, Pilar, “Emergencia para recuperar lo robado al país”, *El Gran Saqueo*, 27 de enero de 2016, disponible en <http://elgransaqueo.com/emergencia-para-recuperar-lo-robado-al-pais/>

Tineo, Fernando, “De PDVAL a PUDREVAL”, *Transparencia Venezuela*, 7 de junio de 2016, disponible en <https://transparencia.org.ve/project/de-pdval-a-pudreval>

Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe*, 2017, disponible en https://www.prensa.com/politica/Barometrocorrupcion_LPRFIL20171009_0001.pdf

Transparencia Venezuela, La Gran Misión Vivienda Venezuela: entre el riesgo y la corrupción, *Transparencia Venezuela*, 10 de octubre de 2017, disponible en <https://transparencia.org.ve/project/la-gran-mision-vivienda-venezuela-riesgo-la-corrucion/>

Villalobos, Joaquín, “Petróleo a cambio de espías”, *El País*, 21 de marzo de 2018, disponible en https://elpais.com/elpais/2018/03/19/opinion/1521480968_530406.html

CARLOS TABLANTE

Ordenamiento jurídico

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Preámbulo, primer párrafo, disponible en http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Decreto 2.210, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.838.

Decreto 2.367, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 40.941.

Documentos internacionales

CIDH, “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, Informe de país, 2017, 12 de febrero de 2018 y es el tercero respecto a la situación de los derechos humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

CIDH, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, observaciones finales, República de Moldova, E/C.12/1/ADD.91, 12 de diciembre de 2003.

CIDH, Informe anual 2007, cap. IV Desarrollo de los Derechos Humanos de la Región, OEA/Ser.L/V/II.130, Doc. 22 rev. 1, 29 diciembre 2007, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/cap4Venezuela.sp.htmzs>

CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 2003, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/venezuela2003sp/indice.htm>.

Comisión de Venecia, opinión 894/2017, CDL-AD (2017) 024, 9 de octubre de 2017.

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, observaciones finales, República del Congo, CRC/C/COG/CO/1, 20 de octubre de 2006.

Impacto de la corrupción en los derechos humanos en Venezuela

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), *La corrupción y los derechos humanos: Estableciendo el vínculo*, Versoix, Suiza, ICHRP, 2009.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/6, 27 de diciembre 2016, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/6

Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182.

Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C, núm. 227.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 197.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

*M.Sc. Thelma Esperanza Aldana Hernández**

La Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; y su fin supremo es la realización del bien común. Asimismo, garantiza la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. El efectivo goce de los derechos humanos, así como el derecho a una vida libre de corrupción, son los cimientos para la construcción de un Estado democrático, garantista de derechos, incluyente y con instituciones sólidas.

Abordar el tema de corrupción y derechos humanos resulta ser una dicotomía, ya que ambos no pueden coexistir en un mismo Estado. En las últimas décadas, el fenómeno de la corrupción ha ido mutando, transformándose, ya no puede entenderse en su típica concepción, sino que se ha convertido en macroestructuras que interactúan entre lo público y lo privado, logrando transnacionalizarse y globalizarse para obtener beneficios económicos en detrimento de los Estados.

El 29 de diciembre de 1996, Guatemala vive un momento histórico: se firman los doce Acuerdos de Paz entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) con el Acuerdo de Paz Firme y Duradera. Los acuerdos fueron alcanzados entre 1991 y 1996, dentro de varios procesos de diálogo, para lograr soluciones pacíficas a los principales problemas que generó el Conflicto Armado Interno en Guatemala.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

Era el momento histórico de afianzar las bases para un sistema transparente, donde la regla general fuera respetar la ley. Hoy, es el momento de empoderar nuevamente a las instituciones con mecanismos sólidos y sistemas que tiendan a generar fiscales probos, jueces justos de profesión, leyes para el beneficio de la nación y gobiernos al servicio de todos.

Guatemala ha tenido momentos clave para cambiar el rumbo de las instituciones, la política y la estructura social, como lo fue la firma de los Acuerdos de Paz. En la época de su suscripción se logró vislumbrar los principales problemas sociales que generó el Conflicto Armado Interno, que duró 36 años y cuyo saldo fue de 250 000 muertos y 50 000 desaparecidos.¹ Con la Firma de la Paz Firme y Duradera, se asume el compromiso de Estado para cambiar las estructuras que permiten el abuso de poder, la impunidad, la corrupción, el tráfico de influencias y la injusticia. Se obtenía el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para el irrestricto respeto a los derechos humanos para todos los habitantes de la nación, compromiso que a la fecha dista mucho de llenar las expectativas para una sociedad que ha evolucionado en las últimas décadas.

AVANCES DE LOS ACUERDOS DE PAZ A LA FECHA

- **Salud:** El Estado da cumplimiento a los compromisos sobre políticas de salud a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPA) y el Instituto Guatemalteco del Seguro Social (IGSS). Los avances han sido crecientes en los siguientes niveles: aumento al presupuesto, extensión de cobertura, fortalecimiento a la red de servicios de salud, participación social en salud, reducción de mortalidad materna e infantil e implementación de programas de cobertura.
- **Educación:** Como ente rector de la política educativa de Guatemala, el Ministerio de Educación (MINEDUC) da seguimiento al cumplimiento de cuatro compromisos definidos por el Consejo Nacional de los Acuerdos de Paz,

¹ Comisión para el Esclarecimiento Histórico, p. 17.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

que son: Incremento presupuestario, política de gratuidad, educación bilingüe y reforma educativa. Los Acuerdos de Paz establecen una asignación presupuestaria del 5% respecto al Producto Interno Bruto. En la actualidad y como resultado de la corrupción, las escuelas públicas se encuentran en su mayoría con grandes falencias.

- **Vivienda:** Los Acuerdos de Paz, en relación con el compromiso de vivienda, establecen una asignación como mínimo de 1.5% de los ingresos tributarios, incrementando sostenidamente dicha asignación; meta que después de 21 años no se ha alcanzado.
- **Instituciones de la paz:** Se ha instituido la Secretaría de la Paz (SEPAZ); la Comisión Presidencial de Derechos Humanos (COPREDEH); el Programa Nacional de Resarcimiento (PNR); la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala (CODISRA); la Defensoría de la Mujer Indígena en Guatemala (DEMI); el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y el Archivo Histórico de la Policía Nacional. Se crea el Fondo Nacional para la Paz, que busca que los pequeños productores y agricultores, especialmente quienes viven en condiciones de pobreza, mejoren su productividad, tema que resulta pendiente y en el que poco se ha avanzado. En temas relativos a mujeres y pueblos indígenas, se inicia en 1997 con el Foro de la Mujer, luego en 1999 se inaugura la Defensoría de la Mujer Indígena y en 2002 la Secretaría Presidencial de la Mujer. Otras acciones dignas de hacer mención son la aprobación de la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, la apertura de la Unidad de la Mujer en el Fondo de Tierras, las reformas al Código de Trabajo en cuanto a discriminación hacia la mujer y la Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar. El tema de pueblos indígenas y lucha contra la discriminación es el más rezagado en cuanto a su cumplimiento, ello se debe a la falta de reconocimiento de estos pueblos, así como a la indiferencia política mostrada durante 21 años.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

- **Seguridad, Justicia y Agenda Legislativa:** El Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil (AFPC) y función del Ejército en una sociedad democrática estatuye que se hace necesario generar una Agenda Legislativa que tienda a la reducción de la impunidad en Guatemala. Durante los años 2008 a 2016 se han aprobado tanto leyes que manda el propio Acuerdo, así como leyes que se han derivado de la voluntad política en la búsqueda de la justicia y seguridad en democracia. Surge, con el AFPC, la Policía Nacional Civil y el Consejo Asesor en Seguridad (CAS). Se aprueba la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, ley que rige los procesos de elaboración, ejecución, monitoreo, seguimiento y evaluación de las acciones del Estado para el cumplimiento de los Acuerdos de Paz. También se aprueba la Ley de Armas y Municiones, Ley de Empresas Privadas de Seguridad, Ley contra el Lavado de Activos, Reformas a la Ley Orgánica del Ministerio Público, Reformas al Código Penal y Procesal Penal, Ley del Sistema Penitenciario, y Ley de Acceso a la Información Pública. Se firmó el Acuerdo nacional para el Avance de la Seguridad y la Justicia, donde se crean, entre otras, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Ley del Sistema de Alerta *Alba Keneth*, para búsqueda de menores de edad.

Los Acuerdos de Paz sentaron las bases mínimas para un proyecto o modelo de país, pero hoy, lejos se está de alcanzar lo establecido en ellos. La debilidad del Estado para ejercer su papel de garantizar el bien común dificulta el logro de los objetivos trazados por los Acuerdos. La institucionalidad del Estado está profundamente debilitada y el erario público, saqueado.

1. GUATEMALA, UNA LUCHA POR SALIR ADELANTE

Guatemala forma parte de la gran mayoría de tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto de protección universal como regional; así también, es parte de la Convención

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

de las Naciones Unidas contra la Corrupción² y de la Convención Interamericana contra la Corrupción.³ Ha realizado esfuerzos para legislar a favor de la transparencia con el decreto número 31-2012, que dió origen a la Ley contra la Corrupción, donde se implementa y se adapta a la Convención de las Naciones Unidas, haciendo en sus considerandos una declaración de reconocimiento real del conflicto: “[...] la corrupción que ha dejado de ser un problema nacional para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todos los Estados, lo que hace necesaria la cooperación internacional para prevenirla y combatirla”.

Profundizando en el problema de la corrupción como un flagelo global, se ha tomado conciencia internacional sobre los efectos de la misma y su repercusión económica y social, especialmente en países en vías de desarrollo y con economías emergentes. El debate sobre el origen de la corrupción no es reciente, pero sí lo es el enfoque sobre la repercusión que existe entre un Estado que tolera y avala la corrupción, y la efectiva protección y goce de los derechos humanos para la población. Concepciones como democracia, Estado de derecho, legalidad, justicia y paz, vienen acompañadas de una serie de políticas públicas encaminadas y diseñadas a generar legislación adecuada, instituciones sólidas, apertura al acceso de la información pública y contar con un sistema de justicia pronta y cumplida,⁴ que eventualmente permita, la exigibilidad y justiciabilidad⁵ en caso de ser violentados.

² Aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto 91-2005.

³ Aprobada por el Congreso de la República mediante Decreto 15-2001.

⁴ El debate sobre las causas o factores que contribuyen a crear las condiciones para cometer actos de corrupción, desemboca en las particularidades del lugar, el tiempo y la sociedad concreta que se analice. Aunque no pretende constituirse en una lista definitiva, el ICEFI considera que en el contexto guatemalteco es posible identificar seis caminos que conducen a la corrupción: a) legislación desactualizada; b) institucionalidad débil; c) acceso deficiente a la información pública; d) participación ciudadana escasa; e) existencia de conflictos de interés, y f) la impunidad. *LA CORRUPCIÓN Sus caminos, su impacto en la sociedad y una agenda para su eliminación*, Guatemala, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI), 2015, pp. 13-18.

⁵ “Los derechos civiles y políticos implican obligaciones de resultado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales imponen obligacio-

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

La situación actual del país no es casualidad. En la región, Guatemala representa los índices más preocupantes en cuanto a pobreza extrema, desnutrición crónica infantil, analfabetismo, salud y atención hospitalaria, infraestructura, limitado acceso a la justicia y altos índices de violencia, entre otros flagelos que aquejan a la sociedad, sin mencionar la ubicación geográfica, que la posicionan como un punto importante en las rutas y almacenaje del narcotráfico, contrabando, tráfico ilegal de personas y armas, entre otros. Estas situaciones, aunado a un sistema de seguridad y justicia debilitados, afectan directamente la proliferación de actos de corrupción.

2. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA ALIANZA ESTRATÉGICA CON LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG)⁶

La figura de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala es el primer ejercicio internacional de este tipo por parte de las Naciones Unidas a nivel mundial. Fue iniciativa del Gobierno de Guatemala solicitar a las Naciones Unidas apoyo en el tema de la lucha contra la impunidad.

nes de medio, es decir que los Estados deben poner en marcha las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Esto dio lugar a una discusión —crecientemente saldada— acerca del carácter programático o no de los derechos sociales. Con la más reciente aprobación y entrada en vigor del Protocolo Facultativo adicional al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) se abre un espacio concreto para la exigibilidad jurídica de los derechos sociales. A partir del PF-PIDESC se da lugar a la participación activa de las instancias judiciales nacionales para dar recepción y admisibilidad a denuncias de individuos que invoquen el restablecimiento de derechos humanos en el campo de lo social, lo económico y lo cultural, y emitir resoluciones que amparen estos derechos”, Alegre, Silvina; Hernández, Ximena y Camille, Roger, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales. El caso de los Derechos del Niño*, Cuaderno 5, ene, 2014, OCI-SITEAL-SIPIU-UNICEF-FundaciónArcor.

⁶ Las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala firmaron el Acuerdo relativo a la creación de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), el 12 de diciembre de 2006, el cual, tras la opinión consultiva favorable de la Corte de Constitucionalidad en mayo de 2007, fue ratificado posteriormente por el Congreso de la República el 1 de agosto de 2007.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

Es de esta manera que surge la Comisión como un órgano independiente de carácter internacional, cuya finalidad es apoyar al Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y a otras instituciones del Estado, tanto en la investigación de los delitos cometidos por integrantes de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad, como en general en las acciones que tiendan al desmantelamiento de estos grupos. Ello, mediante el apoyo a la investigación y persecución penal de un número limitado de casos complejos, así como mediante otras acciones dentro de su mandato, destinadas a fortalecer a las instituciones del sector justicia para que puedan continuar enfrentando a estos grupos ilegales en el futuro. El mandato de la CICIG, según lo establecido en el acuerdo, está compuesto por tres objetivos principales:

1. debe investigar la existencia de cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad que cometen delitos que afectan a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de Guatemala, e identificar las estructuras de estos grupos ilegales (incluyendo sus vínculos con funcionarios del Estado), actividades, modalidades de operación y fuentes de financiación;
2. colabora con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad, y en la promoción de la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes, y por último
3. hará recomendaciones al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.⁷

Para cumplir tales funciones, según lo previsto en el acuerdo, la CICIG está facultada para asesorar técnicamente a los organismos estatales encargados de la investigación penal, particularmente al Ministerio Público. Asimismo, la CICIG está autorizada

⁷ Quinta Prórroga del Mandato de la CICIG, de 4 de septiembre de 2017 al 3 de septiembre de 2019. Solicitud por el presidente Jimmy Morales a la ONU, el 16 de abril de 2016. Con respuesta positiva del secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, carta fechada el 24 de mayo de 2016.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

para actuar como querellante adhesivo, de conformidad con el Código Procesal Penal. La Comisión también tiene potestad para hacer las denuncias administrativas contra los funcionarios públicos, en particular respecto de los que han cometido actos con el propósito de obstaculizar el cumplimiento del mandato de la CICIG, y puede actuar como tercero interesado en los procedimientos disciplinarios iniciados contra estos funcionarios. Además, la CICIG está facultada para garantizar confidencialidad a las personas que colaboren en las investigaciones que se desarrollen, ya sea en calidad de testigos, peritos o colaboradores, así como promover su protección ante las autoridades correspondientes.

3. LA EXPERIENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Guatemala, a partir de 2015, es sin lugar a dudas uno de los casos de corrupción más emblemáticos a nivel mundial. La corrupción no solo había llegado hasta la cúpula más alta de poder en el gobierno, sino que la estructura criminal era liderada por el expresidente y exvicepresidenta del país.⁸ Con el caso *La Línea*,⁹

⁸ El general Otto Pérez Molina fue el cuadragésimo octavo presidente de la República. Se postuló para la presidencia por el Partido Patriota (PP) en las elecciones generales de Guatemala de 2011, realizadas el 6 de noviembre, con Roxana Baldetti como compañera de fórmula y candidata a la vicepresidencia. Es el primer militar electo popularmente en la nueva era democrática de Guatemala, que se inició en 1985. Fundador del Partido Patriota, del cual fue secretario general desde su fundación, el 20 de diciembre de 2001, hasta el 20 de enero de 2009. El 2 de septiembre de 2015 renunció a la Presidencia de la República luego de ser desaforado por el Congreso; el 3 de septiembre se presentó a la Torre de Tribunales para enfrentar su primera audiencia por el Caso de *La Línea*.

⁹ El 21 de agosto de 2015 la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y el Ministerio Público giraron una orden de captura contra la exvicepresidente Roxana Baldetti y una solicitud de antejucio contra el presidente Otto Pérez por los delitos de cohecho pasivo, asociación ilícita y caso especial de defraudación aduanera. Durante los operativos de 16 de abril demostraron que Juan Carlos Monzón —exsecretario privado de la exvicepresidenta— no era el líder de la red de defraudación aduanera llamada *La Línea*, sino que habrían sido el presidente y la exvicepresidenta; ambos habrían estado involucrados en la red desde antes de ser electos como gobernantes.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

se origina el retiro de la inmunidad al expresidente constitucional de la República, Otto Pérez Molina y a la exvicepresidenta Roxana Baldetti Elías, así como a la mayoría de integrantes del Gabinete de Gobierno, y la posterior acusación formal por los delitos de lavado de dinero y otros activos, asociación ilícita, caso especial de defraudación aduanera, cohecho pasivo y financiamiento electoral ilícito, entre otros; además de la solicitud de extradición contra Baldetti Elías, por parte de la justicia de los Estados Unidos por el delito de narcotráfico.¹⁰

Para comprender las raíces de la corrupción en Guatemala, se hace indispensable analizar, desde su origen —en algunos casos— a la clase política emergente a partir de la década de los ochenta, que en contubernio con el crimen organizado se estructura para fundar partidos políticos y comités cívicos, con el objetivo primordial de llegar al poder para cometer actos ilícitos de enriquecimiento, clientelismo y saqueo del erario público en detrimento de los más vulnerables, convirtiéndose en una constante en cada periodo electoral el surgimiento de partidos políticos y/o comités cívicos autofinanciados por el crimen organizado, con una agenda clara y específica: llegar al poder con el objetivo de cooptar y reconfigurar a su antojo al Estado, para proteger sus intereses y garantizarse impunidad para sí y para sus colaboradores.

La correlación entre la corrupción, impunidad y violación a los derechos humanos es cada día más visible. Surgen nuevos indicadores que muestran la estrecha vinculación entre estos. A decir, a medida que la corrupción e impunidad se enquistan en un Estado, simultáneamente decae de forma alarmante la debida protección de los derechos humanos; sean estos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, así como la brecha de la

¹⁰ El 22 de febrero de 2017. Roxana Baldetti y el exministro de Gobernación, Mauricio López Bonilla —también en prisión preventiva por los casos Cooptación del Estado y la Coperacha— fueron acusados por separado en la Corte Distrital de Estados Unidos para el Distrito de Columbia por conspirar para distribuir cinco o más kilogramos de cocaína con la intención y conocimiento de que la cocaína sería importada ilegalmente a Estados Unidos. El expediente indica que Baldetti y López Bonilla colaboraron con traficantes de cocaína que desde Sudamérica trasladaban el alcaloide hacia territorio estadounidense, y que su vínculo podría haberse originado en 2010 y mantenido hasta 2015.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

desigualdad, marginación y exclusión de los grupos más vulnerables se hace cada vez más profunda y difícil de equiparar.

La lucha frontal contra la corrupción desde 2015 ha develado que la misma es sistemática, arraigada, y lacera el tejido social, a veces de manera irreparable. Los casos que se llevan junto con la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) muestran un intrincado sistema de acción desde las más altas esferas, comprometiendo la gobernabilidad del Estado, debilitando las instituciones públicas y generando una crisis en el Estado de derecho jamás visto en la historia del país. Casos como los de *La Línea*, *Cooptación del Estado*, *IGSS-PISA* y *Lago de Amatitlán* han permitido sentar verdaderos precedentes en el sistema de justicia guatemalteco. Se han logrado desarticular estructuras criminales enraizadas en el Estado, integradas por personajes que históricamente habían permanecido intocables.

4. EL COSTO DE LA CORRUPCIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN DETERIMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La corrupción ha penetrado muchas instituciones públicas y privadas, impactando directamente en la calidad de vida de la población, que depende estrechamente de los servicios públicos elementales, educación, salud, transporte, vivienda, seguridad, nutrición, entre otros. El problema se agudiza para la población más vulnerable y en condiciones de desventaja, socavando su realización plena y el respeto a sus derechos humanos. El Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI) realizó un estudio del impacto de la corrupción en 2015, donde muestra los daños sociales ocasionados por la desviación del presupuesto, que afectó directamente en los siguientes rubros, por citar algunos:

- salud y nutrición: Se dejó de vacunar a más de un millón de niños y niñas de 0 a 1 año, de acuerdo con su edad y el esquema de vacunación vigente; 1.2 millones de personas dejaron de tener acceso a métodos de planificación familiar;
- educación: Se dejó de producir y entregar cerca de 300 mil libros escolares para el nivel de educación primaria

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

bilingüe intercultural; más de 100 mil estudiantes del ciclo básico y secundaria dejaron de ser atendidos por el sistema escolar. Más de 100 mil docentes de los niveles preprimario y primario dejaron de recibir la valija didáctica;

- protección social: Más de 3 mil adolescentes y jóvenes dejaron de recibir el beneficio de becas de educación superior, de empleo y artesanales;
- seguridad: Más de 80 mil jóvenes dejaron de participar en actividades de prevención de la violencia, y 9 mil policías dejaron de recibir actividades de formación y especialización, y
- más de 2.6 millones de niños y niñas se han quedado, solo en 2015, sin alimentación escolar ni útiles escolares. 1.2 millones de niños menores de cinco años no recibieron micronutrientes. Más de 300 mil mujeres sin atención calificada en el parto. 22 mil estudiantes de diversificado sin ser atendidos; 5 mil becas se dejaron de entregar a adolescentes y jóvenes en situación de riesgo. 1 millón de bolsas de alimentos dejadas de entregar a hogares en pobreza o por crisis alimentaria. 80 mil jóvenes se quedaron sin participar en programas para evitar la violencia.

Según el Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI),¹¹ 30% del presupuesto del país es vulnerable a corrupción, equivalente a 2 600 millones de dólares, y se estima un aproximado de 530 millones de dólares como el costo de la corrupción en Guatemala solo en 2015, lo que equivale al presupuesto del Ministerio Público durante los últimos cuatro años. Se cree que los actos de corrupción solo generan consecuencias dañinas para el patrimonio e imagen del Estado; sin embargo, el impacto de la corrupción abarca más, cala silenciosamente en lo más profundo del tejido social, afectando directamente a los grupos más vulnerables y excluidos de la sociedad.

La corrupción en Guatemala reduce exponencialmente el acceso a servicios públicos y a la justicia, principalmente a las

¹¹ *LA CORRUPCIÓN Sus caminos, su impacto en la sociedad y una agenda para su eliminación*, Guatemala, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales-Oxfam, 2015.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

mujeres indígenas del área rural, siendo las mujeres históricamente vulnerables por diversos factores sociales y culturales, la situación de riesgo de estas se agrava proporcionalmente al nivel de corrupción que se presente. Existen manifestaciones de la corrupción que impactan de manera desproporcionada o de forma particular a las mujeres. Ambas afectan y exponen potencialmente a la mujer y a la niña. Prueba de ello es que el delito más denunciado en Guatemala es el de violencia contra la mujer.¹² La magnitud e impacto que genera la corrupción en el acceso a la justicia, así como el incremento de la violencia contra la mujer y la niña, la falta de oportunidades y la desprotección del Estado en garantizar los servicios y derechos básicos para estas, se ha convertido en uno de los principales problemas que enfrenta el país. La lucha contra la corrupción debe enfocar la problemática con transversalidad e interseccionalidad de género, de lo contrario, las mujeres y niñas con menos recursos estarán condenadas a un futuro de pobreza, abandono y olvido. Siendo la justicia un bien público por excelencia y por mandato constitucional, esta depende exclusivamente del presupuesto nacional destinado para el efecto. Al momento de existir opacidad en el gasto público, el sector más afectado, junto con la educación, seguridad y salud, es el de la justicia y el acceso a la misma. La corrupción institucionalizada va anexada, por lo general, a la impunidad.

5. MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

5.1. Sociedad, gasto público y apoyo internacional

El Ministerio Público en Guatemala, institución encargada de la persecución penal y averiguación de la verdad, tiene presencia únicamente en 36 de 340 municipios y 23 distritales, lo que representa 17% de cobertura nacional. La investigación y persecu-

¹² De conformidad con el Sistema Informático de Control de la Investigación del Ministerio Público (SICOMP), el delito más denunciado a nivel nacional fue el de Violencia Contra la Mujer, en 2016 se reportaron 56 581 denuncias y al mes de julio de 2017, 25 481 denuncias.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

ción penal efectiva en casos contra la corrupción permite que la institucionalidad del país se encamine hacia el fortalecimiento del sistema de justicia y la construcción de la paz para garantizar un futuro digno a nuestras siguientes generaciones. El papel de la sociedad es velar por la protección del adecuado uso del gasto público y la denuncia ante actos de corrupción, puesto que aún existen estructuras dedicadas a este flagelo, que han llevado al país a un deterioro político, económico y social de magnitudes alarmantes. De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (UNODOC, por sus siglas en inglés), “La corrupción es un complejo fenómeno social, político y económico que afecta a todos los países del mundo. En diferentes contextos, la corrupción perjudica a las instituciones democráticas, desacelera el desarrollo económico y contribuye para la inestabilidad política”.

La corrupción destruye las bases de las instituciones democráticas, al distorsionar los procesos electorales y manipular sentencias y contratos, socavando el imperio de la ley, deslegitimando al poder público, lo que propicia el colapso del Estado de derecho. La organización Transparencia Internacional rindió resultados correspondientes a 2016 sobre la percepción de la corrupción a nivel mundial.¹³ Guatemala obtuvo una puntuación de 28 sobre 100, siendo el cuarto país con menos transparencia de Latinoamérica.

El común denominador resulta ser el soborno, el fraude, la apropiación indebida y otras formas de desviación de recursos por funcionarios públicos, el nepotismo, la extorsión, el tráfico de influencias, el uso indebido de información privilegiada para fines personales y la compra y venta de las decisiones judiciales, entre otras varias prácticas que merman la seguridad democrática y económica del país. Lo trascendental del hallazgo y persecución penal de los casos antes mencionados fue demostrar que con profundidad investigativa, presentación de pruebas contundentes y señalando a los supuestos implicados, sea quien fuere, se generó por primera vez en la población la sensación y la certeza

¹³ https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

za de que sí es factible vivir en un Estado de legalidad y transparencia, donde nadie es superior a la ley.

El Ministerio Público, a través de la Fiscalía Especializada Contra la Impunidad (FECI), en conjunto con la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), ha logrado generar avances significativos en la persecución de los delitos contra la corrupción. En la actualidad, la FECI investiga más de 123 casos de alto impacto. La inauguración de la nueva Fiscalía de la FECI-CICIG en Quetzaltenango viene a fortalecer aún más la lucha contra la corrupción en el interior del país y se espera reducir así la impunidad en el territorio nacional.

El apoyo que se ha recibido de la comunidad internacional y de la mayoría de la población refleja que el país, con dedicación y cambios estructurales, puede salir a flote de la crisis política y social en la que se encuentra. La población ha asumido su papel histórico para pedir cambios estructurales y ponerle un alto a la corrupción a través de la denuncia, la exigencia de transparencia en los actos públicos y la demanda de rendición de cuentas.

5.2. La lucha no debe detenerse

Ha habido avances significativos en la lucha contra la corrupción, en el respeto y garantía de los derechos humanos, en el proceso de transformar el Estado en un Estado garantista, moderno, transparente y al servicio de la población, nos enfrentamos hoy día a un Estado rezagado, que por prácticas sistemáticas corruptas ha llegado a la crisis institucional y política que vive el país. Queda mucho por hacer, pero las bases para la justicia, la transparencia y la lucha contra la corrupción están dadas. Será responsabilidad del conglomerado social y del Estado generar el ambiente propicio para que renazca una nueva clase política, donde su prioridad sea el servir a la población, y no servirse de esta; donde gobernantes y gobernados se sujeten al imperio de la ley y prevalezca el Estado de derecho. La fragilidad institucional generada por la corrupción demanda acciones afirmativas por parte de toda la sociedad, la clase política y el Estado, principalmente del sistema de justicia, ya que dependerá de este generar precedentes histó-

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

ricos a través de sentencias justas y basadas en el derecho contra los responsables de actos de corrupción.

La dicotomía entre el goce irrestricto de los derechos humanos y la corrupción son cada vez más críticos, y los que apoyan la impunidad apelan cada vez más recio al mal llamado principio de soberanía. No es casualidad que los gobiernos que violan los derechos humanos invoquen la soberanía con frecuencia, rechazando, en el caso específico, la presencia de la CICIG en Guatemala, aduciendo injerencia en asuntos internos y abuso de sus facultades, situación que genera el efecto inmediato de perpetuar la corrupción e impunidad, desgastando aún más la frágil democracia y la institucionalidad del país.

Cabe resaltar que no todo está perdido. La lucha contra la corrupción e impunidad en Guatemala inició y no tiene vuelta atrás. Es un proceso de reformulación de bases, principios y ética que poco a poco se ha ido construyendo. Se han desarticulado estructuras dedicadas a la corrupción y saqueo del erario público que en el pasado, sin las herramientas necesarias con las que se cuenta hoy día, hubiera sido imposible llevar ante la justicia. Es tarea de la sociedad en su conjunto exigir a los órganos jurisdiccionales que apliquen justicia a los culpables de actos de corrupción; es momento de exigir reparaciones dignas a los que violentan con el saqueo desmedido del erario público, robando así el futuro a las nuevas generaciones.

Resulta imperante que se sienten bases sólidas de cambio institucional, político y de rendición de cuentas, para que en un futuro se pueda cumplir, como Estado, con las garantías mínimas de protección de los derechos humanos. Es el único camino que queda para la consecución de un Estado de derecho en el que la transparencia, la verdadera paz, justicia pronta y cumplida, sean la regla y no la excepción.

La lucha contra la corrupción debe incluir el fortalecimiento de la participación ciudadana. Necesitamos una ciudadanía empoderada, informada, activa en los procesos de rendición de cuentas y control social, se requiere de una sociedad dispuesta a aceptar códigos de ética y sanciones a conductas corruptas, que serán piezas clave en la lucha contra la corrupción e impunidad en Guatemala.

THELMA ESPERANZA ALDANA HERNÁNDEZ

La fragilidad de la institucionalidad del Estado, aunado a la situación política y social, se podrían atribuir, sin lugar a dudas, a la corrupción sistemática incrustada décadas atrás.

Garantizar la transparencia del Estado de Guatemala no es una función que dependa exclusivamente del Ministerio Público o de la CICIG, la transparencia se tiene que fortalecer en todos los ámbitos de la vida, del actuar y de la Administración Pública. Si bien es cierto que se cuenta con legislación nacional e internacional contra la corrupción y a favor de los derechos humanos, no se trata de carencia de marco legal, sino de carencia de voluntad política y social para luchar y frenar, de alguna manera, uno de los peores actos que afectan y laceran por completo el desarrollo de una nación.

La importancia del fortalecimiento del Ministerio Público para garantizar la transparencia nos muestra que Guatemala está cambiando, la sociedad organizada ha despertado y ha tomado conciencia del flagelo de la corrupción y su devastador efecto dominó que llega a perjudicar siempre a los más pobres, a los más excluidos y a los más olvidados.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, Silvina; Hernández, Ximena y Camille, Roger, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales. El caso de los Derechos del Niño*, Cuaderno 5, ene, 2014, OCI-SITEAL-SIPIU-UNICEF-FundaciónArcor.

LA CORRUPCIÓN *Sus caminos, su impacto en la sociedad y una agenda para su eliminación*, Guatemala, Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales (ICEFI)-OXFAM, 2015.

***La corrupción y los derechos humanos estableciendo el vínculo*, México, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos-ITESM, 2009.**

GARAY SALAMANCA, Luis Eduardo y SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, *Narcotráfico, corrupción y Estados. Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México*, México, Random House Mondadori, 2012.

Corrupción y derechos humanos. Guatemala

SABINO, Carlos, *Guatemala, la historia silenciada (1944-1989)*, t. I: Revolución y liberación, Guatemala, FCE, 2007.

Acuerdos y ordenamiento jurídico

Acuerdo de Creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y sus prórrogas. Naciones Unidas, 12 de diciembre de 2006.

Acuerdo de Paz Firme y Duradera. Guatemala, 29 de diciembre de 1996.

Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

Decreto 31-2012, Ley contra la Corrupción.

Decreto 17-73, Código Penal.

Decreto 40-94, Ley Orgánica del Ministerio Público y sus reformas.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979).

La integración vertical de la delincuencia organizada vinculada a la corrupción política: Un análisis jurimétrico del decomiso de activos y los derechos humanos

*Edgardo Buscaglia**

El análisis que presentamos en este estudio demuestra que el amplio alcance de la integración vertical de la delincuencia organizada en el ámbito jurídico económico —donde, por ejemplo, una red delictiva transnacional adquiere capacidad económica “legal” para generar su propia materia prima, producir bienes o servicios que luego serán objeto de tráfico, transportarlos con ese objeto, distribuirlos y controlar la venta tanto al mayoreo como al menudeo— siempre viene acompañado de corrupción política en el marco de la financiación de las campañas electorales y de la contratación pública en países con una acuciante incapacidad estatal para desmantelar los sindicatos del crimen, mediante decomiso legal y judicial de activos. En este contexto, el presente análisis amplía conclusiones previas, proporcionando una base conceptual y empírica a la creciente diversificación del crimen económico organizado, asociado a un más intenso grado de integración vertical en negocios legales, protegidos políticamente a través de campañas electorales financiadas ilegalmente y participando en ofertas de contratación pública.

* Director del International Law & Economic Development Centre; Senior Research Scholar in Law and Economics, Columbia University (Nueva York); Profesor visitante de la Universidad Nacional del Sur y Universidad de Buenos Aires (Argentina); Presidente del Instituto de Acción Ciudadana (México).

EDGARDO BUSCAGLIA

Según el marco teórico de Williamson, la integración vertical de las actividades económicas legales por parte de organizaciones delictivas está orientada a su objetivo de reducir los costos operativos ligados a la frecuencia, especificidad, incertidumbre, racionalidad limitada y comportamiento oportunista en las transacciones de mercado dentro de entornos económicos donde otras organizaciones criminales también compiten, con violencia y corrupción, para capturar mercados legales que les permitan prestar apoyo a sus más diversas actividades criminales.

Además, la verificación teórica y empírica aquí presentada mostrará que una mayor integración vertical de las actividades económicas de las redes criminales en entornos marcados por el fracaso estatal en proveer servicios públicos —tales como la incapacidad de generar elecciones “limpias” y servicios judiciales— también irá acompañada de un mayor suministro de bienes y servicios cuasipúblicos —tales como mecanismos alternativos de resolución de controversias— por parte de la delincuencia organizada, dirigido a satisfacer la demanda de los segmentos de población más vulnerables de las zonas geográficas donde estos grupos operan.

En resumen, hay una reacción en cadena por la cual un sistema judicial fallido fomenta un incremento cada vez más frecuente de “mecanismos alternativos de resolución de controversias” proporcionados por grupos armados de delincuencia organizada, que está vinculado a una mayor diversificación de los mercados criminales y a una mayor integración vertical de los mercados legales que dan apoyo a los mercados delictivos.

Una de las principales conclusiones de este artículo es que una actuación judicial más eficiente en la confiscación de activos producto del delito, fortalecerá el derecho humano de acceso a la justicia de los segmentos de población más vulnerables y tendrá un impacto positivo en el derecho a elegir servidores públicos de manera transparente y con una menor interferencia del crimen organizado. Por tanto, una actuación judicial más eficiente en el desmantelamiento de redes criminales mejorará el castigo o la prevención contra las organizaciones delictivas, pero también evitará el crecimiento de burbujas de protección social y política dentro de las cuales medra la delincuencia organizada.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

1. ANTECEDENTES E INTRODUCCIÓN

La gobernanza política básica, en general, y la reducción de los niveles de violencia física o de otros tipos de violencia colectiva, en particular, requieren de mecanismos efectivos de prevención y cumplimiento que sean proporcionados tanto por las instituciones del sector público como por las redes sociales organizadas. Para que el Estado de derecho signifique algo, tales mecanismos deben ser imparciales en su accesibilidad social para reparar los agravios mediante garantías procedimentales, asegurando así el ejercicio de los más básicos derechos humanos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos garantizados por los nueve convenios y protocolos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas,¹ ratificados en todo el mundo.²

En ese contexto, Buscaglia³ ha demostrado que un régimen integral y efectivo de *seguridad humana* requiere de una aplicación práctica predecible y coherente de todos los derechos humanos básicos políticos, civiles y económicos “en acción” —y no solo su existencia teórica “en los libros”—. Los mecanismos jurídicos y judiciales que sostienen el ejercicio de los *derechos humanos* “en acción” sirven, a su vez, como fundamentos de la *seguridad humana*, así como del desarrollo económico.⁴ Dentro de este marco, las mejoras en el planteamiento y ejecución de derechos de propie-

¹ <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

² Buscaglia, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links”, *Journal of Inter-American Studies and World Affairs*, núm. 9, 1994, pp.153-169. Buscaglia, E., “Introduction to law and economics of development”, en Buscaglia, E.; Ratliff, W. y Cooter, R. (ed.), *The law and economics of development*, Greenwich, Connecticut, JAI Press, 1997, pp. 21-34.

³ Buscaglia, E., “Institutional Factors Determining the Gap Between Laws in the Books versus Laws in Action: An Analytical Framework for Improving Judicial Effectiveness”, en *Legitimacy, Legal Development and Change: Law and Modernization Reconsidered*, ed. por David K. Linnan, Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2016.

⁴ Acemoglu, D. y Robinson, J. A., *Why nations fail: The origins of power, prosperity and poverty*, Nueva York, Kindle Edition-Crown Publishers, 2012; Hayek, F. A., *Law, legislation and liberty*, vol. 1: *Rules and order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1973.

EDGARDO BUSAGLIA

dad colectiva, comunal y privada son condiciones esenciales para el progreso económico dentro de sociedades libres y abiertas.⁵

Buscaglia⁶ y Buscaglia y Stephan⁷ han demostrado por qué la oferta y demanda de mecanismos formales de resolución de conflictos basados en el sector judicial y de mecanismos alternativos de resolución de controversias ocurren en el entorno rural en 16 países. El análisis mostrado *infra* arrojará más luz sobre los factores económicos y judiciales que conducen a la oferta y la demanda de “mecanismos alternativos de resolución de controversias” (en adelante MARC) ofrecidos por grupos criminales organizados y transnacionales que buscan una integración vertical en la economía legal con el propósito de apoyar a sus mercados criminales, cada vez más diversos en regiones o países específicos donde el Estado fracasa.

La integración económica legal y vertical de empresas criminales ocurre cuando una red delictiva transnacional adquiere —parcial o completamente— capacidad comercial legal para generar sus propias materias primas para la producción de un bien o servicio ilegal, produce ese bien o servicio final destinado al tráfico, lo transporta, lo distribuye, y controla, en todo caso, tanto la venta al por mayor como la minorista.

Investigaciones empíricas anteriores de Buscaglia⁸ que realizaban comparativas internacionales han mostrado que la corrup-

⁵ Buscaglia, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links...”, cit.; Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach”, en *International Review of Law and Economics*, núm. 21, 2001, pp. 233-49; Hayek, F. A., *Law, legislation and liberty...*, cit.

⁶ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach”, en *Global Programme Against Corruption Research and Scientific Series, CICP-13*. Viena, Centre for International Crime Prevention, U.N. Office for Drug Control and Crime Prevention, 2001.

⁷ Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice” en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 1, 2005, Londres, Elsevier Press, pp. 89-106.

⁸ Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment”, en *International Handbook on Corruption*, núm. 16, ed. por Susan Rose Ackerman y Susan Soreide, Palgrave, 2011.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

ción política a alto nivel siempre deriva de toda clase de redes criminales formadas por funcionarios y/o actores no estatales dedicados a todo tipo de delitos económicos complejos; principalmente: tráfico de personas, tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando, cohecho, fraude, enriquecimiento ilícito, financiamiento ilegal de campañas y corrupción en la contratación pública —como fijación de precios y licitación fraudulenta con lavado de dinero, entre otras—.

El análisis avanzado en este estudio mostrará que mayores niveles de integración económica vertical de empresas delictivas en la economía legal van acompañados de protección política, sobre todo a través de la financiación ilegal de campañas electorales y la contratación pública ilegal en países que sufren de una acuciante incapacidad para desmantelar las redes de delincuencia organizada a través del decomiso civil y penal de activos. Al mismo tiempo, los “vacíos” institucionales en un Estado incentivan que determinados segmentos de la población demanden “servicios” sociales facilitados por esas mismas redes criminales que disfrutan así de protección social.⁹

En teoría, las instituciones responsables de la interpretación y aplicación de la ley deben ser capaces de acometer el necesario decomiso civil y penal de activos contra empresas criminales organizadas en el marco de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.¹⁰ Pero en la práctica, cuando las instituciones ejecutivas y judiciales “fracasan” en su labor, por no llevar a cabo el decomiso de los activos delictivos¹¹ (bien a causa de deficiencias técnicas, o a causa de

⁹ Un nivel alto de corrupción se define como el uso de los cargos públicos para obtener un beneficio privado para los servidores públicos y toda clase de altos cargos electos. La corrupción de alto nivel es analizada por Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment...”, *cit.*

¹⁰ <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf> Véase también Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment...”, *cit.*

¹¹ La expresión “fracaso estatal” o “del Estado” se usará aquí en el sentido de incapacidad sistemática y/o falta de voluntad por parte del Estado de pro-

EDGARDO BUSCAGLIA

la corrupción política, o por procedimientos disfuncionales que causan altos costos operativos que bloquean el acceso a la justicia), esto provoca que la estructura jerárquica de las empresas criminales reaccione en consecuencia haciéndose mayor y más ostensible, mientras se dirige hacia la integración vertical y horizontal de su imperio, minimizando de esa forma los costos de transacciones ilegales con respecto a las transacciones organizativas internas. La obra teórica de referencia de Williamson¹² da las bases para alcanzar esta conclusión.

El papel de la informalidad en la provisión de mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC) evaluado aquí, sigue trabajos de investigación previos de Buscaglia,¹³ Buscaglia y Ratliff¹⁴ y Buscaglia y van Dijk.¹⁵ Extendiendo análisis anteriores, en este estudio se trabajará con dos tipos de MARC: uno es la combinación mediación/arbitraje orquestado por las redes de

porcionar servicios judiciales en términos de resoluciones judiciales, tales como una sentencia sobre decomiso de activos.

¹² Williamson, Oliver, “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 87, núm. 3, 1981, pp. 548-577; y Williamson, Oliver, “Transaction Costs Economics”, en *Open Access, Open Assessment E-Journal*, 2007, disponible en http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at_download/file

¹³ Buscaglia, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links...”, *cit.*; Buscaglia, E., “Introduction to law and economics of development...”, *cit.*; y Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, *cit.*; Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*; Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment...”, *cit.*; Buscaglia, E., *Vacíos de Poder en México*, México, Debate-Random House, 2013; y Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences”, en *The Jackals of Westphalia*, ed. por Stefano Ruzza, Anja P. Jakobi, Charles Geisler, Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2015.

¹⁴ Buscaglia, E. y Ratliff, W., “War and lack of governance in Colombia: Narcos, guerrillas and U.S. policy”, en *Essays in Public Policy*, núm. 107, Stanford: Hoover Institution on War, Revolution and Peace-Stanford University, 2001.

¹⁵ Buscaglia, E. y Dijk, J. van, “Controlling organised crime and corruption in the public sector”, en *Forum on Crime and Society*, vol.3, núms. 1-2, 2003.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

lictivas organizadas que suplen los vacíos judiciales, derivados de la incapacidad estatal para proporcionar servicios judiciales en ambientes sociales con un profundo arraigo cultural por los grupos de delincuencia organizada que proporcionan toda clase de “protección” a grupos sociales en medio del vacío estatal.

Buscaglia¹⁶ muestra que, usualmente, a las partes con acceso a los MARC suministrados por redes informales en Colombia o en El Congo se les da la oportunidad de alcanzar un acuerdo por ellas mismas, con la mediación de un representante de la delincuencia organizada. Si no se alcanza un acuerdo, el mediador producirá una suerte de laudo arbitral, imponiendo una solución respaldada por su aplicación social y por la violencia organizada, si fuera necesario. Los segundos MARC más comunes son los mecanismos de resolución de controversias formados por ancianos (v. gr., los *Jirgas* en Afganistán).

Buscaglia¹⁷ muestra que los MARC son un sustituto imperfecto de la jurisdicción estatal y, para poder operar de manera sostenible, estos MARC deben establecer o mantener una cierta legitimidad a los ojos de los segmentos de población económicamente más marginados a los que sirven. Buscaglia¹⁸ demuestra además que, dentro de esos mismos tipos de entornos institucionales y sociales caracterizados por el fracaso del Estado en asegurar el derecho humano de acceso a los tribunales, también hay una falta de resoluciones judiciales relativas a contenciosos sobre la propiedad. En resumen, pasadas investigaciones demuestran que las regiones y países donde existe un débil ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción formal también muestran una mayor demanda de MARC suministrados por organismos informales pero socialmente legitimados.

¹⁶ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

¹⁷ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*

¹⁸ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

EDGARDO BUSCAGLIA

Con el objeto de expandir estas investigaciones anteriores, podríamos formular la hipótesis, basada en observaciones empíricas de todo el mundo, de que las redes delictivas organizadas también estarán implicadas en proveer MARC cada vez con mayor frecuencia, como un *quid pro quo* por protección social. Basándonos en los datos empíricos en Buscaglia,¹⁹ se podría también explicar por qué la integración vertical de estas redes de delincuencia organizada que suministran MARC están apoyadas con frecuencia por el suministro de insumos económicos, tales como mano de obra y tierra, provenientes de los usuarios de estos mismos MARC.

Algunos mecanismos informales, legitimados socialmente, no son verdaderos “sistemas”, sino más bien un rango de diversas estructuras basadas en el principio de justicia restaurativa y destinadas a compensar y reparar los agravios. El objetivo es reponer a la comunidad o al individuo victimizado a un estado equivalente al anterior al agravio, ocupándose de y neutralizando la causa misma de este, a un tiempo. Ese principio restaurativo se halla en marcado contraste con la justicia retributiva, que se centra en castigar al autor del agravio a fin de compensar a la sociedad.²⁰

Por el contrario, las decisiones de los MARC suministrados por actores no estatales violentos a menudo son dictadas por uno o varios individuos pertenecientes a grupos armados que proporcionan “servicios” de resolución de controversias de carácter mafioso o chantajista. Sus decisiones se toman con independencia del consentimiento de la víctima y, en todo caso, sin las garantías procedimentales oportunas (debido proceso) en línea con las convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas.²¹ El

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Pedroso, J. y Trincão, C., “The (re)birth of the justice of the peace: Democratic or technocratic justice reform? The experiences of Italy, Spain, Brazil and Portugal”, en *Beyond Law*, vol. 10, núm. 27, 2008, pp. 91-108.

²¹ Estas convenciones incluyen la propia Carta de la ONU, los dos Pactos Internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los restantes catorce instrumentos legales que se ocupan de una amplia variedad de derechos humanos. Puede ver los Convenios de Derechos Humanos de Naciones Unidas en <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

La integración vertical de la delincuencia organizada...

contenido de la controversia puede abarcar cuestiones políticas, económicas, sociales, religiosas o incluso penales. Una gran proporción de los casos en los que se utilizaron estos mecanismos se refería a desacuerdos contractuales y comerciales, reclamaciones sobre tierras o testamentarias, o casos penales sobre robos, violaciones, vandalismo o incluso homicidios.²² Estas “resoluciones” informales representan normalmente la principal o la única válvula de escape para resolver disputas entre los segmentos de la población más desfavorecidos en los barrios urbanos marginales y en las zonas rurales.²³ Tales decisiones son aceptadas por la comunidad en ocasiones, pero no siempre.

Por otro lado, los mecanismos informales de resolución de controversias pueden coexistir con jueces, fiscales, policías o gobernadores, que canalizan los casos complejos hacia vías informales para descargarse de trabajo o simplemente para evitar el descontento social por sus “malas decisiones”.²⁴ En este escenario, podría pensarse que los mecanismos informales de resolución de controversias —cuando cubren vacíos estatales y sustituyen, por tanto, de manera imperfecta a los procedimientos judiciales formales— constituyen mecanismos que retrasan las verdaderas reformas judiciales. Dicho de otro modo, cuando los mecanismos informales de resolución de controversias sustituyen a la jurisdicción estatal, aunque sea imperfectamente, se produce el pernicioso efecto de abandono de reformas institucionales muy necesarias.

Como los segmentos de la población social, económica y/o étnicamente más vulnerables se ven excluidos del sistema de justicia formal y no pueden acceder tampoco a los mecanismos arbitrales o de mediación que este proporciona, acuden más a me-

²² Wojkowska, E., *Doing justice: How informal justice systems can contribute*, Oslo, United Nations Development Programme Oslo Governance Centre, 2006.

²³ Cappelletti, M.; Garth, B.; Weisner, J. y Koch, K.F., “Access to justice”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29, núm. 3, 1981, pp. 532-535; Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, cit.

²⁴ Birol, J. A. P. y Dal Ri, A. Jr., “The role of organised crime in informal justice systems”, en *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergis (Journal of International Security and Terrorism)*, vol. 2, núm. 1, 2011, pp. 59-80.

EDGARDO BUSCAGLIA

nudo a actores informales no estatales.²⁵ Dentro de estos grupos poblacionales deprimidos que hacen frente a contextos judiciales disfuncionales y que desconfían de las autoridades se observan numerosos grupos mafiosos que suministran mecanismos de resolución de controversias alternativos a los que presta el Estado.²⁶ Estas conclusiones sobre la demanda de alternativas a la resolución de controversias alejadas de la esfera estatal pueden enmarcarse en la investigación de la teoría de juegos sobre confianza y señalización de Gambetta.²⁷

Algunas investigaciones anteriores al análisis aquí presentado mostraron la premisa de que existen altos costos operativos para quienes buscan la resolución de una controversia en Estados con una gobernanza débil que sufren altos niveles de corrupción política (lo que genera presiones indebidas sobre el sistema judicial con el fin de obtener beneficios privados) y sufren de complejidades procedimentales.²⁸ Esto puede explicar por qué los meca-

²⁵ Santos, B. de S., “The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasárgada”, en *Law y Society Review*, vol. 12, núm. 1, 1977, pp. 5-126; Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, cit.; Sung, H. E., “State failure, economic failure, and predatory organized crime: A comparative analysis”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 41, núm. 2, 2004, pp. 111-129; Birol, J. A. P. y Dal Ri, A. Jr., “The role of organised crime in informal justice systems...”, cit.; Jamieson, N.; Moi, S. y Cherot, J., “Acting outside the box: The emerging dispute resolution centres developing innovative ways to attract business”, en *Legal Week*, núm. 14, 2012, pp. 22-23.

²⁶ Birol, J. A. P. y Dal Ri, A. Jr., “The role of organised crime in informal justice systems...”, cit.; Pedroso, J. y Trincão, C., “The (re)birth of the justice of the peace: Democratic or technocratic justice reform? The experiences of Italy, Spain, Brazil and Portugal...”, cit.; Santos, B. de S., “The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasárgada...”, cit.; Schärf, W., *Non-state justice systems in southern Africa: How should governments respond?*, Paper presented at the Workshop on Working with Non-State Justice Systems, Londres, UK., Retrieved from, 2003, disponible en <http://www.gsdrc.org/docs/open/DS35.pdf>; Wojkowska, E., *Doing justice: How informal justice systems can contribute...*, cit.

²⁷ Gambetta, D., *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

²⁸ Buscaglia, E., *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences*, California, Hoover Institution Press, 1999; y Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal

La integración vertical de la delincuencia organizada...

nismos informales de resolución de controversias son buscados por aquellos segmentos de la población con bajo nivel adquisitivo y por los segmentos de empresarios que están dispuestos a pagar bien por un arbitraje privado en mercados tecnológicos altamente sofisticados. Además, hay una alta demanda de mecanismos privados de resolución de controversias entre quienes buscan resolver un conflicto en entornos donde el Estado presenta vacíos institucionales. En otras palabras, los altos costos operativos de la resolución de controversias aparecen en aquellos países que presentan vacíos institucionales (*v. gr.*, ausencia de las instituciones necesarias) o debilidades en las instituciones judiciales vinculadas a la corrupción. Otro indicador de tal demanda es la alta incidencia de mecanismos privados de resolución de controversias. Estas soluciones son adecuadas cuando, por ejemplo, se presentan casos comerciales de una alta complejidad técnica, pero donde no hay derechos públicos o colectivos en juego o donde el componente de bien público de una resolución arbitral es inexistente.

Las muestras estadísticas de 16 países recogidas en Buscaglia y Stephan²⁹ permitieron concluir que en controversias con un componente de comportamiento criminal o de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (es decir, donde los individuos buscan resolver controversias con un fuerte componente de “bien público” en materia de derechos humanos), quienes buscan la resolución de la controversia consideran a los mecanismos informales como una tercera opción, por detrás de la mediación formal directa proporcionada por el Estado (preferida) y de las decisiones oficiales de los tribunales (segunda preferida). Al mismo tiempo, recurren al poder estatal para resolver disputas sobre derechos de propiedad siempre que es posible, confiando en los archivos oficiales de los tribunales para hacer valer sus derechos, y usando las fuerzas estatales de ejecución como cobertura, en caso de que aparezcan controversias futuras

versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, *cit.*

²⁹ Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, *cit.*

EDGARDO BUSCAGLIA

relacionadas con las anteriores. Dicho de otro modo, las consecuencias de la resolución informal de controversias solo pueden suministrar una reparación jurídica socialmente aceptada en un número limitado de casos donde los oferentes no estatales de resolución de controversias operan y poseen legitimidad social.

Como resultado de lo anterior, este estudio busca explicar el análisis costo-beneficio tras una mayor o menor frecuencia de resoluciones informales de controversias por grupos armados no estatales en entornos donde el derecho humano al acceso a tribunales oficiales es difícil o inexistente en la práctica. Los grupos armados no estatales que proporcionan MARC esperan un *quid pro quo* o, en otras palabras, a cambio de sus “servicios MARC”, las comunidades se verán obligadas a proporcionar propiedades y/o mano de obra a la red armada no estatal que suministra los mecanismos de resolución de controversias. Este apoyo de los usuarios puede incluir recursos humanos, infraestructura logística y protección social contra grupos rivales (en ocasiones, el propio Estado), como un *quid pro quo*.³⁰

Se ha escrito mucho sobre la evaluación del acceso a los mecanismos de resolución de controversias que conllevan mecanismos públicos e informales ofrecidos por actores no estatales. No obstante, en contraste con iniciativas previas, este estudio evalúa el acceso a mecanismos de resolución de controversias públicos y privados en entornos donde se imponen las redes de delincuencia organizada y donde buscan apoyo económico para expandirse en ámbitos tanto legales como ilegales.³¹ Sobre la base de trabajos anteriores que analizan el suministro de bienes y servicios “sociales” a comunidades vulnerables por parte de la delincuencia

³⁰ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*; y Buscaglia, E., *Vacíos de Poder en México...*, *cit.*

³¹ La muestra cubre hogares en Argentina, Benín, Bolivia, Botsuana, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, Indonesia, Mozambique, México, Nigeria, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Uganda, Uruguay y Venezuela. Las muestras fueron seleccionadas sobre la base de características regionales y de obtener estratos de hogares de renta media y baja. La base de datos a través de la cual se realiza el análisis en este trabajo está contenida en: (“Derecho”, 2015).

La integración vertical de la delincuencia organizada...

organizada,³² este estudio presenta una interpretación conceptual sobre el modo en que las asociaciones delictivas expanden sus “servicios” de resolución de controversias y apunta a la paradoja de Estados débiles que se apoyan en la gestión no estatal de disputas hasta el punto de eludir las reformas judiciales necesarias. En consecuencia, este estudio exhibirá datos objetivos no perceptivos que muestran la asociación entre tres variables:

1. la incapacidad de la actuación del sistema judicial para proporcionar resolución de controversias a segmentos vulnerables de la población y resoluciones judiciales dirigidas al decomiso de activos;
2. el consiguiente incremento de la demanda social de mecanismos alternativos de resolución de controversias proporcionados por redes delictivas organizadas y armadas, y
3. el consiguiente incremento de integración vertical de esas mismas redes en ámbitos legales para prestar apoyo a una mayor diversificación de los mercados ilegales (como producción de drogas, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, falsificación, etc.), todo acompañado por la corrupción en la financiación de campañas electorales y en la contratación pública como canales para asegurarse protección política.

Estos tres conjuntos de datos enlazados serán comprobados a través de una hipótesis según la cual, las mejoras en la actividad judicial conectada con un mejor acceso a los tribunales en las regiones donde las redes delictivas proporcionan MARC, combinadas con un incremento de los decomisos judiciales contra tales redes, reducirían la escala y alcance de la delincuencia organizada en términos de integración vertical dentro de la economía legal y reducirían la corrupción política en las esferas electoral y de contratación pública. En Buscaglia,³³ estos dos ámbitos son —empíricamente— los tipos más frecuentes de corrupción en todo

³² Milhaupt, C. y West, M. D., “The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 67, núm. 1, 2000, pp. 123-136.

³³ Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment...”, cit.

el orbe. Si se verificara nuestra hipótesis, se podría concluir que la mejora en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia en el ámbito de la justicia penal, aparejada con un incremento del decomiso de los activos delictivos, tendría un impacto directo en la reducción de la escala y alcance de la delincuencia organizada y de la corrupción política.

2. ANÁLISIS JURIMÉTRICO COMPARATIVO INTERNACIONAL DE LA EFICIENCIA EN LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS A LOS SISTEMAS JUDICIALES

Muchas jurisdicciones de todo el mundo padecen una falta crónica de calidad, transparencia e imparcialidad en sus sentencias, debido a una corrupción política de alto nivel de carácter endémico que hace soportar enormes presiones al sistema judicial, combinada con una falta de capacidades técnicas institucionales.³⁴ Pueden no estar presentes elementos básicos de un sistema judicial efectivo, como: procedimientos y resultados previsibles; accesibilidad de todas las capas de la población —independientemente de su nivel educativo o de renta— para satisfacer las normas y estándares en materia de derechos humanos; acumulación de casos y retrasos sostenibles y en un tiempo razonable, y recursos judiciales adecuados. En casos en los que estos cuatro elementos están ausentes, la confianza en la administración de justicia desaparece, especialmente entre las pequeñas empresas y los ciudadanos más pobres.³⁵ Como resultado, los segmentos de población con menor renta que se enfrenten a una disputa tenderán a buscar otros mecanismos de resolución o prescindirán de ellos, o bien, recurrirán sin más a la “justicia privada”—en ocasiones mediante el uso de la violencia en sus diversas formas, tales como el linchamiento colectivo—.

³⁴ Buscaglia, E., *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences...*, cit.

³⁵ Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, cit.; y Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

En ese contexto, los sistemas de mediación o arbitraje informales pueden aportar una válvula de seguridad eficiente que tiene ventajas en ciertas clases de controversias. No obstante, en muchos otros tipos de altercados que conllevan la violación de derechos fundamentales de carácter cultural, social, político y civil, el acceso a la justicia y sus recursos puede no ser atendido en países con sistemas judiciales incipientes. Tales deficiencias para arbitrar mecanismos de resolución de controversias minan la legitimidad del Estado y suponen una carga desproporcionada para los segmentos más desfavorecidos de la población.³⁶

Para hacer frente a estos fallos sobre una base jurimétrica comparativa internacional, es necesario objetivar los datos jurimétricos y no limitarse a encuestar a los justiciables sobre sus percepciones. Para conseguir este objetivo, los datos descriptivos del cuadro 1 (*infra*) muestran evidencias jurimétricas de crecimiento y decrecimiento de la eficiencia en la asignación de recursos presupuestarios para suministrar servicios judiciales sobre una muestra representativa de resoluciones que afectan a disputas sobre propiedad privada y casos de delincuencia organizada en una región específica por país, en 20 países, donde esos mismos grupos criminales procesados proporcionaron mecanismos de resolución de controversias durante el periodo 2004-2014.

La eficiencia en la asignación de recursos presupuestarios se examina a través de relaciones entrada/salida (*input/output*). Los indicadores de entrada (*input*) judicial son medidos en el cuadro 1 a través de una media en una serie temporal de una década que mide el porcentaje anual de cambios en la asignación presupuestaria a infraestructura de los tribunales, formación judicial, tecnología y salarios con beneficios. Los indicadores de salida (*output*), que aparecen en las dos últimas columnas, por su parte, miden los cambios del porcentaje medio a 10 años en las tasas de eliminación, entendidas como cambios porcentuales anuales en el número de casos de delincuencia organizada que muestran financiación ilegal de campañas políticas y/o corrup-

³⁶ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*

EDGARDO BUSCAGLIA

ción en la contratación pública, que se eliminan anualmente en proporción a los casos pendientes.

La corrupción política vinculada a los contratos públicos lleva casos de muestra de manipulación de las licitaciones, fijación de precios y acuerdos colusorios que se refieren a contratos públicos de equipamiento e infraestructura. La última columna mide el cambio del porcentaje medio a 10 años en la frecuencia de violaciones judiciales de los códigos penales sustantivos y procesales, halladas tras la revisión técnica de una muestra anual de casos de delincuencia organizada que se referían a la financiación ilegal de campañas políticas y/o a la corrupción en la contratación pública de cada una de las regiones en los 20 países donde los MARC fueron proporcionados a segmentos de población marginales, por esas mismas redes delictivas organizadas. Una jurisdicción será clasificada como eficiente en la medida en que el incremento porcentual medio anual en la asignación de recursos presupuestarios esté asociado con un incremento más que proporcional del porcentaje medio anual en las tasas de eliminación y con un aumento más que proporcional en la calidad de las resoluciones judiciales (*i. e.*, un decrecimiento del porcentaje anual de los errores judiciales). Por tanto, en nuestra descripción jurimétrica y análisis del cuadro 1 medimos la cantidad y calidad de la prestación de servicios judiciales.

En el cuadro 1 se puede apreciar que Argentina ha experimentado un incremento medio a 10 años de un 6% en asignaciones presupuestarias dedicadas a infraestructura y un incremento medio anual a 10 años de 3% en el presupuesto dedicado a tecnología, mientras que las partidas dedicadas a personal han disminuido en un 2% en una media a 10 años, mientras que la media salarial a 10 años se ha incrementado en 67%.

Al mismo tiempo, las tasas de eliminación de Argentina han experimentado una disminución de 18% en una media a 10 años (es decir, la eliminación de casos como proporción de los casos pendientes que se refieren al decomiso de activos ha disminuido en un 18% sobre la base de una media a diez años con un consiguiente aumento de casos pendiente y dilaciones temporales) y los errores hallados en las decisiones judiciales relativas al decomiso de activos por la vía penal se han incrementado en 23%

La integración vertical de la delincuencia organizada...

entre 2004 y 2014 (dicho de otra forma, en promedio, los jueces y fiscales que trataban el decomiso penal de activos de la delincuencia organizada han cometido 23% más de errores procedimentales y sustantivos en 2014 que en 2004, reduciendo así la calidad de las resoluciones judiciales).

Esto significa llanamente que, a pesar de los aumentos porcentuales en los recursos presupuestarios destinados a los salarios y a la tecnología, el sector judicial de Argentina está eliminando menos casos de delincuencia organizada de sus listas de casos —en proporción a los casos pendiente— y está experimentando una menor calidad de las decisiones que versan sobre el decomiso de activos de las redes delictivas. Por ende, Argentina puede clasificarse como ineficiente en términos de su desempeño judicial.

El mismo patrón de ineficiencia puede observarse en el resto de casos estudiados incluidos en el cuadro 1, excepto en los casos de Chile, Colombia y, en menor medida, Botsuana y Uruguay. Más específicamente, Chile y Colombia han experimentado un aumento significativo de sus recursos presupuestarios (como parte de las reformas judiciales acometidas para el establecimiento de un sistema procesal oral) y estos incrementos de las partidas presupuestarias fueron asignados a tecnología judicial, a la formación del personal, a las infraestructuras y, en menor medida, a los salarios.

En el ámbito de la salida (*output*) judicial en Chile, la proporción de casos eliminados de la lista de casos pendientes —es decir, la tasa de eliminación— se incrementó en 132% y la proporción de resoluciones muestreadas con errores significativos disminuyó en 58%, mientras que en Colombia, la proporción de casos eliminados de la lista de casos pendientes aumentó en 97% —en gran medida mediante el uso de mecanismos alternativos de resolución de controversias) y la proporción de casos muestreados con errores significativos (*i. e.*, la calidad judicial) disminuyó en 27% (es decir, una media de 27% menos de errores judiciales en 2014 que en 2004), dándole a Colombia una mejora significativa de la calidad en las decisiones de sus tribunales.

Por tanto, Chile y Colombia son los únicos dos países de nuestra muestra que exhiben una fuerte eficiencia judicial cuando se

EDGARDO BUSCAGLIA

toma en consideración la cantidad (porcentaje de incremento en las tasas de eliminación) y la calidad (porcentaje de incremento en la proporción de casos de muestra sin errores significativos que habrían alterado el curso de las resoluciones en casos de decomiso de activos de la delincuencia organizada). Además, Botsuana y Uruguay muestran indicadores de eficiencia. El resto de países muestran ineficiencias vinculadas a la asignación de recursos presupuestarios acompañadas de una disminución de las cantidades de casos eliminados, junto a una disminución de la calidad de sus resoluciones judiciales.

Finalmente, se debe tomar en consideración que —por definición— errores judiciales menos frecuentes en los procedimientos de decomiso de activos limitarán la capacidad de la delincuencia organizada para conseguir integración vertical de sus negocios legales. Este vínculo entre integración vertical y redes delictivas dentro de la economía legal y eficiencia judicial en el decomiso de activos delictivos será explorado *infra*.

En resumen, el análisis jurimétrico del cuadro 1 indica correlaciones positivas entre el porcentaje de cambios en la asignación presupuestaria para tecnología, infraestructura, formación y salarios, por un lado, y cambios del porcentaje de indicadores de resultados sobre cantidad y calidad de las resoluciones judiciales, por otro.

En este contexto, los únicos sistemas judiciales que muestran mejoras “eficientes” en la calidad del decomiso judicial de activos son los de Botsuana, con una disminución de 8% de los errores judiciales hallados tras examinar los expedientes relacionados con la delincuencia organizada, Chile con una disminución de 58% en los errores judiciales, Colombia con una disminución de 27% en el mismo tipo de errores, y finalmente Uruguay, con una disminución de 12%.

En el cuadro 1 se observa que esos mismos países están experimentando también incrementos en las tasas de eliminación (es decir, los casos de delincuencia organizada con decomiso de activos relacionados con la corrupción política en la financiación de campañas electorales y contratación pública están siendo resueltos a un ritmo mayor que los casos pendientes).

La integración vertical de la delincuencia organizada...

En resumen, estos cuatro países muestran eficiencia judicial asignativa, con incrementos porcentuales del presupuesto en la asignación de recursos vinculados a un incremento más que proporcional de los resultados judiciales (es decir, en términos de incremento porcentual anual en las tasas de eliminación y en incremento porcentual anual en la calidad de las resoluciones judiciales).

Hay que tener en cuenta que en la última columna del cuadro 1, que mide la calidad judicial, nuestros equipos de revisión de casos midieron esos errores de jueces y fiscales sobre los derechos de las víctimas de la delincuencia organizada a acceder a los procedimientos judiciales, sobre la base de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificados por los 20 países de la muestra y sobre la base de las normas procedimentales y sustantivas de cada país. Como resultado, los indicadores de errores judiciales medidos en la última columna del cuadro 1 incluyen los abusos de la arbitrariedad judicial respecto a violaciones de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia organizada. Por ejemplo, un informe del Parlamento Europeo (2012)³⁷ muestra que Italia —entre otros Estados miembros de la Unión— necesita que el sistema judicial asigne compensaciones y todo tipo de apoyo a las víctimas de la delincuencia organizada a través de la reasignación de los recursos obtenidos mediante el decomiso penal de activos hacia las redes de la sociedad civil encargadas de dar apoyo a dichas víctimas.³⁸ A este respecto, el fortalecimiento de la eficiencia judicial conlleva un reforzamiento de los derechos humanos de las víctimas.

³⁷ European Parliament, The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes at, 2012, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120627ATT47783/20120627ATT47783EN.pdf>

³⁸ Ley 109/96, art. 65.1. Se refiere a “La necesidad de una nueva legislación de la UE que permita el decomiso de activos de organizaciones delictivas para ser usado por la sociedad civil y en particular para propósitos sociales”. Dirección General de Políticas Internas, C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, libertades civiles, justicia y asuntos de interior. Parlamento Europeo.

CUADRO 1.

Porcentaje anual de cambios en variables relacionadas con el suministro que afectan a la calidad y cantidad de los servicios judiciales (2004-2014).

País	% de cambio del presupuesto para capital en infraestructuras	% de cambio del presupuesto para capital en formación	% de cambio del presupuesto para capital en tecnología
Albania	-3	-15	-1
Argentina	6	-2	3
Benín	4	-12	2
Bolivia	-15	2	11
Botsuana	1	2	4
Chile	122	127	99
Colombia	73	43	73
Congo	-5	-12	-14
Guatemala	2	-7	6
Honduras	4	11	61
Indonesia	2	25	87
Mozambique	-8	-3	11
México	12	6	-8
Nigeria	-21	-26	-37
Paraguay	-27	-12	-15
Perú	26	-12	11
Sudáfrica	17	8	7
Uganda	7	3	0
Uruguay	2	2	7
Venezuela	-12	0.9	2

Nota: Las estadísticas mostradas están redondeadas. Todos los indicadores son datos primarios desarrollados por el autor y por equipos sobre el terreno en veinte países sobre los cambios porcentuales medios en asignaciones presupuestarias (en términos reales, descontando la inflación, a precios de 1998) y ejercicios presupuestarios aprobados por los legisladores. Los datos sobre tasas de eliminación se basan en datos específicos de tribunales extraídos de las bases de datos judiciales y en la calidad de las resoluciones de decomisos civiles y penales en 2004-2014.

<i>% de cambio del presupuesto para salarios</i>	<i>% de cambio de eliminación 2004–2014 en decomisos penales y civiles 2004–2014</i>	<i>% de cambio en errores judiciales procesales y sustantivos en resoluciones penales y civiles sobre decomisos 2004–2014</i>
83	-24	55
67	-18	23
12	-21	45
45	-11	40
3	7	-8
49	132	-58
34	97	-27
3	-23	74
39	-69	26
7	-7	40
9	-2	4
-17	-8	78
31	-27	32
29	-15	47
24	-19	57
72	-13	23
7	-7	1
34	-3	6
10	4	-12
24	-27	48

EDGARDO BUSCAGLIA

Independientemente de las diversas tradiciones socioculturales en juego, la incapacidad del poder judicial para dar satisfacción a la necesidad de acceso a los tribunales es uno de los déficits relacionados con los derechos humanos más graves de las reformas judiciales en todo el mundo.³⁹ Por ejemplo, en México, de cada cien delitos perpetrados por la criminalidad organizada, en promedio solo uno recibe algún tipo de respuesta judicial,⁴⁰ mientras que en Afganistán, más de 90% de los casos civiles y penales son resueltos por vías informales.⁴¹

Además, en sistemas judiciales débiles, los nombramientos y promociones se basan en un clientelismo conectado con la corrupción política junto a una ausencia de un modelo efectivo para evaluar el carácter y la idoneidad psicológica de los candidatos a juez. Esto contribuye a empobrecer la actuación de los tribunales, medida en el cuadro 1, a pesar de las enormes sumas de dinero dedicadas a sus salarios en la mayoría de países.⁴² Podría argumentarse que el suministro de servicios judiciales y los incentivos sobre el rendimiento de jueces, personal del juzgado, policía y fiscales dependen de los controles establecidos para prevenir la corrupción policial y judicial.

En un análisis final, la falta de instituciones de alta gobernanza (o incluso la existencia, a veces, de “vacíos estatales”), en forma de ausencia total de controles judiciales, administrativos y económicos y de fiscalización social que puedan aplicarse a la financiación de campañas políticas y a la contratación pública, están en el núcleo de la delincuencia organizada y de la falta de desarrollo humano en tantos países. Unos jueces insuficientemente formados en un sistema judicial sobrecargado son sus-

³⁹ Buscaglia, E.; Dakolias, M. y Ratliff W., *Judicial Reform: A National Framework for Development*, California, Hoover Institution Press, 1995.

⁴⁰ Gonzalez Ruiz, S.; Mendieta, E.; Buscaglia, E. y Moreno, M., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, 2a ed. corr., col. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontamara, 2006, pp. 187-207.

⁴¹ Coburn, N. y Dempsey, J., “Informal dispute resolution in Afghanistan”, en *USIP Special Report*, núm. 247, Washington, United States Institute of Peace, 2010.

⁴² Buscaglia, E.; Dakolias, M. y Ratliff W., *Judicial Reform: A National Framework for Development...*, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

ceptibles a influencias corruptoras por parte de las asociaciones delictivas de políticos y empresarios, creando así un entorno donde el Estado de derecho no puede ser garantizado. Por ejemplo, el uso de comunicaciones *ex parte* (reuniones de un litigante poderoso con un juez sin que la otra parte esté presente) es una práctica común en Afganistán, Indonesia, México y Zimbabue. Se trata de un ejemplo de práctica jurídica que aleja a los usuarios del sistema judicial independientemente de su deseo o habilidad para sobornar, y los lleva hacia ámbitos de resolución de controversias tradicionales o delictivos. En Afganistán, México y Paraguay hay casos que se deciden en reuniones *ex parte* donde los abogados de una parte comparecen ante un juez o secretario judicial para redactar el borrador de la sentencia.⁴³ Estos factores explican parcialmente el bajo rendimiento que se aprecia en el cuadro 1.

Estos problemas añaden costos y riesgos a los derechos de propiedad entre los pequeños empresarios y entre las unidades familiares campesinas. Reduce, a su vez, el flujo potencial de inversiones hacia la tierra y el capital humano. Al mismo tiempo, un difícil acceso a la justicia fomenta la confianza en los mecanismos informales no estatales suministrados con frecuencia por asociaciones delictivas para resolver disputas a través de la “justicia popular” a cambio de asignar tierras en disputa al cultivo de drogas. O produce que, en un *quid pro quo*, se suministre mano de obra a la delincuencia organizada en forma de jóvenes miembros de los hogares rurales, creando así un canal para que la delincuencia organizada controle el tejido social.⁴⁴

Además, cuando las familias rurales no confían en que los títulos y otros documentos sobre la delimitación de la propiedad vayan a hacerse cumplir mediante canales judiciales o adminis-

⁴³ Buscaglia, E., *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences...*, cit.

⁴⁴ Sobre este pernicioso proceso en Colombia, véase Buscaglia, E., y Ratliff, W., “War and lack of governance in Colombia: Narcos, guerrillas and U.S. policy...”, cit.; para Japón y Rusia, Milhaupt, C. y West M. D., “The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime...”, cit.

EDGARDO BUSCAGLIA

trativos, esto limita la formalización de los títulos de propiedad en los registros, bloqueando el acceso al crédito formal y al flujo de futuras inversiones hacia la tierra y el capital humano.⁴⁵ A este respecto, el trabajo empírico desarrollado desde finales de los ochenta demuestra ampliamente los perniciosos efectos de que el sector público imponga altos costos operativos a los individuos.

En resumen, autores tales como De Soto⁴⁶ y North⁴⁷ han estudiado el modo en que las complejidades procesales y la corrupción estatales imponen costos operativos a la tenencia formal de derechos de propiedad sobre la tierra. Aun así, estos mismos autores —y otros que han adoptado un enfoque jurídico y económico— no han profundizado en los modos de resolución de controversias informales, deseables o no, que pueden surgir como resultado, especialmente cuando esos MARC son ofrecidos por redes delictivas armadas no estatales en el contexto de “vacíos estatales”. Este trabajo cubre esa laguna.

3. ANÁLISIS DE LOS FACTORES JUDICIALES Y SOCIALES VINCULADOS A LA DEMANDA DE MARC

Recordemos al lector que el análisis de este estudio pretende mostrar que un mayor grado de integración vertical en negocios legales por parte de redes delictivas (donde, por ejemplo, una red delictiva adquiere: 1. la capacidad económica legal de generar sus propias materias primas, tales como pasta de coca; 2. la producción de los bienes o servicios que serán objeto de tráfico, como la cocaína pura; 3. el transporte de esos bienes o servicios, por

⁴⁵ Soto, H. de, *The other path: The invisible revolution in the Third World*, Harper & Row, 1989; Soto, H. de, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Nueva York, Basic Books, 2000; North, D., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 152.

⁴⁶ Soto, H. de, *The other path: The invisible revolution in the Third World...*, cit.

⁴⁷ North, D., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance...*, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

ejemplo mediante el control de barcos; 4. el control de la red de distribución de los bienes o servicios; 5. el control de la venta al por mayor; 6. el control de la venta al por menor legal) ocurrirá con más frecuencia en países con fallos estatales más acuñantes para acometer, legal y judicialmente, mediante el decomiso penal de activos, el desmantelamiento de la criminalidad organizada vinculada a la corrupción política en los ámbitos de la contratación pública y la financiación de campañas electorales.

Hay que hacer notar que los 20 países que conforman la muestra en este estudio han firmado y ratificado la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, sus Protocolos y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, que requieren el desarrollo de las capacidades de decomiso y recuperación de activos. Por ende, nuestro análisis empírico también conllevará la evaluación del cumplimiento en cada país de las obligaciones jurídicas derivadas de estas convenciones de la ONU.

En este contexto, nuestro análisis amplía conclusiones anteriores, dando evidencias de que una mayor diversificación de los delitos económicos cometidos por redes transnacionales protegidas por una corrupción política de alto nivel será apoyada por un grado más intenso de integración vertical en los mercados legales, vinculado a la corrupción política y a otros tipos de actividades delictivas.

Sobre la base de los marcos teóricos de Oliver Williamson,⁴⁸ podemos afirmar que un grado más diverso de integración de actividades económicas legales desarrolladas por empresas delictivas está orientada al objetivo de la delincuencia organizada de reducir los costos operativos ligados a la frecuencia, especificidad, incertidumbre, racionalidad limitada y comportamiento oportunista en las transacciones de mercado, dentro de entornos económicos donde otras organizaciones criminales también compiten por capturar esos mismos mercados legales que les permitan prestar apoyo a la expansión de sus actividades delictivas.

⁴⁸ Williamson, Oliver, “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach...”, cit.; y Williamson, Oliver, “Transaction Costs Economics...”, cit.

EDGARDO BUSCAGLIA

En este escenario, Buscaglia⁴⁹ mostró que las violaciones sistemáticas del derecho humano al acceso a la justicia que sufren los segmentos de población social, económica o étnicamente marginalizados se traducen en un recurso cada vez más frecuente a mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC) proporcionados por estructuras de gobernanza tradicional, como paneles de notables o de ancianos. En resumen, basándonos en la literatura de referencia, podemos establecer la hipótesis de que los fracasos específicos del sistema judicial incrementan la provisión de MARC ofrecidos en marcos tradicionales, pero también por grupos delictivos organizados que buscan una mayor diversificación de sus mercados criminales y una mayor integración vertical en mercados legales en apoyo a su actividad delictiva.

En este contexto, una de las consecuencias esenciales de este estudio es que un poder judicial más eficiente que asegure el derecho de acceso a la justicia a los segmentos de población más vulnerables, en combinación con un más eficaz decomiso judicial de activos ilegales vinculados a la corrupción en el ámbito de las campañas electorales y de la contratación pública representarán no solo un modo de mejorar el castigo y la prevención de las actividades criminales, sino también una política para evitar que aparezcan burbujas de protección social y política dentro de las cuales medra la delincuencia organizada.

Parece natural asociar el poder oficial con las capacidades de resolución de controversias, pero desde el surgimiento de la historia escrita podemos comprobar la existencia de varios mecanismos formales e informales de resolución de disputas que han coexistido en la sociedad. Pueden encontrarse ejemplos de mecanismos de resolución de controversias ofrecidos por las ferias comerciales en el medievo europeo⁵⁰ o, contemporáneamente,

⁴⁹ Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, cit.

⁵⁰ Bernstein, L., “Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms” en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, núm. 2, 1996, p. 1765; Buscaglia, E.; Dakolias, M. y Ratliff W., *Judicial Reform: A National Framework for Development...*cit.; Greif, Avner; Milgrom, Paul y Weingast, Barry, “Coordination, Commitment and

La integración vertical de la delincuencia organizada...

en las experiencias de resolución de controversias en el ámbito rural en Afganistán, Colombia, El Congo, México, Nigeria, Sudáfrica y Sudán del Sur.⁵¹ Estos mecanismos colectivos no estatales ofrecen medios de resolución de controversias relativamente efectivos (con respecto a tribunales política y judicialmente corruptos) para conflictos interpersonales o intragrupo simples, en términos de legitimidad social y percepción de los usuarios de la transparencia procesal, mejora de la eficiencia, obligatoriedad de las decisiones, mayor calidad de estas y menor complejidad administrativa que el poder judicial estatal.⁵²

La innovación en el sector privado en MARC nacionales y transnacionales tiene lugar generalmente entre empresas multinacionales o nacionales de gran envergadura y entre individuos de buena posición social.⁵³ Sin embargo, entre personas y comunidades social, económica y étnicamente marginadas, con bajo poder adquisitivo y viviendo en medio de vacíos y debilidades estatales, pueden encontrarse con frecuencia arbitrajes, juntas de examen de controversias, y servicios de mediación suministrados sobre la base del monopolio de poder bruto en manos de actores armados no estatales. Este es el caso, por ejemplo, de los grupos de narcotraficantes de Faryab en el norte de Afganistán, o de los tribunales paramilitares de las FARC y AUC en los departamentos de Pasto y Putumayo de Colombia durante los noventa y hasta 2005; y de la combinación de arbitraje y mediación proporcionada por las redes delictivas dentro de los grupos armados *Mai-Mai* en la región oriental del Congo de Kivu del Sur y del Norte.⁵⁴

Enforcement: The Case of the Merchant Guild,” en *Journal of Political Economy*, vol. 102, núm. 2, 1994, p. 745.

⁵¹ Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, *cit.*; y Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*

⁵² Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, *cit.*

⁵³ Jamieson, N.; Moi, S. y Cherot, J., “Acting outside the box: The emerging dispute resolution centres developing innovative ways to attract business...”, *cit.*

⁵⁴ Arias, E. D. y Rodrigues, C. D., “The myth of personal security: Criminal gangs, dispute resolution, and identity in Rio de Janeiro’s favelas”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 48, núm. 4, 2006, pp. 53-81.

EDGARDO BUSCAGLIA

Investigaciones empíricas previas de Buscaglia⁵⁵ examinaron las ventajas comparativas de mecanismos informales de resolución de controversias sobre la tierra en 16 países. Las controversias sobre la tierra entre hogares campesinos de bajo poder adquisitivo se referían a la tenencia de pequeñas parcelas de tierra. La mayoría de estos hogares carecían de acceso a los servicios públicos, en general, y a los servicios judiciales, en particular.⁵⁶ Aun así, en encuestas llevadas a cabo entre ellos se vio que la mayoría afirmaba que cuando se enfrentaban a conflictos relacionados con la propiedad, vinculados a deudas o herencias, buscaban mecanismos informales de resolución de controversias mediante organismos comunales o incluso a través de miembros de la administración, como alcaldes o gobernadores, fuera del sistema judicial.

Este estudio empírico se refería a hogares rurales en regiones en las que había actores armados no estatales que ofrecían MARC, y se basó en dos instrumentos de encuesta dirigidas a evaluar las dimensiones jurídicas y económicas del desarrollo social vinculado a la resolución de conflictos.⁵⁷ La primera encuesta medida la frecuencia con la que los núcleos familiares buscaban servicios judiciales y MARC a lo largo del tiempo. Los mecanismos más comunes en nuestra muestra de 16 países fueron la mediación, el arbitraje, las juntas de examen de controversias o alguna combinación de las tres. En cada uno de los países, las muestras dentro de las jurisdicciones rurales seleccionadas fueron estratificadas sobre la base de factores socioeconómicos (nivel de ingresos, patrones de actividad comercial y económica, distribución etaria y composición de género). Por lo que respecta a la tenencia de la tierra, los hogares rurales de nueve países tenían títulos formales o informales de pequeñas parcelas de menos de cinco hectáreas. En los restantes siete países, los pequeños propietarios poseían títulos de menos de nueve hectáreas. Las variables de gobernanza

⁵⁵ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, cit.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*; Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

incluían percepciones locales de transparencia procesal, efectividad de los mecanismos de resolución de controversias, calidad de las decisiones alcanzadas tanto por los tribunales como los mecanismos informales, niveles de corrupción, ejecutabilidad de las resoluciones y rendición de cuentas de los responsables de dictar dichas resoluciones.

Un estudio empírico comparativo internacional posterior de Buscaglia⁵⁸ también resume nuestra descripción del desempeño judicial dentro de las jurisdicciones rurales entre 2003 y 2011. El presente estudio empírico busca corroborar las conclusiones de Buscaglia,⁵⁹ pero ahora aplicado a la delincuencia organizada con casos de corrupción política en los sistemas judiciales de 20 países y el acceso a la justicia en esos casos. En este marco, Buscaglia⁶⁰ y las conclusiones de este estudio jurimétrico de 2017 vuelven a confirmar que Botsuana, Chile, Colombia y Uruguay han experimentado mejoras en el desempeño judicial, en el ámbito del decomiso de activos vinculados a la delincuencia organizada y la corrupción política. Además, tras un intervalo de dos años, estos cuatro países han experimentado una mayor demanda de servicios judiciales y una disminución de la demanda de mecanismos informales de resolución de controversias ofrecidos por redes delictivas armadas no estatales.

En resumen, nuestras dos encuestas que documentan las experiencias de resolución de controversias sobre la tierra de hogares (por usuarios de tribunales y por usuarios de MARC) explicadas y analizadas previamente en la literatura⁶¹ han mostrado de manera consistente que:

⁵⁸ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

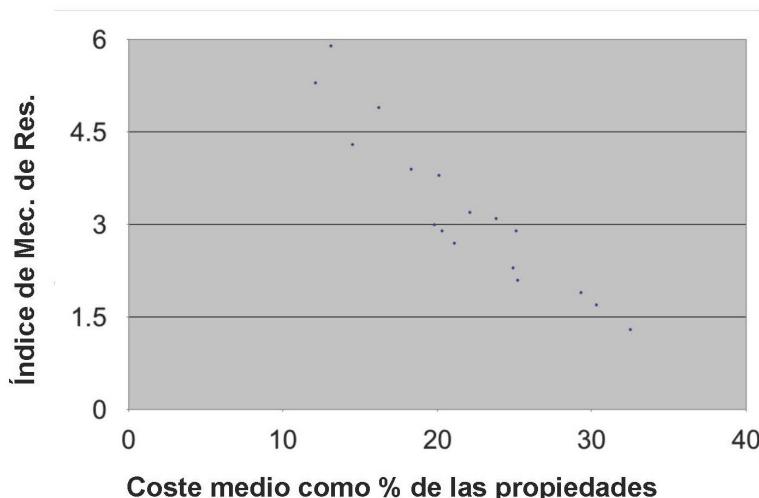
⁶¹ Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, *cit.*; Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, *cit.*

EDGARDO BUSCAGLIA

1. Los hogares rurales del 20% inferior de la escala de valor neto dentro de cada país buscan resolver sus disputas sobre la tierra mediante mecanismos informales de resolución de controversias, y que estos fueron percibidos como más legítimos, menos corruptos, menos complejos y más eficientes que los mecanismos judiciales;
2. Los acuerdos de resolución de controversias que emplean mecanismos judiciales formales disminuyeron el valor neto de los hogares rurales, mientras que los hogares rurales que buscaban MARC experimentaron un incremento del valor neto tras la aplicación de la resolución, y
3. Los países con una disponibilidad más amplia de opciones de resolución de controversias sobre la tierra, tanto judiciales como alternativas (formales e informales), son también los países donde el acceso a estos mecanismos se ofrece a un costo menor como porcentaje del valor de la propiedad en cuestión (es decir, el costo directo de acceso como porcentaje del valor del terreno).

Esto es un indicador del acceso a la justicia como derecho humano o, dicho de otro modo, un análisis económico del derecho humano al acceso a mecanismos de resolución de controversias. El cuadro *infra* trata estas conclusiones empíricas dando evidencias al respecto en 16 países. Cada punto del cuadro indica la posición de un país en términos de número de MARC disponibles y coste de acceso. El cuadro muestra una relación inversa entre el número y la diversidad de los mecanismos de resolución de controversias en cada país, medidos en el eje vertical mediante un índice del número de mecanismos formales judiciales y MARC disponibles en regiones donde operan grupos de delincuencia organizada. El costo total del acceso a medios de resolución de controversias como proporción de las propiedades objeto de controversias es medido en el eje horizontal. El cuadro muestra una relación inversa entre las dos variables, con lo cual un país con mayor variedad de mecanismos de resolución de controversias conlleva menores costes de acceso a esos mecanismos.

La integración vertical de la delincuencia organizada...



Este análisis jurídico y económico del derecho humano al acceso a los mecanismos de resolución de controversias atestigua la importancia de reducir los costos de acceso, proporcionando un conjunto diverso de formas alternativas de resolución de controversias para los segmentos más marginalizados de la población.

Como vimos, los canales informales de resolución de controversias pueden ser mecanismos comunitarios —o tribales— o pueden ser suministrados por redes delictivas e insurgentes armados. Por ejemplo, en Botsuana y en Colombia, las disputas sobre la propiedad de la tierra entre pequeños granjeros están vinculadas en general a cuestiones relativas a deudas y herencias.⁶² Los organismos informales tribales, rurales o de vecindad se componen normalmente por entre dos y siete miembros —dependiendo del país estudiado— y en la mayoría de los casos —si bien no en todos— disfrutan de una legitimidad derivada de su liderazgo comunitario o espiritual, o de su prestigio social como

⁶² Wojkowska, E., *Doing justice: How informal justice systems can contribute...*, cit.

EDGARDO BUSCAGLIA

“conseguidores” de “bienes sociales” políticos, de salud pública, o incluso militares o políticos, como procesos electorales, escuelas religiosas, centros de atención primaria y protección social paramilitar.

Por ejemplo, las Juntas de Queja o Páneles en Colombia están compuestos de tres “residentes locales notables” seleccionados por parroquias vecinales que disfrutan de legitimidad.⁶³ Aunque las decisiones de la Junta no son jurídicamente vinculantes, reciben el apoyo tácito de las autoridades municipales. En los gobiernos municipales de tres regiones colombianas, las oficinas de encuesta solían referirse a las resoluciones de las juntas para fundamentar sus resoluciones.⁶⁴ Las decisiones de la Junta no se recurrían y su aplicación solía quedar asegurada por mecanismos sociales informales de control.

Dentro de los países que informaban de resoluciones de controversias por parte de actores no estatales basados en MARC, los estudios previos detectaron que un deterioro de la actuación judicial en controversias sobre la tierra —grandes cargas de trabajo, mayores dilaciones y mayor frecuencia de abusos sustantivos por arbitrariedad judicial— venía acompañado con un mayor recurso a los MARC en poblaciones rurales. Por ejemplo, en El Congo y Mozambique, los tribunales civiles fueron los que peor se desempeñaban en casos vinculados con controversias sobre la tierra⁶⁵ y esto estuvo asociado con un incremento de hogares rurales que buscaban mecanismos de resolución informales suministrados por organizaciones armadas no estatales (p. ej., *Mai Mai*) o MARC proporcionados por ancianos. En Argentina, Benín, Bolivia, Honduras, Guatemala, México, Mozambique, Nigeria, Paraguay, Perú, y Venezuela se detectaron patrones similares de deterioro de la actuación judicial (de acuerdo con el cuadro 1 *supra*) y una mayor demanda de MARC informales.

⁶³ Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, cit.

⁶⁴ Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, cit.

⁶⁵ *Idem*.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

4. EL SUMINISTRO DE MARC COMO APOYO A LA INTEGRACIÓN VERTICAL DE LAS REDES DELICTIVAS Y LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

Hay una premisa fundamental (y no únicamente una suposición) en el derecho y la economía de la delincuencia organizada.⁶⁶ Buscaglia y González Ruiz⁶⁷ y Buscaglia⁶⁸ proporcionaron casos de estudio que mostraban cómo todas las redes delictivas transnacionales dedicadas a cometer diversos tipos de delitos complejos de manera estable y continuada siempre buscaban monopolizar mercados mediante las integraciones horizontal y vertical, tanto en mercados ilegales como legales.

Las integraciones vertical y horizontal dentro de mercados legales e ilegales son el objetivo natural de cualquier red delictiva organizada que pretenda estabilizar y predecir sus cadenas de suministros de factores de producción claves provenientes de mercados legales, en un contexto de competencia con otras redes delictivas violentas. En este escenario, las integraciones vertical y horizontal siempre están orientadas a reducir la incertidumbre comercial y el comportamiento oportunista en la cadena de suministros,⁶⁹ para producir bienes (p. ej., fentanilo) o servicios —como trabajo esclavo mediante el tráfico de personas—.

Además, la diversificación de mercados ilegales junto a las integraciones horizontal y vertical en mercados legales e ilegales amplía el alcance de los bienes y servicios legales e ilegales pro-

⁶⁶ Delincuencia organizada como queda definida por el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. *Supra*, nota 1.

⁶⁷ Gonzalez Ruiz, S.; Mendieta, E.; Buscaglia, E. y Moreno, M., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, 2a ed. corr., col. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontamara, 2006.

⁶⁸ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

⁶⁹ Williamson, Oliver, “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach...”, *cit.*; Grossman, S. J. y Hart, O. D., “The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration”, en *The Journal of Political Economy*, 1986, pp. 691-719.

EDGARDO BUSCAGLIA

ducidos, a la par que se reduce el riesgo de poner “todos los huevos en la misma cesta”, por si un aumento de los decomisos judiciales o de la competencia amenaza sus operaciones, o en caso de que el desarrollo del mercado haga inviable económicamente uno o más de sus bienes y servicios. Asimismo, mejorar la integración vertical y horizontal permite a las redes de delincuencia organizada reducir sus costos operativos prospectivos derivados del lavado de dinero a través de sus propios negocios legales.

Con todo, las integraciones horizontal y vertical de las organizaciones delictivas también abarcan un control parcial de los mercados de trabajo para proveer los servicios requeridos a las mencionadas cadenas de suministros, lo que a su vez precisa una cierta cantidad de control social regional por esas mismas organizaciones delictivas transnacionales para obtener ese suministro de mano de obra voluntaria. Tal control social ejercido por grupos criminales organizados transnacionales se produce de muchas maneras. Por ejemplo, en la región mexicana de Michoacán hay dos redes delictivas, conocidas como “Familia Michoacana” y “Caballeros Templarios”, que disfrutan virtualmente de un monopolio regional en el suministro de drogas sintéticas, junto a una integración horizontal en otros doce mercados delictivos y al menos cinco sectores económicos legales (v. gr., producción de aguacate, transportes, construcción, servicios de medicina preventiva, venta al por menor de comida y hospedaje en el sector turístico).⁷⁰

En este contexto, Buscaglia⁷¹ describe visitas *in situ* sobre el terreno a la región de Michoacán donde estos dos grupos delictivos proporcionan “bienes sociales” en sus áreas de control (p. ej., Mil Cumbres) tales como infraestructuras de riego para su producción de aguacates, infraestructuras de alcantarillado, construcción de escuelas e incluso iglesias, junto al suministro de mecanismos de resolución de controversias para la población general en las regiones bajo su control. A cambio, ambas redes delictivas obtienen una fuente fiable de mano de obra y tierras para satisfacer sus necesidades en los mercados legal e ilegal.

⁷⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/La_Familia_Michoacana

⁷¹ Buscaglia, E., *Vacíos de Poder en México...*, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

Esta clase de integración vertical y horizontal, como se ha explicado, tiene lugar en el contexto de muchos tipos de “vacíos estatales” en el suministro de bienes y servicios públicos (p. ej., agua, escolarización, medicina preventiva y justicia), como fue documentado por Buscaglia.⁷² En otras palabras, la falta de acceso público a los servicios judiciales por segmentos de población rural económicamente vulnerables, junto a la incapacidad de hacer cumplir las leyes sobre decomiso de activos vinculados a la corrupción política, ha permitido a las redes delictivas expandir verticalmente sus infraestructuras comerciales, a la vez que proporcionan mecanismos alternativos de resolución de controversias al pueblo, como forma de control social, para obtener mano de obra y propiedades privadas de las poblaciones “cautivas”.

En la columna 1 de cuadro 2 se identifican 20 países, fueron escogidos con base en la existencia de regiones en las que las redes de delincuencia organizada proporcionan “bienes sociales” (como los MARC suministrados por la “Familia Michoacana” en Mil Cumbres, Michoacán, México). 19 de estos países coinciden con los cubiertos por el cuadro 1, donde se miden los casos de eficiencia judicial en el manejo de la delincuencia organizada vinculada a la corrupción política (con las excepciones de Uganda, que aparece solo en el cuadro 1, y de Brasil, solo en el cuadro 2). Basado en el análisis precedente, la serie temporal del cuadro 2 cubre el periodo 2004-2015. En la columna 4 del cuadro 2 se mide el número de mercados ilícitos para el suministro de bienes y servicios cubiertos en cada país por una red delictiva transnacional específica en dos momentos temporales: 2004 y 2015 (p. ej., a una red delictiva que trafica únicamente con drogas, seres humanos y armas se le asignará un indicador igual a “3”). La columna 2 del cuadro 2 también mide en dos momentos, 2004 y 2015, los porcentajes anuales de los hogares de muestra que han experimentado controversias relacionadas con la tierra y han recurrido a MARC suministrados por organismos tradicionales o por redes delictivas.⁷³ La columna 3 nombra cada red delictiva

⁷² *Idem.*

⁷³ Con una muestra y una serie temporal más amplias, también se puede comprobar la causalidad no paramétrica de Granger, de acuerdo a Granger, C.

EDGARDO BUSCAGLIA

transnacional que suministra MARC y la columna 5 mide la escala (de 1 a 6) de la cadena de suministros de bienes y servicios legales e ilegales controlados por cada red delictiva en los sectores económicos legales.

La hipótesis que se quería comprobar era la siguiente: la eficiencia de los sistemas judiciales en llevar a cabo decomiso de los activos de las redes delictivas involucradas en corrupción política en el marco de la financiación de campañas electorales y de la contratación pública, medida en el cuadro 1, con un intervalo de dos años, tiene un significativo impacto: 1. en las diferencias en la integración vertical legal de las empresas criminales transnacionales en el ámbito legal (medida en la columna 3 del cuadro 2); 2. en las diferencias en la diversidad de mercados ilícitos cubiertos por las empresas delictivas transnacionales, y 3. en las diferencias de frecuencia de la oferta/demanda de mecanismos alternativos de resolución de controversias en regiones donde esas mismas redes delictivas transnacionales proporcionan “bienes sociales”.

La columna 2 del cuadro 2 mide el porcentaje de nuestras muestras regionales de hogares rurales que demandan MARC de dos fuentes: organismos tradicionales de ancianos y redes delictivas transnacionales armadas que, según los expedientes judiciales que revisamos, también estaban acusadas de corrupción política. Cada uno de estos grupos criminales organizados se identifica en la columna 3. Los porcentajes de los hogares de muestra que solicitan MARC son medidos en dos puntos temporales, 2004 y 2015, en cada región donde las redes delictivas proporcionan “bienes sociales” (como agua, medicina preventiva, infraestructuras o resolución de controversias).

Por ejemplo, en la frontera de Albania con Kosovo, durante 2004, concluimos que 4% de nuestra muestra solicitaba MARC de organismos informales tradicionales, mientras que esa proporción ascendió a 8% en 2015. En estos dos momentos y dentro de la misma región albanesa, 2% de nuestra muestra de hogares

W. J., “Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-spectral Methods”, en *Econometrica*, vol. 37, núm. 3, 1969, pp. 424-438, JSTOR 1912791. doi:10.2307/1912791.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

rurales solicitó MARC de la red criminal *Kula* en 2004, mientras que esa proporción ascendió a 5% en 2015. Conviene recordar que durante ese mismo periodo, el cuadro 1 muestra un fuerte deterioro del desempeño judicial en la misma región albanesa, con una caída de 24% en tasas de eliminación (es decir, agudos incrementos en los retrasos) junto a un aumento de 55% de errores judiciales en el manejo del decomiso de activos contra la red delictiva de los *Abazi y Boriçi*. Además, la columna 4 del cuadro 2 muestra que la red de los *Abazi y Boriçi* estaba involucrada en 12 formas de delincuencia organizada en 2004, y en 21 formas de delincuencia organizada en 2015, incluyendo la financiación ilegal de campañas políticas y el lavado de dinero mediante contratación pública.

La quinta columna indica el grado de integración vertical de cada red delictiva en cada país. El indicador de integración vertical mide seis niveles de controles de la cadena de suministros para la producción de un bien o servicio ilegal, donde “1” indica el control legal de un negocio de distribución por parte de la red ilegal; “2” se refiere al control legal por la red delictiva de la distribución y la venta al por mayor; “3” indica el control económico por la red de la distribución, la venta al por mayor y las infraestructuras de transporte legales; “4” hace referencia al control legal de la distribución, la venta al por mayor, el transporte y la producción del bien o servicio ilegal; “5” indica el control legal de la distribución, la venta al por mayor, el transporte, la producción y los insumos (como hoja de coca); y “6” se refiere al control legal por la red delictiva de la distribución, la venta mayorista, el transporte, la producción, los insumos y las infraestructuras de venta minorista.

Al aplicar esta escala de 1-6 de integración vertical a las redes delictivas albanas de los *Abazi y Boriçi/Kula*, vemos en la columna 5 del cuadro 2 que su integración vertical dentro de la economía legal de Albania y Kosovo se expandió desde el control “legal” de la distribución y la cadena de suministros al por mayor, en 2004, al control “legal” de la distribución, la venta al por mayor, el transporte, la producción, los insumos y las infraestructuras de venta minorista, en 2015. En otras palabras, un incremento de la red delictiva de los *Kula* refleja el fracaso de las autoridades judi-

EDGARDO BUSCAGLIA

ciales en decomisar los activos ilegales vinculados a la corrupción política y, por tanto, el fracaso en controlar la expansión económica de la red de crimen organizado en Albania en la esfera legal. Por tanto, el cuadro 2 muestra el impacto hipotético de la mejora o empeoramiento de la actuación judicial en el decomiso de activos —vinculados a la delincuencia económica y a la corrupción política— en la disminución o aumento de la diversificación de las actividades de la delincuencia organizada, en el suministro de MARC y en la reducción o expansión de la integración vertical de redes criminales específicas dentro del ámbito legal, facilitando también el lavado de dinero.

El cuadro 2 muestra también que Chile, Colombia y Uruguay experimentaron menos demanda de MARC proporcionados por redes delictivas transnacionales en 2015, en comparación con 2004, así como menos diversidad de bienes y servicios ilegales y una integración vertical menor en 2015, en comparación con 2004. Dicho de otro modo, Chile, Colombia y Uruguay están controlando la expansión transnacional de las redes delictivas regionales estudiadas en los ámbitos político y de la integración vertical legal, y están controlando asimismo la expansión en la diversidad de los delitos y reduciendo el suministro de MARC por parte de estas mismas redes.

Ahora vamos a poner a prueba la hipótesis explicada *supra*, para determinar si las mejoras judiciales en el decomiso de activos vinculado al procesamiento de la delincuencia organizada por corrupción política en el financiamiento de campañas electorales y contratación pública medidas en Chile, Colombia y Uruguay, entre 2004 y 2015, vienen acompañados con una menor diversidad de los mercados ilegales y una menor capacidad de esas mismas redes delictivas para integrarse verticalmente con el fin de adquirir un mayor poder de mercado.

En la columna 2, vemos que Botsuana, Chile, Colombia y Uruguay experimentan descensos en la frecuencia de los MARC proporcionados por organismos tradicionales informales y por grupos armados —como las FARC en Colombia—. Específicamente, vemos que en 2004, 21% de los hogares estudiados en dos regiones de Colombia buscaron asistencia de grupos tradicionales no armados —juntas comunitarias— en controversias sobre la tierra,

La integración vertical de la delincuencia organizada...

pero solo 6% de los hogares estudiados obtuvieron servicios de resolución de controversias de organismos tradicionales informales en 2015.

El papel de los grupos armados como fuente de MARC en esas dos mismas regiones colombianas también ha caído de 17% de nuestra muestra en 2004 a 4% en 2015. La misma disminución en la frecuencia de MARC se observa en la columna 2 para Botsuana, Chile y Uruguay. El efecto opuesto tiene lugar en aquellos países en los que el sistema judicial experimenta el mayor deterioro en su desempeño. El Congo, México y Guatemala presentan la peor actuación judicial de la muestra de 20 países en Buscaglia y Stephan⁷⁴ y Buscaglia.⁷⁵ Mientras en El Congo los porcentajes de los hogares estudiados que recibieron MARC de grupos armados se incrementó de 87% en 2004 a 96% en 2011, en Guatemala el incremento fue de 25% en 2004 a 38% en 2015, y en México de 18% a 39% en el mismo periodo.

De acuerdo con nuestra hipótesis de costos operativos ya explicada, las jurisdicciones con peor desempeño experimentaron mayor crecimiento en la frecuencia de la demanda y oferta de MARC suministrados por grupos de delincuencia organizada. Nuestra hipótesis también sostiene que las redes delictivas que expanden el suministro de MARC estarían asociadas a importantes incrementos en la diversificación de sus delitos económicos entre 2004 y 2015. De hecho, los expedientes judiciales revisados por nuestros equipos muestran que la red delictiva de El Congo aumentó su diversificación de 11 a 19 tipos de delitos económicos; la red guatemalteca aumentó de 13 tipos en 2004 a 21 tipos en 2015; y las redes mexicanas estudiadas incrementaron su diversidad de mercados ilícitos de 18 bienes y servicios en 2004 a 23 tipos de delitos en 2015.

⁷⁴ Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice...”, *cit.*

⁷⁵ Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, *cit.*

EDGARDO BUSCAGLIA

Cuadro 2

País	<i>Porcentaje de muestras de hogares rurales con controversias sometidas a MARC proporcionados por grupos armados vs. no armados</i>	
	<i>MARC tradicional 2004 y 2015</i>	<i>MARC proporcionados por redes armadas delictivas no estatales 2004 y 2015</i>
Albania	4/8	2/5
Argentina	3/5	1/2
Benín	48/51	7/11
Bolivia	39/41	7/8
Botsuana	53/37	4/1
Brasil	38/21	2/1
Chile	19/9	2/0
Colombia	21/6	17/4
El Congo	87/96	87/96

La integración vertical de la delincuencia organizada...

<i>Denominación de las redes delictivas transnacionales dedicadas a hasta 23 tipos de delitos económicos complejos</i>	<i>Ámbito (número de las actividades ilegales de las redes delictivas en 2004 y en 2015</i>	<i>Integración vertical de operaciones de empresas legales vinculadas a las actividades delictivas 2004 y 2015</i>
Red delictiva de los Kula, que controla el tráfico de drogas, armas y personas desde Turkía, familia de los Abazi y Boriçi (Buscaglia, 2015).	tipos 12/21	2/6
Familias Sung I y Ming, en el espacio trifronterizo de Argentina, Brasil y Paraguay más Uruguay (Hudson, 2003).	tipos 8/18	4/5
Grupo Kakudu, que opera en Benín, Togo, Nigeria y Sudáfrica (United Nations Office on Drugs and Crime, 2005)	tipos 11/20	5/6
La Corporación (Farer, 1999).	tipos 6/11	5/6
Red Okavango Delta que cubre el tráfico de gemas, seres humanos y drogas en Angola y Botsuana (Buscaglia 2015)	tipos 8/3	3/1
Grupos PCC y CV que proporcionan MARC a las favelas de São Paulo y Río (Jorge Birol y Dal Ri, 2011).	tipos 6/10	3/5
Familias Sung I y Ming, en el espacio trifronterizo de Argentina, Brasil y Paraguay más Uruguay (Hudson, 2003).	tipos 3/2	2/1
Diego Montoya y Wilber Varela – Organización Norte del Valle (Buscaglia, 2015)	tipos 11/5	5/2
Organización Mai Mai (Mayi-Mayi) en Kivus (Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2010).	tipos 11/19	3/6

EDGARDO BUSCAGLIA

País	<i>Porcentaje de muestras de hogares rurales con controversias sometidas a MARC proporcionados por grupos armados vs. no armados</i>	
	<i>MARC tradicional 2004 y 2015</i>	<i>MARC proporcionados por redes armadas delictivas no estatales 2004 y 2015</i>
Guatemala	49/56	25/38
Honduras	24/38	11/16
Indonesia	12/13	4/3
Mozambique	77/89	8/21
México	12/29	18/39
Nigeria	62/67	6/8
Paraguay	45/49	26/29
Perú	31/37	2/6
Sudáfrica	45/32	1/3
Uruguay	23/12	0/0
Venezuela	17/48	2/9

La integración vertical de la delincuencia organizada...

<i>Denominación de las redes delictivas transnacionales dedicadas a hasta 23 tipos de delitos económicos complejos</i>	<i>Ámbito (número) de las actividades ilegales de las redes delictivas en 2004 y en 2015</i>	<i>Integración vertical de operaciones de empresas legales vinculadas a las actividades delictivas 2004 y 2015</i>
Red delictiva de Sinaola (Buscaglia, 2013 y 2015)	tipos 13/21	4/6
Red delictiva de Sinaola (Buscaglia, 2013 y 2015)	tipos 10/19	3/5
Movimiento Aceh Libre (GAM) (Wahyono, 2010).	tipos 4/12	2/5
Grupo Kakudu group que opera en Benín, Togo, Nigeria y Sudáfrica (Buscaglia, 2015).	tipos 6/13	3/6
Red delictiva de Sinaola (Buscaglia, 2013 y 2015)	tipos 18/23	2/6
Grupo Kakudu group que opera en Benín, Togo, Nigeria y Sudáfrica (United Nations Office on Drugs and Crime, 2005)	tipos 11/22	4/6
Familias Sung I y Ming, en el espacio trifronterizo de Argentina, Brasil y Paraguay más Uruguay (Hudson, 2003).	tipos 15/19	3/5
Organización Zevallos vinculada a Sendero Luminoso. (Buscaglia, 2015)	tipos 10/18	2/4
Grupo Kakudu group que opera en Benín, Togo, Nigeria y Sudáfrica (Buscaglia, 2015).	tipos 5/14	2/4
Familias Sung I y Ming, en el espacio trifronterizo de Argentina, Brasil y Paraguay más Uruguay (Hudson, 2003).	tipos 7/5	3/2
Diego Montoya y Wilber Varela – Organización Norte del Valle. Red delictiva de Sinaola (Buscaglia, 2013 y 2015)	tipos 8/22	4/6

EDGARDO BUSCAGLIA

Como predice el marco teórico de Williamson,⁷⁶ estos mismos países experimentaron el mayor incremento en la integración vertical de las redes delictivas dentro de los ámbitos legales de sus economías.⁷⁷ Específicamente, se identificó a través de investigaciones judiciales que la red delictiva de El Congo operaba legalmente en cinco países africanos, cubriendo tres etapas de su cadena de suministros en 2004, mientras que la misma red operaba empresas legales en siete países africanos, cubriendo seis etapas de integración vertical en 2015. Los casos judiciales estudiados en Guatemala y México muestran que en ambos países, las redes delictivas incrementaron su ámbito de integración vertical en sus economías legales al nivel máximo de “6” etapas de las cadenas de suministro, controlando así la producción de insumos, la producción de bienes y servicios finales, la infraestructura de transportes, las redes de distribución y la venta mayorista y minorista.

Se aprecia en el cuadro precedente que la elusión de las instituciones judiciales y el incremento en la demanda de MARC para resolver controversias tenderá a reducir los costos medios de acceso como proporción del valor en juego en la controversia solo si hay un incremento del número y alcance de los MARC disponibles. Sin embargo, como hemos explicado, las encuestas de hogares en Buscaglia⁷⁸ y en Buscaglia y Stephan⁷⁹ muestran que no

⁷⁶ Williamson, Oliver, “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, *cit.*

⁷⁷ Estos delitos económicos incluyen: tráfico ilegal de drogas, fraudes tarifarios y relacionados con internet, otros tipos de ciberdelincuencia, tráfico de personas, contrabando de diamantes, falsificación de documentos y pasaportes, contrabando de tabaco, tráfico de partes robadas de coches y otros vehículos, lavado de dinero, manufactura y tráfico de armas, robo de armas, apropiación de petróleo, piratería, falsificación, tráfico de recursos naturales, tráfico de antigüedades y propiedad cultural, véase Buscaglia, E. y Dijk, J. van, “Controlling organised crime and corruption in the public sector...”, *cit.*

⁷⁸ Buscaglia, E., “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach...”, *cit.*

⁷⁹ Buscaglia, E. y Stephan, P., “An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice”, *cit.*

La integración vertical de la delincuencia organizada...

todos los mecanismos informales de resolución de controversias son similares. Tales mecanismos suministrados por grupos armados de delincuencia organizada en Afganistán (como las redes de los *Noorzai* y *Juma Khan*) o en El Congo (*Mai-Mai* en las regiones orientales de Kivu del Norte y del Sur) no ofrecen la posibilidad de que sus decisiones sean validadas por las autoridades, a nivel municipal o judicial, carecen de ventajas comparativas sobre aquellos suministrados por mecanismos tradicionales, como los *Jirgas* y *Shuras* en Afganistán y Paquistán, o las jutas parroquiales en Colombia.

Gran parte del marco teórico fundacional sobre empresas delictivas del trabajo de Schelling⁸⁰ y su ampliación reflejada por Gambetta⁸¹ se enfocan en el análisis de la base social de las organizaciones delictivas como estructuras alternativas de gobernanza pública que emergen en contextos de actores estatales débiles o ausentes o en distintos tipos de debilidad institucional. Dentro de esos marcos, una de las premisas en el análisis de los 20 países cubierto aquí, es que los mecanismos alternativos de resolución de controversias son un canal para que las asociaciones criminales se hagan con el control del tejido social para obtener insumos económicos para su producción de bienes y servicios ilegales (p. ej., tierra y mano de obra) a cambio de protección social.

Buscaglia⁸² muestra que cuanto más diversifique sus actividades económicas una asociación delictiva, más allá del tráfico de drogas hacia el tráfico de armas, personas, juego, ciberdelincuencia, falsificaciones y diversos contrabandos, más necesita recabar mano de obra y capital de sus alrededores a cambio de suministrar servicios sociales (como los MARC) con una penetración más profunda en el tejido social, para minimizar los

⁸⁰ Schelling, T. C., *What is the business of organized crime?*, en *The American Scholar*, vol. 40, núm. 4, 1971, pp. 643-652.

⁸¹ Gambetta, D., *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, cit.

⁸² Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, cit.

EDGARDO BUSAGLIA

costos operativos de la organización delictiva, como predijo Williamson.⁸³

En este contexto, el cuadro 2 muestra que todos los grupos delictivos transnacionales que aparecen en ella están diversificados en el alcance de sus actividades económicas y que, a mayor diversificación de mercados ilegales, mayor inmersión en el tejido social de las comunidades a través de una creciente frecuencia en el suministro de MARC. En zonas donde las asociaciones criminales poseen una mayor diversificación de sus empresas en mercados legales e ilegales, estas buscarán también un apoyo logístico y humano mayor para dar apoyo a sus operaciones. Esta captura creciente del tejido social conlleva un suministro más frecuente de bienes y servicios “sociales”, como resolución de controversias, confirmando pues el efecto predicho por el análisis económico en las teorías de acceso a la justicia de Buscaglia⁸⁴ y más tarde de Milhaupt y West.⁸⁵

Sobre la base de los datos jurimétricos de los cuadros 1 y 2, podemos poner a prueba esta hipótesis utilizando una regresión no paramétrica multiplicativa (NPMR, por sus siglas en inglés).⁸⁶ La hipótesis a probar sostiene que una *disminución* en la eficiencia de los indicadores judiciales en 20 países, de una muestra estratificada de casos judiciales sobre decomiso de activos de redes delictivas organizadas implicadas en dos tipos de corrupción política (financiación ilícita de campañas políticas y contratación

⁸³ Williamson, Oliver, “Transaction Costs Economics...”, cit.

⁸⁴ Buscaglia, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links...”, cit.; Buscaglia E., “Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators’ approach...”, cit.

⁸⁵ Milhaupt, C. y West M. D., “The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime...”, cit.

⁸⁶ La regresión paramétrica no multiplicativa (NPMR) es una regresión, como otros métodos análogos, que estima variables dependientes sobre la base de uno o más predictores. La NPMR puede usarse como un método de regresión siempre que se dé lo siguiente:

- 1 La distribución de la variable dependiente es desconocida.
- 2 Los predictores interactúan entre ellos afectando conjuntamente a la variable dependiente; en otras palabras, la respuesta de un predictor dependerá probablemente de otros predictores.
- 3 La respuesta es una variable cuantitativa o binaria (0/1).

La integración vertical de la delincuencia organizada...

pública), con un intervalo de cinco años, NO están vinculados con 1. *incrementos* significativos en la integración vertical de las empresas delictivas; 2. *incrementos* significativos en la diversidad de las actividades delictivas; 3. *incrementos* significativos en la frecuencia del suministro de mecanismos alternativos de resolución de la controversia por esas mismas redes.

Cuadro 3.

Rechazar la hipótesis si el estadístico de contraste \geq al valor crítico a $\alpha = 5\%$

	<i>Integración vertical</i>	<i>Diversidad de Mercados</i>	MARC
(Suma de rangos)	319251	71481	49270
Número de columnas	2.	2.	2
Número de filas	20.	20.	20
Estadístico de contraste	10.057.	12.613	9.501

Todos los estadísticos de contraste son significativos al nivel del 5%

En el cuadro 3 *supra*, rechazamos la hipótesis mostrada con la conclusión de que la disminución en la eficiencia de los sistemas judiciales que manejan estos casos de decomiso de activos ilícitos, con un intervalo de cinco años, hacen una diferencia significativa aumentando el poder de mercado y la integración vertical legal de las empresas delictivas en los sectores económicos legales y, por tanto, incrementa las capacidades de la red delictiva para producir un rango más amplio de bienes y servicios legales e ilegales. Por ende, el cuadro 3 verifica que un incremento en la eficiencia de los indicadores judiciales respecto a los casos de decomiso del cuadro 1 viene acompañado con un descenso en la diversidad de las actividades delictivas y con una menor frecuencia en la demanda de mecanismos alternativos de resolución de controversias a redes organizadas delictivas medida en el cuadro 2.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Las mejoras en la eficiencia judicial cuando los tribunales llevan a cabo decomisos contra las redes armadas organizadas que se dedican al tráfico de personas, de drogas, de armas, a la financiación ilegal de campañas políticas, al lavado de dinero mediante la contratación pública y a muchos otros tipos de delitos graves y económicamente complejos, son uno de los principales objetivos de las convenciones de Naciones Unidas ratificadas por más de 170 Estados de todo el orbe y por los 20 países analizados en este estudio.

Asimismo, una mayor eficiencia judicial al llevar a cabo esos decomisos contra tales tipos de redes transnacionales organizadas, involucradas en casos de corrupción política en muchos países, refuerza, a su vez, el derecho humano a participar en elecciones políticas transparentes y libres y fortalece también el acceso a la justicia de las víctimas de la delincuencia organizada con el fin de recibir compensación por los daños civiles y penales sufridos. Hay países, como Italia, que han actuado y legislado explícitamente sobre los derechos de las víctimas del crimen organizado a beneficiarse directamente y recibir compensación mediante los procedimientos de decomiso de activos de la delincuencia organizada. Por tanto, los indicadores de la eficiencia judicial en el decomiso de activos en manos de la delincuencia organizada es también un indicador de la mejora en los derechos humanos a votar y a acceder a los tribunales. A este respecto, este estudio tiene como objetivo proporcionar un enfoque empírico a la medición y evaluación del ejercicio de estos dos derechos civiles y políticos y de otros derechos humanos.

Las organizaciones delictivas, como tipo específico de grupos armados no estatales, dependen de su capacidad para dar protección social mediante el suministro de “bienes sociales” (como la resolución de controversias) a los segmentos más marginalizados de la población, como modo de garantizar las cadenas de suministros de tierras y mano de obra barata para diversificar sus empresas legales e ilegales. Esta protección de la delincuencia organizada siempre cubre “vacíos” dejados por fallos estatales ostensibles en el suministro de bienes públicos

La integración vertical de la delincuencia organizada...

(p. ej., agua, seguridad humana básica o servicios judiciales). El análisis jurimétrico desarrollado *supra* demuestra este extremo. Además, la práctica perversa de capturar tejido social de las comunidades en las que se llevan a cabo los delitos económicos es parte de este proceso. En este *quid pro quo* hay segmentos de la sociedad sometidos a la protección de grupos no estatales mediante diversos tipos de mecanismos de resolución de controversias, al modo de la tradición de los sindicatos del crimen ruso estudiados por Farer.⁸⁷

Como las organizaciones delictivas compuestas por actores no estatales generan diferentes tipos de negocios rentables (mediante la violencia física, colectiva o económica) en asociación con redes ilícitas de políticos, esas mismas redes alimentan la existencia de deficiencias regulatorias y vacíos estatales (es decir, Estados que están excesivamente ausentes o que son excesivamente autoritarios en la vida del pueblo, provocando altos costos operativos de las interacciones sociales). Tales clases de debilidades estatales incluyen las deficiencias del sistema judicial, una complejidad procesal extrema, una corrupción rampante y una falta de acceso a canales de resolución de controversias.

En este tipo de entorno, caracterizado por la inseguridad jurídica y judicial, la producción y los planes de inversión se muestran difíciles. Tal incertidumbre vinculada a los derechos de propiedad afecta a todos los segmentos de la población —ricos, clase media y pobres—, pero perjudica sobre todo a los más pobres. Llevar a cabo políticas judiciales que corrigiesen estas debilidades regulatorias privaría de oxígeno social a los grupos armados no estatales, en general, y a las asociaciones delictivas, en particular.

De manera paradójica, las jurisdicciones “débiles” o “ineficientes” pueden sobrevivir debido a los “servicios” informales de resolución de controversias que abordan una mayoría de conflictos jurídicos en una sociedad, representando así una fuente de inercia institucional que bloquea las necesarias reformas

⁸⁷ Farer, T. J. (ed), *Transnational Crime in the Americas*, Londres-Nueva York, Routledge, 1999.

EDGARDO BUSCAGLIA

judiciales. Dicho de otro modo, la debilidad estatal es a veces viscosa y los tribunales débiles continúan en ese estado porque los funcionarios pueden no tener razones para buscar reformas de sus instituciones, al canalizar casos al ámbito informal, usando los MARC como válvula de escape para el sistema judicial formal.

Los beneficios ilegales y prebendas de la corrupción política y judicial crean una mayor resistencia hacia la mejora de la gobernanza del poder judicial en medio de estas válvulas de escape ofrecidas por modos informales de resolución de controversias, tanto legales como ilegales. No obstante, las experiencias internacionales, por ejemplo en Colombia y en Italia, muestran que este paradójico *impasse* puede superarse mediante la reforma del sistema electoral y de la financiación de las campañas políticas, enérgicamente exigidas por iniciativas de una sociedad civil unida. La experiencia de estos países es tratada por Buscaglia y Dakolias⁸⁸ y por Buscaglia.⁸⁹

Una consecuencia principal de este artículo es que una mayor eficiencia de los tribunales nacionales y supranacionales en la cooperación, con el fin de desmantelar el poder de mercado derivado de la integración vertical de las asociaciones delictivas mediante el decomiso de activos, representa también un modo

⁸⁸ Buscaglia, E.; Dakolias, M. y Ratliff W., *Judicial Reform: A National Framework for Development...*, cit.; y Buscaglia, E. y Dakolias, M., *Comparative International Analysis of Court Performance*, World Bank Press, 1999.

⁸⁹ Las experiencias internacionales que rompen con este bloqueo paradójico son analizadas por Buscaglia, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links...”, cit., y Buscaglia, E., “On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment...”, cit. Las reformas sobre el sistema electoral exigidas por la sociedad civil de abajo arriba, por ejemplo en Colombia e Italia, fueron capaces de “refrescar” y renovar la composición de las élites políticas para “votar” por reformas judiciales que abordaran el decomiso de activos vinculados a la delincuencia organizada y a la corrupción política. Buscaglia, E., “Introduction to law and economics of development...”, cit.; Buscaglia, E., *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences...*, cit.; Buscaglia, E., *Vacíos de Poder en México...*, cit.; y Buscaglia, E., “Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences...”, cit.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

de abordar los “vacíos estatales” y de rescatar el tejido social usado por estas asociaciones criminales para proteger sus operaciones delictivas. Esto convierte a las reformas del poder judicial destinadas al decomiso de activos en un poderoso instrumento para contrarrestar los fundamentos sociales y políticos del crimen organizado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J. A., *Why nations fail: The origins of power, prosperity and poverty*, Nueva York, Kindle Edition-Crown Publishers, 2012.
- ARIAS, E. D. y RODRIGUES, C. D., “The myth of personal security: Criminal gangs, dispute resolution, and identity in Rio de Janeiro’s favelas”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 48, núm. 4, 2006.
- BERNSTEIN, L., “Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, núm. 2, 1996.
- BIROL, J. A. P. y Dal Ri, A. Jr. , “The role of organised crime in informal justice systems”, en *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergis (Journal of International Security and Terrorism)*, vol. 2, núm. 1, 2011.
- BUSCAGLIA, E., “Legal and Economic Development: The Missing Links”, *Journal of Inter-American Studies and World Affairs*, núm. 9, 1994.
- _____, “Introduction to law and economics of development”, en Buscaglia, E.; Ratliff, W. y Cooter, R. (ed.), *The law and economics of development*, Greenwich, Connecticut, JAI Press, 1997.
- _____, *Judicial Corruption in Developing Countries: Its Causes and Economic Consequences*, California, Hoover Institution Press, 1999.
- _____, “An analysis of judicial corruption and its causes: an objective governing-based approach”, en *International Review of Law and Economics*, núm. 21, 2001.

EDGARDO BUSAGLIA

- _____, "Investigating the links between access to justice and governance factors: An objective indicators' approach", en *Global Programme Against Corruption Research and Scientific Series, CICP-13*, Viena, Centre for International Crime Prevention, U.N. Office for Drug Control and Crime Prevention, 2001.
- _____, "On Best and Not so Good Practices for Addressing High-level Political Corruption Worldwide: An Empirical Assessment", en *International Handbook on Corruption*, núm. 16, ed. por Susan Rose Ackerman y Susan Soreide, Palgrave, 2011.
- _____, *Vacíos de poder en México*, México, Debate-Random House, 2013.
- _____, "Dispute resolution mechanisms provided by violent non-state actors: An international comparative analysis of causes and consequences", en *The Jackals of Westphalia*, ed. por Stefano Ruzza, Anja P. Jakobi, Charles Geisler, Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2015.
- _____, "Institutional Factors Determining the Gap Between Laws in the Books versus Laws in Action: An Analytical Framework for Improving Judicial Effectiveness", en *Legitimacy, Legal Development and Change: Law and Modernization Reconsidered*, ed. por David K. Linnan, Londres, Routledge Taylor y Francis Group, 2016.
- _____; Dakolias, M. y Ratliff W., *Judicial Reform: A National Framework for Development*, California, Hoover Institution Press, 1995.
- ____ y Dakolias, M., *Comparative International Analysis of Court Performance*, World Bank Press, 1999.
- ____ y Ratliff, W., "War and lack of governance in Colombia: Narcos, guerrillas and U.S. policy", en *Essays in Public Policy*, núm. 107, Stanford, Hoover Institution on War, Revolution and Peace-Stanford University, 2001.
- ____ y Dijk, J. van, "Controlling organised crime and corruption in the public sector", en *Forum on Crime and Society*, vol. 3, núms. 1-2, 2013.
- ____ y Stephan, P., "An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: a Governance-Based Approach to Access to Justice" en *International Review of Law and Economics*, vol. 25, núm. 1, 2005, Londres, Elsevier Press.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

CAPPELLETTI, M.; Garth, B.; Weisner, J. y Koch, K.F., “Access to justice”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29, núm. 3, 1981.

Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, “Mai Mai child soldier recruitment and use: Entrenched and unending”, en *Briefing paper*, Londres, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2010.

COBURN, N. y Dempsey, J., “Informal dispute resolution in Afghanistan”, en *USIP Special Report*, núm. 247, Washington, United States Institute of Peace, 2010.

European Parliament, The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes at, 2012, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120627ATT47783/20120627ATT47783EN.pdf>

FARER, T. J. (ed.), *Transnational Crime in the Americas*, Londres-Nueva York, Routledge, 1999.

GAMBETTA, D., *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

GREIF, Avner; Milgrom, Paul y Weingast, Barry, “Coordination, Commitment and Enforcement: The Case of the Merchant Guild”, en *Journal of Political Economy*, vol. 102, núm. 2, 1994.

GONZALEZ Ruiz, S.; Mendieta, E.; Buscaglia, E. y Moreno, M., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, 2a ed. corr., col. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontanara, 2006.

GRANGER, C. W. J., “Investigating Causal Relations by Econometric Models and Cross-spectral Methods”, en *Econometrica*, vol. 37, núm. 3, 1969. JSTOR 1912791. doi:10.2307/1912791

GROSSMAN, S. J. y Hart, O. D., “The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration”, en *The Journal of Political Economy*, 1986.

HAYEK, F. A., *Law, legislation and liberty*, vol. 1: Rules and order, Chicago, The University of Chicago Press, 1973.

EDGARDO BUSCAGLIA

HUDSON, R., *Terrorist and organized crime groups in the Tri-Border Area (TBA) of South America*, Washington, Federal Research Division, Library of Congress, 2003.

JAMIESON, N.; Moi, S. y CHEROT, J., “Acting outside the box: The emerging dispute resolution centres developing innovative ways to attract business”, en *Legal Week*, núm. 14, 2012.

MILHAUPT, C. y WEST M. D., “The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 67, núm. 1, 2000.

NORTH, D., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

PEDROSO, J. y TRINCÃO, C., “The (re)birth of the justice of the peace: Democratic or technocratic justice reform? The experiences of Italy, Spain, Brazil and Portugal”, en *Beyond Law*, vol. 10, núm. 27, 2008.

SANTOS, B. de S., “The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasárgada”, en *Law y Society Review*, vol. 12, núm. 1, 1977.

SCHÄRF, W., *Non-state justice systems in southern Africa: How should governments respond?*, Paper presented at the Workshop on Working with Non-State Justice Systems, Londres, UK., Retrieved from, 2003, disponible en <http://www.gsdrc.org/docs/open/DS35.pdf>

SCHELLING, T. C., What is the business of organized crime?, en *The American Scholar*, vol. 40, núm. 4, 1971.

SOTO, H. de, *The other path: The invisible revolution in the Third World*, Nueva York, Harper & Row, 1989.

_____, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Nueva York, Basic Books, 2000.

SUNG, H. E., “State failure, economic failure, and predatory organized crime: A comparative analysis”, en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 41, núm. 2, 2004.

La integración vertical de la delincuencia organizada...

United Nations Office on Drugs and Crime, *Transnational Organised crime in the West African region*, Viena-Nueva York, United Nations Office on Drugs and Crime, 2005.

WAHYONO, P., “Transnational crime and security threats in Indonesia”, en *Strategy Research Project*, Carlisle, Pensilvania, U.S. Army War College, 2010.

WILLIAMSON, Oliver, “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach”, en *The American Journal of Sociology*, vol. 87, núm. 3, 1981.

WILLIAMSON, Oliver, “Transaction Costs Economics”, en *Open Access, Open Assessment E-Journal*, 2007, disponible en http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at_download/file

WOJKOWSKA, E., *Doing justice: How informal justice systems can contribute*, Oslo, United Nations Development Programme Oslo Governance Centre, 2006.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

Óscar Solórzano

1. INTRODUCCIÓN

Esta contribución describe las grandes líneas del marco conceptual y normativo de la recuperación de activos en el derecho internacional público y su aplicación a algunos casos de corrupción emblemáticos en Perú. En ese contexto, se narran los esfuerzos que realizaron —y realizan— las autoridades peruanas para recuperar los activos sustraídos al erario público, los cuales tendrían que haber servido para satisfacer las necesidades elementales de la población peruana.

El caso que presentaremos se desarrolló durante la administración del expresidente Alberto Fujimori Fujimori (en adelante Fujimori) y de su asesor *de facto* y exjefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), Vladimiro Montesinos Torres (en adelante Montesinos). Durante los 11 años que duró el gobierno del expresidente Fujimori, el país experimentó severos problemas de gobernabilidad y un grave retroceso en lo que concierne a la protección estatal de las libertades individuales. Entre marchas y contramarchas, Perú recuperó la democracia en 1995, con las elecciones generales que anunciaban el segundo mandato del expresidente Fujimori.

El segundo mandato del expresidente Fujimori se vio marcado por un incipiente proceso de pacificación, que se inició

ÓSCAR SOLÓRZANO

con la captura del líder del grupo armado “Sendero Luminoso”, Abimael Guzmán, en 1992 y, hacia 1997, el inicio del conflicto armado con Ecuador. En ese contexto, surge la necesidad de modernizar la flota aérea y el material militar del ejército para enfrentar esta nueva amenaza y, con ello, la afectación de importantes montos del presupuesto público en procesos de licitación “simplificados” y sin un verdadero sistema de auditorías. Si bien no existen cifras exactas sobre el desfalco de la caja estatal, algunos investigadores señalan cifras que bordean los miles de millones de dólares.¹

Como se verá más adelante, los esfuerzos en materia de recuperación de activos que las autoridades peruanas han realizado están muy lejos de alcanzar las cifras antes estimadas. Si tomamos como líneas de base las estimaciones hechas por algunos investigadores, las autoridades peruanas habrían recuperado menos de 10% de lo efectivamente sustraído a la caja pública.

Se pueden distinguir dos momentos importantes en los esfuerzos de recuperación. Primero, las restituciones unilaterales con esfuerzos iniciados en los países recipientes y sin que medie una sentencia de decomiso en Perú y, una etapa más reciente, en la cual los operadores de justicia de Perú, así como otras autoridades, realizaron esfuerzos para ejecutar en los países recipientes, por lo general centros financieros importantes, sentencias finales de decomiso obtenidas en el sistema nacional de justicia peruano.

En esta segunda fase, he tenido el privilegio y el honor de acompañar los esfuerzos de las autoridades peruanas, mismas que han obtenido resultados, parciales e incipientes, es verdad, pero también inéditos para el país y, probablemente, para la región. Particularmente, en esta segunda fase se han consolidado

¹ El historiador peruano Alfonso Quiroz estima el costo total de la corrupción y la malversación durante el régimen del expresidente Alberto Fujimori en más de 14 mil millones de dólares. En este caso, menos de 2% de los fondos malversados han sido devueltos hasta la fecha, *cfr.* Quiroz, Alfonso, “Costos históricos de la corrupción en el Perú republicano”, en *El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 2005, pp. 75 y ss.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

algunos mecanismos jurídicos del marco legal nacional e internacional, que son susceptibles de servir de guía a los Estados que atraviesan procesos similares y buscan recuperar los activos que sus dirigentes políticos indelicados han ocultado mediante complejos esquemas de lavado de activos, con la connivencia de la banca internacional, en otros Estados.

2. CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL: ¿QUÉ ES LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS?

La recuperación de activos es una de las herramientas que emplea la justicia penal² para luchar contra la criminalidad organizada, cuya estrategia tiene como elemento central el despojar a las organizaciones delictivas de los fondos necesarios para perpetuar la empresa delictiva.³ El concepto base que utiliza esta estrategia de política criminal se vincula también con el aforismo según el cual “el crimen no debería pagar”, corolario moral del principio general según el cual nadie debe beneficiarse de su propio crimen (*Commodum ex injuria sua non habere debet*), lo que implica además un enfoque retributivo de compensación a las víctimas de los crímenes de corrupción, sean estas personas físicas o Estados.

El concepto es particularmente complejo de definir, pues la recuperación de activos no se limita a las capacidades confiscatorias de los Estados frente al patrimonio criminal, sino más bien se sitúa en un complejo andamiaje jurídico, donde interactúan las fuerzas que rigen la relación entre los Estados y los desarrollos de política criminal internacional. Desde el punto de vista teórico, se aprecia también una inconsistencia entre el enfoque

² Existen otros mecanismos de recuperación de activos que conciernen al derecho civil, administrativo o a los arreglos extrajudiciales. Para mayor información sobre métodos de recuperación y montos recuperados, *cfr.* Anyango Oduor, Jacinta *et al.*, “Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery”, The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, Washington, 2014.

³ Nicholls, Colin *et al.*, *Corruption and Misuse of Public Office*, 2^a ed., Oxford, OUP, 2011, p. 436.

ÓSCAR SOLÓRZANO

de la recuperación de activos ofrecido por el derecho internacional público —particularmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)— y los regímenes jurídicos internos de los Estados parte.⁴ La CNUCC circunscribe la recuperación de activos a aquellos originados por la corrupción de las denominadas Personas Expuestas Políticamente (PEP),⁵ en un contexto donde intervienen uno o más Estados. La mayoría de los Estados, por el contrario, no limitan la recuperación de activos a una infracción específica y, por lo general, desarrollan leyes que implementan herramientas confiscatorias para uso doméstico en materia penal y otras.

Mencionado esto, y para los fines de esta presentación, la recuperación de activos evoca el proceso⁶ a través del cual los Estados víctima del latrocinio de sus clases dirigentes buscan recuperar los activos⁷ sustraídos al tesoro público, y que habitualmente son depositados en centros financieros internacionales. Si bien este enfoque se alinea con la hipótesis de base de la CNUCC, el desarrollo de los esfuerzos de recuperación de los activos que aquí se describen involucran principalmente el derecho interno,

⁴ Ligeti, Katalin y Simonato, Michele (eds.), *Chasing criminal money: Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oregon, Hart Publishing, 2017, p. 3.

⁵ Según las Recomendaciones del GAFI, son PEP “aquellos individuos que cumplen o a quienes se les haya confiado funciones públicas prominentes sea internamente o en otro país, como por ejemplo, los Jefes de Estado o de Gobierno, políticos de alto nivel, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alto rango, ejecutivos de alto nivel de corporaciones estatales, funcionarios de partidos políticos importantes”. Cfr. GAFI, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Las recomendaciones del GAFI, París, 2012, p. 128, consulta 7 nov 2017, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

⁶ Atkinson, Phyllis, “Introduction”, en Pieth, M. (ed.), *Tracing stolen assets. A practitioner’s handbook*, International Centre for Asset Recovery, Basel Institute on Governance, Basel 2009, p. 19.

⁷ Art. 2.d. CNUCC “[...] se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

y las distintas instituciones jurídicas de los Estados involucrados, mismas que se inspiran y complementan con el derecho internacional.

Así, la recuperación de activos en Perú se puede definir como un proceso interinstitucional⁸ que implica la aplicación de distintas instituciones jurídicas⁹ y los mecanismos de la Asistencia Mutua Legal (AML), cuyo objetivo es recuperar los activos localizados en el Estado receptor (Estado requerido) a beneficio del Estado víctima (Estado requeriente).

3. EL MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DE LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS: ENTRE PROMESAS Y LIMITACIONES

3.1. Situación general

El marco jurídico internacional que rige la recuperación de activos ha sido desarrollado durante las dos décadas subsiguientes al final de la Guerra Fría, y consta de un complejo andamiaje de tratados internacionales e iniciativas de organismos supranacionales.¹⁰ La mayor parte de estos instrumentos jurídicos, algunos con carácter vinculante y otros de *soft law*, regulan a detalle las cuestiones accesorias a la recuperación de activos, *i.e.*, las medidas de inmovilización de activos, los mecanismos de naturaleza confiscatoria y la cooperación judicial internacional. Se observa, además, un desarrollo sostenido de instrumentos que criminalizan comportamientos vinculados a la recuperación de activos, como la corrupción, el lavado de activos, el

⁸ En el cual intervienen instituciones tales como el Poder Judicial, Procuradurías Especializadas, Ministerio Público, este último, canaliza parte del trabajo a través de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y de Extradiciones de la fiscalía de la Nación.

⁹ Como la incautación y el decomiso con o sin condena.

¹⁰ *Cfr.* Ivory, Radha, “Asset Recovery in Four Dimensions: Returning Wealth to Victim Countries as a Challenge for Global Governance”, en Ligeti, Katalin y Simonato, Michele (eds.), *Chasing criminal money: Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oregon, Hart Publishing, 2017, p. 178.

ÓSCAR SOLÓRZANO

crimen organizado, entre otros; y recientemente, el fraude y la sustracción fiscal.¹¹

Respecto de la obligación internacional de restitución de activos que se le hace a los Estados requeridos, el único instrumento vinculante para la comunidad internacional¹² es la CNUCC; cuyo artículo 57 puntuiza las obligaciones de los Estados parte en materia de restitución del producto de la corrupción a los Estados víctima. La CNUCC no solo aborda el problema de la restitución (cap. V), sino que crea un sistema relativamente coherente con respecto a los procesos y mecanismos previos que los Estados deben implementar para satisfacer las obligaciones de la Convención. En ese contexto, impone obligaciones concretas a los Estados signatarios en materia de prevención de la corrupción de cuello blanco (cap. II); descriminalización de comportamientos mínimos (cap. III), y de cooperación judicial internacional (cap. IV).

El escenario que plantea la Convención se circunscribe en la hipótesis según la cual el Estado recipiente¹³ —o Estado requerido, según la terminología utilizada en cooperación judicial internacional— restituye activos al Estado víctima —o Estado requirente, según se le define en materia de cooperación internacional— cuando este último satisface las condiciones¹⁴ establecidas en la Convención y el derecho interno del Estado requerido. Bajo esta premisa, la Convención identifica

¹¹ Cassani, Ursula, “Nuances de gris: la politique criminelle suisse en matière de blanchiment de fraude fiscale”, en *Archives de Politique Criminelle*, núm. 39, 2017, pp. 145-162.

¹² El art. 25 sección 2 del Convenio del Consejo de la Europa sobre Blanqueo, Investigación, Embargo y Comiso del Producto de Delitos y sobre Financiación del Terrorismo (Convenio de Varsovia), adoptado el 16 de mayo de 2005, establece: “Cuando una Parte actúe a solicitud de otra Parte de conformidad con los artículos 23 y 24 del presente Convenio deberá considerar prioritaria, en la medida en que lo permita su legislación interna y si así se le solicita, la devolución de los bienes decomisados a la Parte requirente de modo que esta pueda compensar a las víctimas del delito o restituir dichos bienes a sus propietarios legítimos”.

¹³ Donde son descubiertos o inmovilizados los activos.

¹⁴ Estas condiciones son de naturaleza legal pero también política como se verá más adelante.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

tres situaciones sobre las cuales modula,¹⁵ en intensidad, la obligación de los Estados a restituir los activos según la Convención.

En primer lugar, existe una obligación “absoluta” de restitución, según los términos del artículo 57, párrafo 3 literal a, cuando el Estado víctima logra probar en su sistema judicial que los activos depositados en el sistema financiero del Estado requerido son el producto del delito de peculado (sustracción de fondos públicos),¹⁶ o su subsiguiente lavado. Por otro lado, una obligación “relativa” de restitución, según la hipótesis del artículo 57, párrafo 3 literal b, cuando los activos son los instrumentos o el producto de otras infracciones tipificadas en la Convención.

Tanto para la obligación absoluta como para la relativa, el Estado requirente deberá obtener en su sistema judicial interno —respetando las garantías del debido proceso según lo dispone el derecho internacional— sentencias finales de decomiso que se ejecutarán en el Estado requerido.¹⁷ Este mecanismo de ejecución de sentencias extranjeras está presente tanto en la UNCAC como en otras convenciones de las Naciones Unidas,¹⁸ así como en tratados regionales. Finalmente, el artículo 57, párrafo 3 literal c, instaura el principio de “consideración prioritaria”, según el cual los Estados que son emplazados por una solicitud de

¹⁵ Mensaje CNUCC, p. 6988 s.

¹⁶ La sustracción de fondos públicos, se aleja de la noción clásica del delito de corrupción donde intervienen corrupto activo y pasivo. Este tipología delictiva, se aparenta al delito de gestión desleal de los intereses públicos o, simplemente, al fraude y al robo. *Cfr.* Carr, Indira y Goldby, Miriam, “Recovering the proceeds of corruption: UNCAC and Anti-Money laundering standards”, en *Journal of Business Law*, núm. 2, 2011, pp. 170-193. Harari, Maurice, “Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption?”, en Cassani, U. y Héritier Lachat, A. (eds.), *Lutte contre la corruption internationale: the never ending story*, Zurich, Schulthess, 2011, p. 122.

¹⁷ Hofmeyr, Willie, “Navigating between Mutual Legal Assistance and Confiscation Systems”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Berna, Peter Lang Publishing, 2008.

¹⁸ Por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre Criminalidad Transnacional Organizada (Convención de Palermo).

ÓSCAR SOLÓRZANO

restitución de activos de parte de un Estado víctima de actos de corrupción, deberían tratar esta solicitud con las facilidades que amerita según el contexto (político) en el que se desarrolla la solicitud.

3.2. La restitución de activos como principio fundamental de la CNUCC

Si bien es correcto señalar que la adopción de una base legal internacional es un logro importante en la problemática de la restitución de activos ilícitos a nivel mundial,¹⁹ también es cierto que, para los propósitos de un caso concreto de restitución, los alcances de la CNUCC parecen insuficientes. Por un lado, porque la sola adopción de una base legal internacional no incide en las capacidades técnicas de los Estados víctima que buscan recuperar los activos explotados y, por otro, durante la negociación de esta disposición convencional las concesiones de naturaleza política y económica han tenido, un certero impacto sobre su efectividad. Dicho esto, esta base legal constituye una manifestación concreta de la solidaridad internacional,²⁰ ciertamente más concreta que la reciprocidad²¹ en materia de cooperación judicial entre los Estados, y representa un paso concreto hacia un sistema más coherente con la realidad judicial de los Estados y los discursos políticos de las altas instancias del gobierno mundial.

¹⁹ Balmelli, Tiziano, “La restitution internationale des avoirs acquis par la corruption: de l’obligation morale à l’obligation juridique”, en Balmelli, Tiziano y Jaggy, B. (eds.), *Les traités internationaux contre la corruption: l’ONU, l’OCDE*, Lausana, Le Conseil de l’Europe et la Suisse-Ed. Interuniversitaires Suisses-Edis, 2004, p. 121.

²⁰ Cassani, Ursula, “La lutte contre la corruption: vouloir, c’est pouvoir”, en Cassani, Ursula et al. (ed.), *La lutte contre la corruption: vouloir, c’est pouvoir: The never ending story*, Génova, Schulthess, 2011, p. 39.

²¹ El principio de reciprocidad consiste en permitir la aplicación de los efectos jurídicos de ciertas relaciones jurídicas, cuando estos efectos también son aceptados por países extranjeros. De conformidad con el derecho internacional, la reciprocidad implica el derecho a la igualdad y el respeto mutuo entre los Estados. Cfr. Zimmermann, Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^a ed., Berna, Stämpfli, 2009, pp. 528 y ss.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

3.2.1. *Un principio fundamental a geometría variable*

Varias son las debilidades del sistema instaurado por la CNUCC. En primer lugar, cabe destacar que la restitución de los activos a los Estados víctima es, según la Convención, un principio fundamental (art. 51) que no conlleva consecuencias jurídicas.²² Los trabajos preparatorios de la Convención precisan que la disposición tiene carácter general²³ y constituye un principio fundamental en el sentido de que los Estados parte deben garantizar la cooperación “a más amplia”, en el plano de la asistencia judicial con fines probatorios. Dicho de otra manera, el Estado requerido deberá hacer lo necesario para admitir los elementos de convicción que garantizan el derecho a la restitución al Estado víctima, pero no garantizan una restitución automática o incondicional.²⁴ Esta afirmación también resulta de un somero análisis del texto mismo del artículo 57, párrafo 1, según el cual el Estado que opera el decomiso de los activos tiene la facultad de disponer de estos, incluyendo la “posibilidad” de restituirlos al Estado víctima si su derecho interno lo permite.

Por otro lado, el artículo 57 de la CNUCC no constituye una disposición de carácter procesal que permita a los Estados iniciar un proceso de recuperación de activos.²⁵ Por el contrario, los intereses encontrados durante la fase de negociación de la Convención han tenido como consecuencia una formulación errática y ambigua de la disposición, cuya densidad normativa no permite una aplicación directa (*self executing*) de los Estados parte, incluso a los Estados de tradición monista.

²² Véase la nota interpretativa del art. 51 CNUCC. Bah, Saliou, “La restitution des avoirs issus de la corruption dans les conventions anti-corruption internationales: une avancée conceptuelle et normative à la portée pratique limitée”, en *Forum Europeen de la Communication*, núm. 1, 2010, p. 16.

²³ Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas contra la Delincuencia, División de Tratados, 2007, p. 277.

²⁴ Low, Lucinda, The United Nations Convention Against Corruption: The Globalization of Anticorruption Standards, p. 15, disponible en <https://www.steptoe.com/images/content/1/6/v1/1600/2599.pdf>

²⁵ En el mismo sentido, *Cfr.* Harari, Maurice, Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption?..., *cit.*, p. 124.

3.2.2. Los escenarios de la restitución según la Convención

Como se ha mencionado antes, la CNUCC²⁶ esboza los escenarios principales²⁷ donde se tempera la obligación de restitución de activos ilícitos en función del delito que los origina: *i)* obligación “absoluta”, cuando se trata de peculado —o lavado de los activos del peculado—, y *ii)* obligación “relativa”, cuando se trata de las otras infracciones tipificadas en la Convención.

Estas cláusulas —que encierran el núcleo duro de la obligación convencional— son criticables desde al menos dos puntos de vista. Primero, porque no capturan la realidad judicial²⁸ y segundo, porque su formulación errática no permite dilucidar el contenido legal específico del mandato del legislador convencional.

La obligación “absoluta” solo existe cuando el Estado víctima logra establecer, en un juicio que respete los estándares del debido proceso y los derechos de la defensa, que los activos que pretende decomisar corresponden al delito de peculado o sustracción de fondos públicos. En un contexto de criminalidad organizada transnacional que utiliza montajes financieros complejos para encubrir el patrimonio criminal, resulta poco probable que las autoridades de los Estados víctima consigan vincular los activos descubiertos en los Estados recipientes a un delito único y específico. Como regla general, las organizaciones criminales cometan distintos tipos de delitos y mezclan actividades ilícitas

²⁶ Art. 57, párr. 3, CNUCC.

²⁷ La CNUCC tiene otros mecanismos para la recuperación de activos como las acciones civiles o la recuperación de activos a través del sistema de blanqueo de activos o de compensación de daños que existen también en el derecho interno de los Estados y en otros instrumentos internacionales. Esta presentación discute la restitución a través de la cooperación judicial internacional en materia penal del Capítulo V de la Convención, lo que constituye además la innovación en el derecho público internacional introducida por la CNUCC.

²⁸ En particular, nos referimos a las limitaciones en términos de capacidades que conlleva un proceso de recuperación de activos donde las partes intervinientes son principalmente Estados en vías de desarrollo.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

con negocios lícitos para disimular y reinsertar los activos maculados en la economía formal. Es lo propio del lavado de activos cuando se ejerce a “título profesional” por intermediarios financieros (*gatekeepers*) y utilizando redes complejas de empresas *offshore* y territorios no cooperativos. Por su parte, los Estados víctima carecen, en su mayoría, de experticia en investigaciones financieras complejas para reconstituir la ruta que los activos han recorrido hasta llegar a la cuenta inmovilizada.²⁹

Respecto de la obligación de restitución “relativa” de los activos originados por los otros delitos comprendidos en la Convención,³⁰ dos puntos parecen controversiales. Primero, parece poco probable que delitos cometidos en el Estado víctima y que no han sido tipificados en el Estado requerido porque son vinculantes para los Estados parte, en términos de criminalización —como el enriquecimiento ilícito o la corrupción privada (arts. 20 y 21 CNUCC)—, den lugar a algún tipo de obligación internacional de restitución. A esta manera de ver se opone el principio de la doble incriminación,³¹ ampliamente desarrollado en materia de cooperación judicial internacional,³² teniendo en cuenta que la mayoría de Estados que poseen centros financieros

²⁹ Por lo general, las realidades específicas de los procesos penales en los estados víctima no son favorables a la recuperación de los activos, ya sea porque los cómplices de los latrocinos aún se encuentran en el poder o porque la recuperación de los activos no es parte de las prioridades políticas del gobierno. Por otro lado, existe una desproporción manifiesta entre los medios que posee la defensa de los criminales y las capacidades técnicas de la acusación pública y prácticas conservadoras de los jueces penales para aplicar legislaciones más incisivas (decomiso civil) y acordes con la realidad en materia de criminalidad económica.

³⁰ Ver artículos 15 a 26 CNUCC.

³¹ Art. 43. 2 CNUCC: “En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente”.

³² Cfr. Stephenson, Kevin M. et al. (eds.), *Barriers to Asset Recovery, Stolen Asset Recovery Initiative*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, 2011.

ÓSCAR SOLÓRZANO

importantes, susceptibles de albergar capitales ilícitos, no han tipificado en su derecho interno ciertas infracciones consideradas lesivas de las libertades fundamentales (por ejemplo, el enriquecimiento ilícito).

Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta la casuística internacional en la materia, resulta problemático que sobre la base de esta cláusula los Estados víctima puedan pretender alguna cooperación del Estado requerido. Por otro lado, si seguimos la interpretación literal del texto de la cláusula que prevé la obligación de restitución “relativa”,³³ advertimos que el Estado víctima obtendrá el derecho a la restitución solo cuando “presente las pruebas razonables de su derecho de propiedad anterior”³⁴ a la comisión del delito, cualquiera que este fuere, según el catálogo de delitos de la CNUCC (cap. III). Esta formulación limita considerablemente su aplicación, ya que para que el Estado requerido pueda restituir los activos, este deberá estar “convencido” de la evidencia que la víctima le ofrece, sin que existan en la Convención otras disposiciones que limiten su poder de discreción o algún mecanismo que permita al Estado víctima influenciar el proceso de ejecución de su sentencia de decomiso en el Estado requerido (*exequatur*).³⁵

Otra debilidad de esta disposición consiste en la obligación hecha al Estado víctima de probar la propiedad anterior³⁶ de los

³³ Art. 57.3.b CNUCC.

³⁴ El adverbio anterior no existía en la formulación original de este artículo. Esta formulación, que no es otra cosa que una solución de compromiso, obedece a consideraciones políticas más que a criterios de política criminal y busca la adhesión de la mayor parte de Estados parte de la comunidad internacional, incluso con posiciones antagónicas bajo la regla de la unanimidad impuesta en la adopción de los textos convencionales, *cfr.* Jaggy, Bernard, “La Convention ONU: autopsie d'une négociation”, en Jaggy, B. (eds.), *Les traités internationaux contre la corruption: l'ONU, l'OCDE, Lausanne, Le Conseil de l'Europe et la Suisse*-Ed. Interuniversitaires Suisses-Edis, 2004 p. 48.

³⁵ Conviene precisar aquí que los procedimientos de *exequatur* se desarrollan exclusivamente entre las autoridades del Estado requerido y la defensa del criminal.

³⁶ La proposición de esta cláusula elaborada por la India no contenía el adverbio anterior, *cfr.* A/AC.261/L.229.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

activos, es decir, deberá probar, a satisfacción del Estado requerido, que los activos se encontraban en su esfera de poder en el momento de la comisión del delito.³⁷ Si el Estado víctima logra probar la anterioridad de su propiedad a la comisión del delito, nos encontramos en el escenario de la sustracción de fondos públicos; es decir, aquella que obliga al Estado requerido de manera absoluta, al menos teóricamente, a restituir los activos ilícitos. Difícilmente se aventuraría el Estado víctima a utilizar esta disposición para reclamar los activos que le pertenece cuando la vía de la obligación absoluta existe potencialmente. Es de constatar que la formulación final de esta disposición no constituye más que una declaración de intención y no una obligación jurídica concreta.

Por otro lado, en los casos de corrupción propiamente dicha (activa o pasiva), esta cláusula no es de ninguna utilidad, pues los activos que se han entregado en calidad de comisiones ilícitas (por ejemplo, cuando una empresa soborna a un servidor público para obtener una obra pública) no han pertenecido nunca al Estado;³⁸ por consiguiente, la obligación de probar la propiedad anterior del Estado víctima carece de todo sentido.

4. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS DE LA CORRUPCIÓN EN PERÚ

4.1. Primer acto: la restitución internacional de activos como resultado de los procesos penales en otros Estados

La primera restitución internacional se llevó a cabo en los primeros años consecutivos al final del gobierno del expresidente Fujimori. Suiza, Estados Unidos y las Islas Caimán restituyeron a Perú un monto aproximado de 180 millones de dólares, basado principalmente en las legislaciones internas de esos países a falta de base legal internacional. Los mecanismos utilizados difieren considerablemente y, a nuestro entender, constituyen opciones

³⁷ Trabajos preparatorios, *cfr. A/58/422/Add.1*, párr. 66.

³⁸ Guía legislativa para la aplicación..., *cit.*, p. 278.

ÓSCAR SOLÓRZANO

validas que los Estados deben contemplar cuando estén confrontados a situaciones similares. Estos mecanismos utilizan instituciones de carácter civil o administrativo y transacciones (extra) judiciales a través de la cooperación internacional en materia penal, que incluso hoy en día son susceptibles de ser utilizados para llevar adelante eficazmente los procesos de recuperación de activos.

A continuación describiremos brevemente las restituciones efectuadas por estos Estados a Perú, comentando brevemente sus elementos esenciales.

4.1.1. Suiza

Hacia octubre de 2000, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de Suiza³⁹ recibió Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) de los bancos del sistema financiero suizo, como consecuencia de las obligaciones de la ley suiza contra el lavado de activos.⁴⁰ El 5 de octubre, la Fiscalía del cantón de Zúrich descubrió las primeras cuentas relacionadas con Montesinos y otros altos oficiales de las Fuerzas Armadas peruanas. Este sería el inicio de una investigación por lavado de activos en Suiza contra Montesinos *et al.*, por haber vulnerado el sistema financiero helvético introduciendo activos de naturaleza ilícita, producto de los actos de corrupción ocurridos durante el régimen del expresidente Fujimori.⁴¹

Después de casi dos años de proceso penal, el juez de instrucción del IV Juzgado del Cantón de Zúrich ordenó, el 20 de agosto de 2002, la restitución de 77.5 millones de dólares a la cuenta del Banco de la Nación del Perú en el Citibank de Nueva York.⁴²

³⁹ Money Laundering Reporting Office Switzerland (MROS).

⁴⁰ Ley Suiza contra el Lavado de Dinero, AMLA, disponible en <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19970427/index.html>

⁴¹ Para un desarrollo completo, véase: Jorge, Guillermo *et al.*, “La experiencia de Perú: el caso «Fujimori-Montesinos»”, en Jorge, Guillermo (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

⁴² *Cfr.* Montesinos Case, *supra*.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

La investigación demostró que Montesinos había establecido un esquema de lavado de activos que utilizó estructuras jurídicas *offshore* panameñas, israelíes y otras, para trasferir las comisiones ilícitas que este negociaba con las empresas que contrataban con el Estado peruano. En las cuentas incautadas durante la investigación suiza, se pudo identificar al menos 32 contratos de distintas empresas postoras a contratos con el Estado peruano. Del monto total de estos contratos, 18% correspondían a Montesinos, en contrapartida con la influencia que este ejercía sobre los que tomaban las decisiones sobre la atribución de los contratos estatales. En realidad, durante el régimen del expresidente Fujimori se estableció un complejo sistema de defraudación del Estado, una verdadera empresa criminal donde existían roles y grupos determinados y cuyo jefe era Montesinos.

Este caso es particularmente interesante porque pone en evidencia distintos mecanismos previstos en el derecho nacional suizo y peruano, que permitieron una cooperación eficiente y relativamente rápida entre ambos Estados para restituir/recuperar los activos. No existiendo el marco jurídico internacional —la CNUCC entraría en vigencia en 2005—, los mecanismos de recuperación de activos utilizados en este caso pertenecen exclusivamente al derecho interno de ambos Estados, incluyendo el Tratado de Asistencia Judicial en Materia Penal entre Suiza y Perú, suscrito en 1997.⁴³

a. La cooperación espontánea

Según este mecanismo,⁴⁴ novedoso en esa época, Suiza pudo compartir de manera voluntaria y unilateral la información financiera que se obtuvo en la investigación por lavado de activos. Esta información consistió principalmente en documen-

⁴³ Tratado de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República del Perú y la Confederación Suiza, suscrito el 21 de abril de 1997 y ratificado mediante decreto supremo 025-97-RE, de 26 de junio de 1997.

⁴⁴ Cfr. Giroud-Roth, Sandrine y Moreillon, Laurent, “Restitution spontanée de fonds bloqués à des États défaillants: les cas Duvalier et Mobutu”, en *AJP/PJA*, núm. 3, 2009.

ÓSCAR SOLÓRZANO

tos bancarios que ayudaron a las autoridades peruanas a comprender el esquema de lavado y a identificar la titularidad de las cuentas abiertas en la banca extranjera, principalmente en Suiza, Panamá, Estados Unidos y el Gran Ducado de Luxemburgo.

El mecanismo de cooperación espontánea está previsto en el artículo 67, literal a de la ley suiza sobre asistencia mutua legal internacional⁴⁵ y constituye una recomendación que los Estados deberán considerar implementar según lo que dispone la CNUCC⁴⁶ (art. 46, párr. 4).

Es justo decir que el curso de la historia hubiera sido distinto sin la información inicial remitida al Perú por las autoridades helvéticas. Esta información le permitió a las autoridades peruanas mejorar la calidad de sus pedidos de cooperación internacional a Suiza y a otros Estados, para obtener información relevante que les permitió obtener condenas en el megaproceso denominado caso *Madre*. Por otro lado, basados en la información transferida a Perú, se pudieron identificar responsabilidades individuales que dieron origen a un gran número de procesos penales en Perú, varios de los cuales terminaron en acuerdos de colaboración entre la defensa y el sistema de justicia, lo que permitió identificar más cuentas en el extranjero y facilitó su repatriación a Perú mediante mecanismos facilitados y con el concurso de los titulares de las cuentas.

b. La colaboración eficaz

La colaboración eficaz está vigente en Perú desde 2000 y permite al Ministerio Público otorgar ciertos beneficios a una persona que ha cometido un delito cuando esta última brinda informa-

⁴⁵ Ley suiza sobre Asistencia Legal Internacional (IMAC), “Art. 67.a “Una autoridad [suiza] que procesa delitos puede, sin que se le solicite hacerlo, transmitir a una autoridad extranjera que enjuicie los delitos información o pruebas que haya reunido en el curso de su propia investigación, cuando determine que esta transmisión puede: a. permitir la apertura de un proceso penal, o b. facilitar una investigación penal en curso”.

⁴⁶ Guía legislativa para la aplicación..., *cit.*, p. 216.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

ción pertinente que contribuye sustancialmente al avance de la investigación. Si la acusación y la defensa llegan a un acuerdo, este debe ser validado por el juez, quien ejerce el control de las condiciones establecidas por la ley.⁴⁷

Sin el procedimiento especial que permite la colaboración eficaz, las investigaciones en Perú hubieran demorado mucho más, ya que el país no estaba preparado para enfrentar los retos y estándares que exige la cooperación internacional en materia penal para fines de investigación. En el contexto de la recuperación de activos, las sentencias de colaboración eficaz contenían en su mayoría la renunciación irrevocable a los derechos patrimoniales sobre las cuentas extranjeras.

Cabe señalar en particular al grupo que medió en la compra de aviones y pertrechos de guerra entre el Estado peruano y empresas extranjeras: “Los Judíos”, conformado por ciudadanos peruano-israelíes que, entendidos en el sistema financiero internacional, diseñaron el complejo esquema de lavado, constituyeron estructuras jurídicas *offshore* y abrieron cuentas en la banca extranjera en nombre y por cuenta de Montesinos. Este último y significativo hecho permitió repatriar todas las cuentas suizas que estaban a nombre de los integrantes del grupo “Los Judíos” desde Suiza y el Ducado de Luxemburgo. Como parte de la colaboración eficaz, “Los Judíos” entregaron los contratos y la documentación complementaria relativa a diversas adquisiciones de armamento y avituallamiento, lo que permitió comprender el sistema de sobrevaloración que luego derivó en comisiones ilícitas que terminaron en cuentas de Montesinos y de sus cómplices, altos oficiales de las Fuerzas Armadas peruanas y funcionarios de las empresas contratantes con Perú.

⁴⁷ Código Procesal Penal, art. 477.4 y 5: “4. Culminada la audiencia, el juez dentro de tercer día dictará, según sea el caso, un auto desaprobando el acuerdo o sentencia aprobándolo. Ambas resoluciones son susceptibles de recurso de apelación, de conocimiento de la Sala Penal Superior. [...] 5. Si el juez considera que el acuerdo no adolece de infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable, o no es evidente su falta de eficacia, lo aprobará e impondrá las obligaciones que correspondan. La sentencia no podrá exceder los términos del acuerdo [...].”

ÓSCAR SOLÓRZANO

c. Justicia negociada: waivers u órdenes de transferencia

Los *waivers* son órdenes de transferencia emitidas por los titulares de las cuentas dirigidas a las entidades financieras que las detienen. En ellas, el titular y/o beneficiario económico de las cuentas renuncia a sus derechos patrimoniales a favor del Estado peruano.

En el marco de la colaboración eficaz, los imputados reconocieron los hechos de la acusación. Tanto el grupo de “Los Judíos”, como el excomandante general del Ejército peruano reconocieron su responsabilidad en la comisión de los delitos. Una vez admitida su culpabilidad, se suscribieron las correspondientes órdenes de transferencia de los activos depositados en los bancos suizos, a través de las cartas de instrucciones conocidas como *waivers*. Este procedimiento novedoso en Perú fue puesto en conocimiento de los juzgados, cuyo rol consistió en garantizar que los acuerdos hubieran sido suscritos de manera voluntaria y con pleno respeto del debido proceso y de los derechos de la defensa.

Sobre la base de estas órdenes de transferencia, luego de ser evaluadas y aprobadas por las autoridades competentes de Suiza, a través de los mecanismos de la cooperación judicial internacional, se pudo transferir los activos a las cuentas abiertas con tal fin en el Banco de la Nación del Perú, en el Citibank de Nueva York. Este procedimiento permitió repatriar a Perú la suma de 28 millones de dólares, a tan solo 21 meses de iniciadas las investigaciones.

d. La restitución anticipada

El derecho suizo permite la restitución anticipada de los activos —es decir, sin que medie sentencia final y ejecutoria de decomiso en el Estado víctima— cuando el carácter ilícito de los activos depositados en Suiza es manifiesto.⁴⁸ Como regla general, las au-

⁴⁸ Véase Ley de Asistencia Mutua (IMAC), art. 74^a alinea 3: “La entrega puede de tener lugar en cualquier etapa del procedimiento en el extranjero, normalmente sobre la base de una decisión final y ejecutable del Estado requiriente”, decisión del Tribunal Federal Suizo, ATF 123 II 134 y ss, disponible

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

toridades suizas disponen de un gran poder de apreciación para determinar las condiciones de la restitución,⁴⁹ y esta puede intervenir en cualquier etapa del proceso penal en el Estado víctima, ya sea para fines de confiscación por el Estado o para indemnizar a las víctimas del crimen. El Estado requerido deberá tomar en cuenta los hechos particulares del caso concreto⁵⁰ y los resultados del proceso iniciado en su jurisdicción, así como lo actuado en el Estado requirente para fundar su convicción respecto del carácter ilícito de los activos.⁵¹

Las condiciones antes mencionadas fueron satisfechas en el caso de los activos de Montesinos depositados en bancos suizos. La información espontánea remitida en noviembre de 2000 (ver *supra* 4.1.1.a) permitió a las autoridades peruanas elaborar pedidos de asistencia mutua legal internacional, mismos que permitieron, a su vez, enviar a Suiza las informaciones (documentos y testimonios de los colaboradores eficaces) que las autoridades helvéticas necesitaban para determinar el carácter ilícito de los activos y, en ese contexto, se inició una colaboración binacional que permitió en última instancia restituir a Perú las cuentas de Montesinos, por un total de 49.5 millones de dólares.⁵²

4.1.2. Estados Unidos

La organización delictiva de Fujimori y Montesinos también tuvo operaciones ilícitas en Estados Unidos, a través de un grupo lide-

en <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19810037/index.html>

⁴⁹ Decisión del Tribunal Federal Suizo, ATF 123 II 595, cdo. 4e, pp. 605-606.

⁵⁰ Decisión del Tribunal Federal Suizo, *supra*, pp. 605-606.

⁵¹ Decisión del Tribunal Federal Suizo, ATF 131 II 169, codos. 7.2-7.6, pp. 177-182.

⁵² Las cuentas congeladas en Bancos Suizos fueron las siguientes: Bank Leumi le-Israel de Zúrich: cuenta 225 334 por un monto ascendente a 15'166,861 USD; cuenta 226 266 por un monto ascendente a 17 264 240 USD; Fibi Bank (Switzerland) Ltd. Zúrich: cuenta 16 485 por un monto ascendente a 13 492 989.49 USD; Banque CAI (Suisse) SA Zúrich (Canadian Imperial Bank of Commerce S.A.): cuenta 20 633 por un monto ascendente a 2 156 408 USD.

ÓSCAR SOLÓRZANO

rado por el empresario peruano Víctor Alberto Venero Garrido (en adelante Venero), conocido y confeso testaferro de Montesinos. Venero estuvo envuelto en un esquema de sobornos para defraudar al tesoro público y a la caja de pensiones del Ejército peruano y de la policía. En 1994, Venero utilizó los fondos de la caja de pensiones para comprar acciones que le garantizaran la mayoría decisional en una institución financiera peruana, la Financiera del Sur (FINSUR). Venero era el encargado de proponer proyectos de inversión para FINSUR que luego eran financiados por la caja de pensiones. Para tal efecto, Venero desarrolló sus actividades en el sector de la construcción e inmobiliario, donde controlaba incluso las empresas que ejecutaban las obras, además de los financieros y los que atribuían los contratos. Los proyectos eran sistemáticamente aprobados por el directorio de la caja de pensiones en intercambio de comisiones ilícitas. Venero sobrevaluaba los proyectos hasta en un 25%, generando ganancias ilícitas que luego eran transferidas a Estados Unidos a través de complejas redes de empresas *offshore* en Panamá y Suiza.

Por otro lado, Venero y FINSUR obtuvieron el aval del gobierno del expresidente Fujimori para mediar en la compra de aviones de guerra y pertrechos militares para el Ejército peruano. Los acuerdos colusorios que se firmaron con empresas extranjeras —bajo la supervisión y acuerdo de Montesinos— produjeron grandes cantidades de activos ilícitos que se lavaron a través de FINSUR, quien los transfería a distintas cuentas en Estados Unidos con la finalidad de ocultar su origen ilícito.

En enero de 2001, Venero fue arrestado en Miami como resultado de una alerta en el sistema antilavado de Estados Unidos y en ejecución de un pedido de detención con fines de extradición del Estado peruano. Durante la investigación por lavado de activos en Estados Unidos, el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) identificó varias cuentas relacionadas con Venero. La Fiscalía del distrito sur de Florida ordenó la incautación⁵³ de 17.3 millones de dólares de Venero y, finalmente, ordenó el decomiso de 15.9 millones de dólares más intereses. En el curso de la investigación, otras agencias de Estados Unidos decomisaron aproximadamente

⁵³ Cfr. Jorge, Guillermo, *La experiencia de Perú...* cit., p. 238.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

te 4.3 millones de dólares más intereses. El monto total de los activos ilícitos decomisados, a través de mecanismos confiscatorios de naturaleza civil en California y en Miami, fue de 20 277 618 de dólares.

a. Asistencia legal mutua

Inmediatamente después del arresto de Venero en Miami, las autoridades estadounidenses comunicaron a las autoridades peruanas los pormenores de su investigación por lavado de activos. La cooperación judicial internacional, basada en el tratado de cooperación entre Perú y Estados Unidos,⁵⁴ permitió la colaboración oportuna entre ambos gobiernos para compartir, en ambos sentidos, información relevante que permitió concluir las investigaciones por lavado de activos en Estados Unidos. Las cartas rogatorias remitidas por Perú brindaron evidencia sustancial que permitió a la Fiscalía estadounidense identificar el delito precedente al lavado de activos en Estados Unidos y, con ello, decomisar las cuentas de Venero.

En virtud del tratado, y utilizando los mecanismos de la cooperación judicial internacional en materia penal, Venero fue extraditado a Perú para enfrentar los cargos por corrupción en su contra. Finalmente, ambos Estados concluyeron un acuerdo binacional⁵⁵ de naturaleza política, que reconoce la importancia de la cooperación en materia penal para luchar contra los crímenes financieros internacionales y fija los lineamientos de la restitución de los fondos decomisados en su totalidad a Perú, por intermedio del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado (FEDADOI).

⁵⁴ Cfr. Stephenson, Kevin M. et al. (eds.), *Barriers to Asset Recovery, Stolen Asset Recovery Initiative...*, cit.

⁵⁵ El acuerdo fue firmado por el entonces Secretario de Estado Colin Powell y el Ministro de Relaciones Exteriores de Perú, Manuel Rodríguez, en presencia del presidente de Perú, Alejandro Toledo, en la Cumbre de las Américas de 2004. Cfr. *Digest of United States Practice in International Law*, 2004, pp. 140-141.

ÓSCAR SOLÓRZANO

b. Restitución sobre la base de la ley estadounidense de ayuda a las víctimas

El derecho y la práctica judicial permiten a la Fiscalía General estadounidense reparar a las víctimas del delito (Estados o personas físicas) restituyéndoles los activos —en su totalidad o en parte— decomisados en un proceso penal en Estados Unidos,⁵⁶ cuando estas pueden probar que han sufrido un daño como resultado del delito y han colaborado sustancialmente con la investigación en Estados Unidos.⁵⁷ La Fiscalía General de Estados Unidos, por otro lado, tiene el poder discrecional para restituir activos decomisados a las víctimas, incluyendo a gobiernos extranjeros. La misma discrecionalidad se aplica también a los casos en los cuales Estados Unidos ejecuta una orden de decomiso extranjera (*exequatur ruling*) como si hubiera sido emitida por un tribunal estadounidense.

En el caso concreto, como se ha mencionado, el Estado peruano brindó información sustancial que permitió a las autoridades concluir con los dos procesos de decomiso civil iniciados en Estados Unidos. En ese sentido, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, aprobó la restitución a Perú de 20 277 618.32

⁵⁶ La Sección 981 (a) (1) del U.S.C. que contiene tres subsecciones, establece el decomiso civil de (A) activos detectables o involucrados en violaciones al lavado de dinero; (B) ganancias e instrumentos de delitos de drogas extranjeros y otras actividades ilícitas especificadas, y (C) la propiedad que constituye, o deriva de, procede de ciertas infracciones de fraude bancario o cualquier otra actividad ilícita especificada. La sección 982 establece la confiscación criminal de propiedad involucrada o producto de delitos de lavado de dinero, *Cfr. Samuel, Linda, Repatriation obligations under the united nations convention against corruption*, p. 64, consulta 18 nov 2017, disponible en http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no65/RESOURCE-DivisionNo06.pdf,

⁵⁷ El Código de los Estados Unidos, sección 981 (i) (1), autoriza al Procurador General a transferir el producto del lavado de dinero y los instrumentos decomisados bajo 18 U.S.C. 981 y/o 982 a un país extranjero que participó directa o indirectamente en actos conducentes a la incautación y el decomiso de la propiedad. Stolen Asset Recovery Initiative, *Corruption cases database: Vladimiro Montesinos-Víctor Alberto Venero Garrido*, consulta 8 nov 2017, disponible en <http://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18596>

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

millones de dólares, como reconocimiento de la asistencia que Perú le brindó en la investigación por lavado de activos contra Venero. Los activos fueron reconocidos por el Departamento de Justicia, como el producto de un complejo esquema puesto en marcha por la organización de Montesinos para defraudar al Estado peruano, considerando a Perú como la víctima de los actos criminales de Montesinos *et al.*, y, bajo esa consideración, se le restituyeron los activos.

La base legal utilizada para efectuar la restitución bajo la legislación estadounidense fue el título 18 del Código de los Estados Unidos, Sección 981 (i) (1), que le otorga suficiente discrecionalidad al fiscal general para restituir activos de la corrupción y otro crímenes financieros a los Estados víctimas en circunstancias similares cuando los esquemas de lavado implican el abuso del sistema financiero o bursátil estadounidense.⁵⁸

4.1.3. Islas Caimán

Con la finalidad de describir el esquema fraudulento que utilizó la organización criminal de Montesinos, conviene situarse en la década de los noventa y en un contexto donde las regulaciones, ahora existentes, sobre lavado de activos eran prácticamente desconocidas en Perú, a pesar de haber ratificado algunos de los instrumentos internacionales que las implementan. Por su parte, las Islas Caimán se encontraban en aquella época incluidas en la lista del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre países y territorios no cooperativos⁵⁹ y no contaban con un sistema efectivo contra el lavado de activos. En la práctica, no existía en el sistema financiero de las Islas Caimán, el mandato

⁵⁸ Para mayor información, véase: Samuel, Linda, Repatriation obligations under the united nations convention..., *cit.*

⁵⁹ Son consideradas bajo esta denominación, las jurisdicciones con medidas débiles para combatir el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo. Para mayor detalle, ver relación de jurisdicciones en [*http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)*](http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)) Véase también [*http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/aboutthenon-cooperativecountriesandterritoriesncctinitiative.html*](http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/aboutthenon-cooperativecountriesandterritoriesncctinitiative.html)

ÓSCAR SOLÓRZANO

mínimo sobre identificación de los clientes (*Know Your Customer rule – KYC*) que entraría en vigencia hasta 2001.⁶⁰ Si las instituciones financieras identificaban a sus clientes, las autoridades de supervisión bancaria y financiera no podían legalmente acceder a dicha información y no existía obligación para que las instituciones financieras registraran las operaciones financieras realizadas. Por otra parte, las Islas Caimán carecían de un régimen obligatorio para el reporte de operaciones sospechosas (ROS).

Existieron dos tipos de activos ilícitos relacionados con Montesinos en las Islas Caimán. Los primeros concernían a un depósito de 44 millones de dólares en el banco Pacific Industrial Bank de Gran Caimán, relacionados con Víctor Venero, Juan Valencia y familiares del exministro de Defensa del régimen de Fujimori, el general Víctor Malca Villanueva. Los fondos en cuestión consistieron en el producto de los delitos contra la administración pública, en el caso de la caja de pensiones del Ejército antes mencionada, y se hicieron notorios en razón de la información compartida, vía cooperación judicial, por las autoridades de Estados Unidos.

La asistencia legal mutua entre Perú y las Islas Caimán fue infructuosa, en el sentido de que estas últimas no podían ejecutar los pedidos internacionales de incautación y levantamiento del secreto bancario mientras no existiera una investigación penal formal en el Estado requerido, lo que en ese entonces no era el caso. El pedido de incautación peruano fue convertido en una denuncia penal de oficio por lavado de activos; de esta manera, las autoridades no necesitaban esperar por una persecución penal *in personam* en Perú. Los fondos fueron finalmente incautados civilmente (*in rem*) en las Islas Caimán y restituidos a Perú a través de mecanismos de justicia negociada, según la cual los titulares de las cuentas retiraron los derechos de propiedad putativos sobre las mismas.

El segundo grupo de activos de las Islas Caimán, vinculados con Montesinos, fue descubierto en el Wiese Sudameris Bank International, una subsidiaria del Banco Wiese de Perú. Una investigación penal por lavado de activos contra el Wiese Sudameris Bank International en las Islas Caimán, iniciada en marzo de

⁶⁰ Cfr. cayman islands government: Enforcement of Judgments in Practice.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

2001, permitió a la Gran Corte de las Islas Caimán incautar 33 millones de dólares, depositados en cuentas de Montesinos *et al.*

La investigación penal demostró que el Wiese Sudameris Bank International ofrecía un producto destinado específicamente a aquellas personas que deseaban eludir los controles de las autoridades de regulación peruanas para poner a buen recaudo el dinero producto de la evasión fiscal o de actividades ilícitas. El Wiese Sudameris Bank Internacional tenía, en Banco Wiese Sudameris de Perú, una oficina a la que acudieron Montesinos y sus cómplices para efectuar depósitos en efectivo. Estos depósitos se anotaban en los registros contables y en los sistemas informáticos de la sucursal de Perú, como si hubieran sido efectuados en la sede de Gran Caimán.

Posteriormente, los responsables de dicha oficina procedían a efectuar transferencias electrónicas a una cuenta abierta en un banco correspondiente en Nueva York, mismo que procedía a comunicar el ingreso de los depósitos a la sede del banco en Gran Caimán y este los registraba contablemente como ingresos. Siguiendo instrucciones de este último, la sede del banco en Gran Caimán transfería dichos fondos al banco Wiese de Perú en una operación denominada de “adeudo”. Según este esquema, los fondos fueron en apariencia transferidos desde Perú a las Islas Caimán, al mismo tiempo que el banco en Perú prestaba del banco de las Islas Caimán un monto idéntico que servía como garantía a los préstamos solicitados por los clientes del banco en Perú.

Según el sistema de lavado antes descrito, el dinero nunca salía físicamente de Perú. El análisis financiero y las delaciones, producto de los procedimientos de colaboración eficaz, puso al descubierto el esquema de lavado utilizado por la organización criminal de Montesinos. Acto seguido, las autoridades peruanas desistieron del pedido de incautación de los activos iniciados, vía la asistencia legal mutua, ante las autoridades judiciales de las Islas Caimán. Al mismo tiempo, se solicitó a la Judicatura de Perú que comprendiera en los procesos judiciales a los funcionarios del banco peruano y que dictase una orden de incautación para que el banco último pusiera los activos a disposición del Juzgado, quien, a su vez, los transfirió al FEDADOI. Cabe señalar que no existen registros sobre un posible decomiso de los fondos, lo que

ÓSCAR SOLÓRZANO

hace suponer que las autoridades peruanas de esa época consideraron la medida de incautación como suficiente para que los fondos volvieran a ser asignados al tesoro público.

4.2. Segundo acto: Los esfuerzos realizados en el sistema de justicia de Perú

El viernes 15 de septiembre de 2013, una delegación encabezada por el entonces procurador anticorrupción de Perú y el embajador de Perú en Suiza, visitaron el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés) del Basel Institute on Governance⁶¹, con la finalidad de solicitar apoyo para diseñar las estrategias con miras a recuperar las cuentas vinculadas con la organización de Fujimori-Montesinos que se encontraban incautadas en Suiza desde inicios de 2000, y otras dos cuentas incautadas en el Gran Ducado de Luxemburgo, cuyos titulares eran dos integrantes del grupo “Los Judíos” y cuyo beneficiario económico, es decir, el verdadero propietario de los activos, era Montesinos.

Después de que Suiza repatriara los activos en 2002 (véase *supra* 4.1.1), quedaron cinco cuentas bloqueadas en los bancos suizos para las cuales se les solicitó a las autoridades peruanas que obtuviesen sentencias finales de decomiso en el sistema judicial de Perú, que serían luego ejecutadas en Suiza por vía del procedimiento de *exequatur*. Por distintos motivos, estas sentencias finales y ejecutorias de decomiso no pudieron ser obtenidas en la Judicatura de Perú. Una de las principales razones fue sin duda que Perú no contaba con una ley que permitiese el decomiso sin condena, dada la imposibilidad de principio impuesta por la Constitución de Perú respecto de los juicios *in absentia*, y teniendo en cuenta que los titulares de las cinco cuentas incautadas en Suiza se encontraban prófugos y fuera del país. En ese contexto, fue imposible para las autoridades peruanas obtener sentencias condenatorias *in personam* para luego, como una consecuencia, accesoria a la pena, según el derecho penal peruano, ordenar los decomisos penales de las cuentas antes mencionadas.

⁶¹ www.baselgovernance.org.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

Hacia mediados de 2012, durante el gobierno del expresidente Ollanta Humala,⁶² entró en vigor en Perú la “Ley de Pérdida de Dominio”, que permite el decomiso sin condena de los activos ilícitos cuando el decomiso penal por razones de naturaleza procesal no puede ser obtenido en un proceso penal ordinario. Sobre la base de esta legislación innovadora se iniciaron los esfuerzos de las autoridades peruanas para recuperar los activos de la corrupción de Montesinos, que a continuación comentaremos brevemente.

4.2.1. Suiza: caso Khozyainov y caso Ananev

La estrategia planteada por ICAR para recuperar las cinco cuentas incautadas en Suiza, contemplaba la aplicación de la Ley de Pérdida de Dominio a las cuentas relacionadas con los funcionarios rusos Yuri Khozyainov y Evgeny Ananev, vicedirector y director, respectivamente, de la compañía estatal rusa Rosvoo-ruzheine y exagentes de la KGB rusa. Se consideró oportuno iniciar la recuperación de estas cuentas en razón a la aparente claridad respecto de los hechos y la ruta del dinero, y porque los activos ilícitos incautados en Suiza provenían exclusivamente de un contrato colusorio suscrito entre el Estado peruano y la compañía rusa. La práctica probaría que la afirmación inicial fue parcialmente correcta, pues surgirían otros problemas ligados a la cooperación internacional y otros relacionados con la aplicación de la nueva ley en Perú.

El contrato en cuestión tenía como objeto la adquisición por parte del Estado peruano de tres aviones MIG 29-SE por el precio total de 117 388 118.78 USD y la adquisición de material para la explotación y mantenimiento de las aviones de guerra de fabricación rusa para el Ministerio de Defensa peruano. Conforme a la sentencia anticipada —una suerte de acuerdo judicial que implica la aceptación de los hechos materia de investigación contra una mejora de la pena— recaída contra Montesinos por el delito de colusión, quedó acreditado que, en el contexto del contrato

⁶² 2011-2016.

ÓSCAR SOLÓRZANO

colusorio para la adquisición de los aviones, se realizaron pagos ilícitos por la suma de 35.4 millones de dólares, los cuales fueron repartidos entre los funcionarios peruanos y los representantes de la compañía estatal rusa Rosvooruzheine, Yuri Khozyainov y Evgeny Ananev.

El esquema para defraudar al Estado peruano comprendía la obtención de recursos públicos a través de decretos de urgencia firmados por el expresidente Fujimori bajo el pretexto de la guerra con Ecuador. Luego, con la connivencia de altos mandos del Ejército y de los funcionarios de las empresas postoras, así como los grupos organizados por Montesinos, se ejecutaban los pagos a través de empresas *offshore* en la banca extranjera.

El Estado peruano realizó los pagos previstos en el contrato colusorio desde el Banco de la Nación del Perú a la cuenta de la compañía estatal rusa en Moscú. También como parte del acuerdo colusorio, esta compañía transfirió la parte correspondiente a las comisiones ilícitas pactadas a dos *offshore* relacionadas al grupo “Los Judíos” –y que controlaba Montesinos en última instancia— en el Fibi Bank y en el Bank Leumi Le Israelen Zúrich.⁶³ Posteriormente, ambas empresas realizaron dos transferencias de 3 y 2 millones de dólares, respectivamente, a una cuenta del Banco Adamas, S.A., a nombre de la *offshore* Scaurus, A.G., cuyo beneficiario económico era la pareja sentimental de Evgeny Ananev, Olga Beltzova. Finalmente, desde la cuenta de Scaurus, A.G. se realizó una transferencia por un monto de 5 millones de dólares a la cuenta número 205.067 del Bipelle Bank de Lugano, aperturada el 6 de mayo de 1999 y cuyo beneficiario económico era Evgeny Ananev.

La *offshore* Lenwick Trading Ltd., controlada también por Montesinos, realizó una transferencia de 708 459 USD a la cuenta Picture, abierta el 11 de mayo de 1999, en el Credit Lyonnais, S.A. de Zúrich, cuyo titular era Yuri Khozyainov, como lo indica el documento de recepción del dinero de fecha 4 de junio de 1999, que fuera remitido a Perú por las autoridades suizas

⁶³ Las *offshore* fueron: Lenwick Trading Ltd. (cuenta 16430, abierta el 18 de junio de 1998) y Hawkeye Management Ltd. (cuenta 225.334, abierta el 8 de julio de 1998).

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

a través de la cooperación judicial en materia penal (*reception Swift*).

Tanto la cuenta de Yuri Khozyainov como la de Evgeny Ananев fueron bloqueadas en Suiza el 8 de octubre de 2002, en el marco de la investigación seguida por las autoridades helvéticas contra Montesinos por el delito de lavado de activos.

a. La acción de pérdida de dominio

La acción de pérdida de dominio⁶⁴ evoca la posibilidad de declarar la ruptura del nexo de propiedad que une el activo con su propietario putativo. La idea central de esta acción consiste en declarar, mediante un proceso que respeta las garantías procedurales y el derecho a la defensa, que la propiedad en cuestión nunca se consolidó, ya que fue ilegalmente obtenida. En otras palabras, que los activos no fueron obtenidos a través de uno de los mecanismos legales clásicos del derecho civil respecto de la adquisición de la propiedad y que, por tanto, la propiedad equívoca que sostiene su detentor no merece la protección estatal.

El mecanismo de recuperación de ambas cuentas planteado por las autoridades peruanas fue la interposición de sendas demandas de pérdida de dominio en el sistema judicial peruano, mismas que fueron declaradas consentidas por las autoridades judiciales peruanas en 2015, en un proceso de dos instancias que respetó escrupulosamente las garantías del debido proceso y los derechos de la defensa.

b. Exequatur de las sentencias peruanas de pérdida de dominio en Suiza

A través de la cooperación judicial internacional en materia penal, Perú solicitó a las autoridades competentes de la Confederación Helvética dar ejecución, vía el procedimiento de *exequatur*

⁶⁴ Decreto legislativo 1104 que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, adoptado el 18 de abril de 2012.

ÓSCAR SOLÓRZANO

en su jurisdicción, a las sentencias por pérdida de dominio peruanas a favor del Estado peruano.

El procedimiento de *exequatur* significó diversas reuniones de trabajo entre las autoridades peruanas y suizas para verificar que la nueva ley de pérdida de dominio fuese compatible con el derecho suizo. En 2013, mientras los procesos se encontraban en curso en Perú, Khozyainov intentó una acción legal para desbloquear su cuenta en Suiza. En febrero de 2014, el Tribunal Penal Federal de Suiza declaró infundado el pedido de Khozyainov y, en un *obiter dictum*, consideró que la ley de pérdida de dominio peruana “parecía compatible en principio” con el derecho suizo y que las autoridades de la confederación debían esperar el resultado de los procesos en Perú.⁶⁵

En 2015, los tribunales peruanos declararon fundadas las dos pérdidas de dominio en los casos *Khozyainoz* y *Ananev*; acto seguido, ambas sentencias fueron remitidas a Suiza para su ejecución. En el caso de Evgeny Ananev, la Fiscalía del cantón de Zúrich ordenó, el 21 de junio de 2016, el decomiso y la subsiguiente repatriación de los activos, considerando al Estado peruano como víctima de los graves actos de corrupción ocurridos durante el régimen del expresidente Fujimori. Ananev no apeló esta decisión, por lo que, 30 días después según los plazos procesales de la ley suiza, la resolución quedó consentida y los activos expeditos para ser devueltos a su propietario original, el Estado peruano.

En el caso *Khozyainov*, la Fiscalía de Zúrich consideró —de manera idéntica al caso *Ananev*— que los activos debían ser repatriados a Perú. Sin embargo, su defensa presentó una apelación ante el Tribunal Penal Federal suizo, mismo que resolvió, el 30 de enero de 2017, ratificar la decisión de la Fiscalía de Zúrich y con ello la devolución íntegra de los activos a Perú.

Esta sentencia simboliza un logro transcendental en el camino para la recuperación de los fondos sustraídos al Estado peruano, pues constituye la primera ocasión en que Perú ejecuta

⁶⁵ Decisión del Tribunal Penal Federal Suizo, 11 de febrero 2014, ATFP RR.2013.164.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

un decomiso (sin condena) fundado sobre la acción de pérdida de dominio en el extranjero. Por otro lado, cabe señalar que un Estado de derecho, como Suiza, reconoce como compatible a su derecho interno la ley de pérdida de dominio y la manera como se ha llevado el proceso en Perú, cumpliendo con las garantías del debido proceso para el decomiso de los activos. Mientras escribimos estas líneas, las autoridades suizas y peruanas llevan a cabo discusiones al más alto nivel político para definir las modalidades de la restitución de los activos a Perú.⁶⁶

4.2.2. *Gran Ducado de Luxemburgo: Las últimas cuentas conocidas de Montesinos*

En el año 2001/2002, en el contexto de las investigaciones penales seguidas en Suiza contra la organización criminal de Montesinos en el “Complejo Montesinos”, como se le conoce al caso en Suiza, la jueza de instrucción del cantón de Zúrich identificó la ruta del dinero de pagos ilícitos resultantes de diversos contratos relacionados con Perú y las *offshore* utilizadas por la organización criminal de Montesinos. En ese contexto, se identificaron dos *offshore* que recibieron estos activos ilícitos en el Gran Ducado de Luxemburgo: *The Blue Ridge Trust* y *The Hudson Trust*. La magistrada suiza ordenó incautar las cuentas mencionadas mediante carta rogatoria enviada al Gran Ducado de Luxemburgo y la remisión de la documentación bancaria de esas empresas *offshore*. La jueza de instrucción del Tribunal de Distrito del Gran Ducado Luxemburgo, con fecha 6 de abril de 2002, ordenó la incautación de los haberes encontrados en las cuentas antes mencionadas. Fue de esta manera que se descubrió que los titulares de las cuentas eran dos de los integrantes del grupo “Los Judíos” y que el beneficiario económico era el mismo Montesinos.

Una vez realizada esta fase preliminar de la investigación por lavado de activos en Suiza, esta se sobreseyó y la incautación de las cuentas de Luxemburgo fue retomada por las autoridades ju-

⁶⁶ <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/conforman-grupo-de-trabajo-multisectorial-encargado-de-la-re-resolucion-suprema-n-120-2017-re-1511444-16/>

ÓSCAR SOLÓRZANO

diciales de Perú vía la cooperación judicial internacional con el Gran Ducado de Luxemburgo. Cabe mencionar que, aparte de las cuentas identificadas en Suiza y repatriadas a Perú en 2002, estas son las últimas cuentas de Montesinos conocidas en el sistema financiero internacional.

El análisis financiero de los documentos bancarios vinculados a estas cuentas ha permitido corroborar, como ya se ha mencionado, que las mismas recibieron ingentes cantidades de dinero provenientes de distintas actividades ilícitas de la organización criminal de Montesinos. Según lo manifestado por los colaboradores eficaces (los miembros del grupo “Los Judíos”), estas cuentas servían como fondo de contingencia para financiar la tercera campaña presidencial (anticonstitucional) del expresidente Fujimori.

Las acciones para la repatriación de los activos ubicado en las cuentas de Luxemburgo estuvieron paralizadas durante aproximadamente 10 años por distintos motivos. Finalmente, el 21 de agosto de 2012, las autoridades peruanas solicitaron la repatriación de los fondos basándose en las sentencias de colaboración eficaz del grupo “Los Judíos” que, como se ha mencionado, eran los titulares de las cuentas. La Autoridad Central⁶⁷ de este país observó el pedido efectuado, en razón de que este debería fundarse sobre una sentencia final de decomiso penal contra Montesinos, que era el beneficiario económico de las cuentas.

Es en este punto donde empiezan las primeras dificultades para recuperar los activos de ese país. Por un lado, la aplicación de la ley perdida de dominio quedó descartada porque el Gran Ducado de Luxemburgo no reconoce los decomisos sin condena (o pérdida de dominio) extranjeros, ya que no existe la posibilidad de decomisar bajo esta tipología de decomiso en su sistema jurídico interno. Por otro lado, porque no existía ningún juicio en curso contra Montesinos dentro del cual se pueda incluir el decomiso penal de las cuentas.

⁶⁷ Las autoridades centrales son las únicas entidades de los Estados encargadas de recibir los pedidos de cooperación judicial internacional. Tanto en Perú como en el Gran Ducado de Luxemburgo, la autoridad central es el Ministerio Público de ambos Estados.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

En 2014, con miras a solucionar este problema de naturaleza procesal, la Procuraduría Anticorrupción del Perú presentó un pedido de aclaración de sentencia en el denominado caso *Madre* en Perú, dentro del cual se habían identificado las cuentas de Montesinos; pero por razones que escapan al análisis jurídico y al contenido de esta presentación, no se decomisaron oportunamente. Los tribunales en Perú rechazaron este pedido por extemporaneidad —el tiempo transcurrido entre la sentencia final contra Montesinos no permitía una aclaración de sentencia— pero consideraron que procedía el decomiso penal, pues en el dispositivo de la sentencia condenatoria contra Montesinos, además de condenarlo a 10 años de prisión efectiva y al pago de 150 millones de soles peruanos, se le ordenó a Montesinos devolver “todo lo ilícitamente adquirido”. El Tribunal consideró que esta formulación justificaba que se aperturara un proceso complementario en el caso contra Montesinos para que la Fiscalía peruana pudiese, mediante una investigación complementaria, probar que los activos incautados en el Gran Ducado de Luxemburgo tenían carácter ilícito y, por consiguiente, se ordenase su decomiso y subsiguiente repatriación a Perú.

Así, el 30 de abril de 2015, el juez de ejecución de Lima emitió la resolución de decomiso penal y corroboró la relación existente de las cuentas con dos procesos penales seguidos contra Montesinos *et al.*, el caso *Madre*, el caso *MIG-29*, y los procesos de colaboración eficaz de los ciudadanos israelíes Rony Lerner e Ilan Weil Levy, integrantes del grupo “Los Judíos” y titulares de las cuentas de Luxemburgo.

Tanto en la mencionada resolución del Juzgado de Ejecución como en la sentencia expedida por la Primera Sala Penal Liquidadora (este juicio complementario se llevaría en dos instancias para respetar el principio de la doble instancia), se logró constatar el carácter ilícito de los activos de las cuentas de Montesinos, considerándolos como el resultado de las comisiones ilícitas resultantes de diversos contratos colusorios celebrados entre empresas extranjeras y el Estado peruano.

Una vez obtenida la resolución de 30 de abril de 2015, se inició una intensa colaboración con el Gran Ducado de Luxemburgo para ejecutar la sentencia, final y ejecutoria, de decomiso

ÓSCAR SOLÓRZANO

peruana en esa jurisdicción. El procedimiento de *exequatur* se inició en 2015, casi inmediatamente después de que la sentencia de decomiso penal fuera obtenida. Mediante decisión de 9 de junio de 2016, las autoridades del Gran Ducado de Luxemburgo resolvieron a favor del Estado peruano, ordenando la ejecución del decomiso en Luxemburgo y transfiriendo los activos a la caja del Estado de ese país en espera de encontrar una solución con Perú respecto de la afectación de los fondos, según dispone el derecho de ese país, y en espera de que la decisión de Luxemburgo adquiriera fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, la defensa legal de Montesinos apeló la decisión y se llevó el caso al Tribunal de apelaciones, quien vería el caso en segunda instancia.

El 4 de abril de 2017, el Tribunal de Apelaciones de Luxemburgo falló confirmando la sentencia de primera instancia. Notificadas las partes procesales de esta resolución confirmatoria, la defensa de Montesinos comunicó, vía fax, que se desistía de apelar la resolución de la Judicatura de Luxemburgo. Sin embargo, la historia no se termina con el desistimiento. En mayo de 2017, Montesinos interpuso un recurso de casación, dando como resultado que la Fiscalía de la Nación lograra la repatriación de 15 millones de dólares bloqueados en dos cuentas a su nombre, luego de que el Tribunal de Casación de Luxemburgo rechazara el recurso de casación interpuesto.⁶⁸

Como se advertirá, luego de 15 años, las autoridades continúan en el esfuerzo de recuperar los activos sustraídos al Estado peruano durante el gobierno del expresidente Fujimori, restitución que se ha visto facilitada gracias a la asistencia y cooperación entre los países y la gran proactividad y creatividad de los operadores de justicia en los países intervenientes.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Los casos aquí presentados nos dejan por lo menos dos lecciones aprendidas que podrían ser de utilidad para los Estados

⁶⁸ Disponible en <http://larepublica.pe/politica/1150214-fiscalia-repatrio-us-15-millones-a-nombre-de-montesinos>

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

que buscan recuperar los activos sustraídos a sus tesoros públicos. Primero, si bien es cierto que tener una legislación moderna y adecuada ayuda a los objetivos de la recuperación, la ausencia de esta no debería significar la parálisis de los esfuerzos por recuperar los activos malversados. Como lo demuestran los casos llevados adelante por el sistema de justicia de Perú, es posible encontrar soluciones creativas que se alejan del enfoque penal tradicional cuando las voluntades políticas se encuentran con las capacidades técnicas en los Estados requerido y requirente.

También se debe constatar que el marco jurídico internacional resulta exiguo para llevar adelante, exclusivamente sobre esta base, un proceso de recuperación de activos sin el complemento de una legislación adecuada en el Estado víctima (y el Estado requerido) que permita a recuperación de los activos respetando las garantías fundamentales y los derechos de la defensa. Este último punto es particularmente importante en el contexto de la cooperación internacional en materia penal, en el cual los Estados requeridos, si bien no tienen competencia para pronunciarse sobre el fondo de los procedimientos llevados en los Estados víctima, sí tienen todo el derecho —y el deber— de corroborar que las sentencias extranjeras que se ejecutan en su jurisdicción respeten las garantías procesales que el Estado de derecho impone.

Por otro lado, como se deduce claramente de los procedimientos iniciados más recientemente en el sistema judicial de Perú, es fundamental contar con herramientas jurídicas que faciliten la recuperación de los activos a través de procedimientos simplificados *in rem* (en oposición a los decomisos penales *in personam*). Estos mecanismos revisten distintas formas y diferentes tipologías que se adecuan a los sistemas jurídicos de los diferentes Estados en los que se adoptan, pero por lo general no implican un juicio contra el criminal, sino que dirigen la acción confiscatoria contra el objeto (decomiso sin condena).

La acción de pérdida de dominio, tal y como se ha concebido en el sistema judicial de Perú, ha sido considerada como una ac-

ÓSCAR SOLÓRZANO

ción que respeta las garantías del debido proceso y se augura que su aplicación conocerá una expansión considerable en los próximos años para despojar a los infractores del patrimonio criminal que les procura la comisión de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

ANYANGO Oduor, Jacinta *et al.*, “Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery”, The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, Washington, 2014.

ATKINSON, Phyllis, “Introduction”, en Pieth, M. (ed.), *Tracing stolen assets. A practitioner’s handbook*, Basilea, International Centre for Asset Recovery-Basel Institute on Governance, 2009.

BALMELLI, Tiziano, “La restitution internationale des avoirs acquis par la corruption: de l’obligation morale à l’obligation juridique”, en Balmelli, Tiziano y Jaggy, B. (eds.), *Les traités internationaux contre la corruption: l’ONU, l’OCDE*, Lausana, Le Conseil de l’Europe et la Suisse-Ed. Interuniversitaires Suisses-Edis, 2004.

BRUN, JEAN-Pierre *et al.*, *Manual para la recuperación de activos: una guía orientada a los profesionales*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, 2013.

CASSANI, Ursula, “La lutte contre la corruption: vouloir, c’est pouvoir”, en Cassani, Ursula *et al.* (ed.), *La lutte contre la corruption: vouloir, c’est pouvoir: The never ending story*, Génova, Schulthess, 2011.

—, “Nuances de gris: la politique criminelle suisse en matière de blanchiment de fraude fiscale”, en *Archives de Politique Criminelle*, núm. 39, 2017.

GIROUD-ROTH, Sandrine y Moreillon, Laurent, “Restitution spontanée de fonds bloqués à des États défaillants: les cas Duvalier et Mobutu”, en *AJP/PJA*, núm. 3, 2009.

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

- HARARI, Maurice, “Remise internationale d’objets et de valeurs: réflexions à l’occasion de la modification de l’EIMP/Etudes en l’honneur de Dominique Poncet”, Génova, 1977.
- , “Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption?”, en Cassani, U. y Héritier Lachat, A. (eds.), *Lutte contre la corruption internationale: the never ending story*, Zúrich, Schulthess, 2011.
- HOFMEYR, Willie, “Navigating between Mutual Legal Assistance and Confiscation Systems”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Berna, Peter Lang Publishing, 2008.
- IVORY, RADHA, “Asset Recovery in Four Dimensions: Returning Wealth to Victim Countries as a Challenge for Global Governance”, en Ligeti, Katalin y Simonato, Michele (eds.), *Chasing criminal money: Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oregon, Hart Publishing, 2017.
- JORGE, Guillermo *et al.*, “La experiencia de Perú: el caso «Fujimori-Montesinos”, en Jorge, Guillermo (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- LIGETI, Katalin y Simonato, Michele (eds.), “Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction”, en *Chasing criminal money: Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oregon, Hart Publishing, 2017.
- NICHOLLS, Colin *et al.*, *Corruption and misuse of public office*”, 2^a ed., Oxford, OUP, 2011.
- QUIROZ, Alonso, “Costos históricos de la corrupción en el Perú”, en Portocarrero, Felipe (ed.), *El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales, 2005.
- STEPHENSON, Kevin M. *et al.* (eds.), *Barriers to Asset Recovery, Stolen Asset Recovery Initiative*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, 2011.
- ZIMMERMANN, Robert, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^a ed., Berna, Stämpfli, 2009.

ÓSCAR SOLÓRZANO

Fuentes digitales

CARR, Indira y GOLDBY, Miriam, “Recovering the proceeds of corruption: UNCAC and Anti-Money laundering standards, consulta 8 nov 2017, disponible en <http://lawlib.wlu.edu/CLJC/index.aspx?mainid=924&issuedate=2011-04-26>

Low Lucinda, The United Nations Convention Against Corruption: The Globalization of Anticorruption Standards, Paper prepared for a Conference of the International Bar Association, International Chamber of Commerce Organization for Economic Cooperation and Development “The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement”, Londres, 4-5 may 2006.

Federal Act on Combating Money Laundering and Terrorist Financing -Anti-Money Laundering Act, AMLA de octubre de 1997, disponible en <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19970427/index.html>

Federal Department of Justice and Police, *Montesinos case*: Switzerland transfers 77 million US dollars to Peru, consulta 7 nov 2017, disponible en https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/aktuell/news/2002/ref_2002-08-20.html

GAFI, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, Las Recomendaciones del GAFI, París, 2012, consulta 7 nov 2017, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

_____, Review to identify non-cooperative countries or territories: increasing the worldwide effectiveness of anti-money laundering measures, consulta 8 nov 2017, disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2000%202001%20NCCT%20ENG.pdf>

Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas contra la Delincuencia, División de Tratados, 2007.

OCDE, Behind the corporate veil, using corporate entities for illicit purposes, París, 2001, consulta 8 nov 2017, disponible en

La recuperación de activos de la corrupción en Perú

<http://www.oecd.org/daf/ca/behindthecorporateveilusingcorporateentitiesforillicitpurposes.htm>

SAMUEL, Linda, Repatriation obligations under the united nations convention against corruption, consulta 18 nov 2017, disponible en *http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no65/RESOURCE-DivisionNo06.pdf*

Stolen Asset Recovery Initiative, Corruption cases database: Vladimiro Montesinos-Víctor Alberto Venero Garrido, consulta 8 nov 2017, disponible en *<http://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18596>*

Stolen Asset Recovery Initiative, Corruption cases database: Vladimiro Montesinos (Cayman Islands), consulta 8 nov 2017, disponible en *<http://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18596>*

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos

Mariela Morales Antoniazzi

En marzo de 2018, en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (DADH) y del artículo 18 de su Estatuto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó la Resolución 1/18 sobre Derechos Humanos y Corrupción,¹ poniendo de relieve este vínculo,² destacando ciertos ejes fundamentales y formulando recomendaciones para abordar el fenómeno desde el enfoque de derechos humanos, entendidos bajo el principio de la integralidad —derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—. Además, su nexo con el desarrollo sostenible es incuestionable.³

¹ CIDH, Corrupción y derechos humanos, resolución 1/18, marzo 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

² Ya desde 2017 la Comisión Interamericana había publicado la resolución 1/17 sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, señalando que: “La lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos”.

³ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, objetivo 16: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

El propósito de este análisis es esbozar una lectura de ciertos estándares definidos por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos para combatir la corrupción, en el marco de la democracia, el Estado de derecho y la garantía de los derechos. Se trata meramente de ofrecer una reconstrucción, no exhaustiva sino enunciativa, de estándares establecidos en la última década.⁴ Por tanto, no hay un desarrollo doctrinario sino un acopio de los mismos. Esta recopilación se basa en una aproximación al problema de la corrupción y la falta de institucionalidad democrática desde la perspectiva del concepto del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) que describe la tendencia original de la región hacia un constitucionalismo transformador, con énfasis en la vertiente de los derechos.⁵

En este trabajo se abordan tres cuestiones centrales:⁶ en primer lugar se alude a la contextualización de la corrupción como fenómeno estructural enraizado en la falta de institucionalidad democrática, la impunidad y la exclusión; seguidamente se sistematiza el impacto de la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos acudiendo a la trayectoria de los estándares interamericanos y, por último, se concluye con las convergencias para atender la relación entre corrupción y derechos humanos en el constitucionalismo contemporáneo.

a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”, disponible en <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible/objetivos-desarrollo-sostenible-ods>

⁴ Este texto se basa en la ponencia presentada en el XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, febrero de 2017, disponible en <http://www.iberoconstitucional2017.unam.mx/programa/>

⁵ Véase <http://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-constitutionale-commune.cfm>

⁶ Vale la pena aclarar que no aludiré a las implicaciones emergentes del nuevo escenario global a partir de la Presidencia de Donald Trump en Estados Unidos y que arroja elementos exógenos que incidirán en la lucha contra la corrupción, ni tampoco haré un análisis de casos como los *Papeles de Panamá* o el caso *Odebrecht*, que se identifica con el cólera y que en los medios de comunicación se describe como un antes y un después en tanto involucra a distintas corrientes políticas.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

1. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN

La corrupción ocurre a nivel global. Las últimas cifras ofrecidas por el Banco Mundial son dramáticas, pues al año se pagan 1.500 millones de dólares en sobornos.⁷ En el contexto latinoamericano, al hilo conductor del *Ius Constitutionale Commune*, se enlaza la falta de institucionalidad con la corrupción y con la exclusión. La falta de institucionalidad se exemplifica como “la falta de diferenciación entre un cargo público y su titular”, siendo la corrupción “una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroa el Estado de derecho.”⁸ En muchos países de América Latina, el poder es utilizado para el enriquecimiento personal o para promover intereses que corresponden a un solo grupo social.⁹ La percepción de corrupción en toda la región es alta e impacta fuertemente sobre la aceptación de la democracia como una forma deseable de gobierno. A la pregunta del Latinobarómetro de 2017 sobre “si la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno”, el promedio regional es de 53% de personas a favor.¹⁰ En algunos países, los ciudadanos deben lidiar frecuentemente con la corrupción, no solo por la existencia de un escándalo abstracto que involucra a las altas esferas del gobierno, sino como un hecho que forma parte de la cotidianidad de sus propias vidas. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) justamente vincula la reducción de la pobreza y la desigualdad en la región con la lucha contra la corrupción y la implantación de una mayor transparencia.¹¹

⁷ Véase www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption

⁸ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50, p. 22.

⁹ Fuchs, Marie-Christine, “A Shadow of the Past? Latin America’s Fight against Corruption”, en *KAS International Reports*, núm. 3, 2017, pp. 72 y ss.

¹⁰ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2017*, p.11, disponible en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>

¹¹ Yamada, Gustavo, “Reducción de la pobreza y fortalecimiento del capital social y la participación: La acción reciente del Banco Interamericano de Desarrollo”, 2001, p. 5, disponible en <https://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/3/7903/yamada.pdf>

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

Como apunta Warren, citado por Claudio Nash, se trata de una exclusión engañoso que se distingue por un doble estándar, en tanto en el dominio público se sostienen normas democráticas de inclusión, pero a la vez se excluye en forma oculta al procurarse beneficios individuales en contra de los colectivos.¹² Esto significa que corrupción, falta de institucionalidad democrática y exclusión van de la mano, problemas que enfrenta el *Ius Constitutionale Commune*. Según la CIDH, “Las amenazas a la seguridad ciudadana son múltiples y cuando se habla de problemas de seguridad ciudadana usualmente se está frente a una situación en la que el Estado no cumple, total o parcialmente, con su función de brindar protección ante el crimen y la violencia social, lo que significa una grave interrupción de la relación básica entre gobernantes y gobernados. Según el citado informe del PNUD,¹³ puede mencionarse, además del delito y la violencia, el delito callejero, la violencia y el crimen ejercidos en contra y por los jóvenes, la violencia de género, la corrupción, la violencia ilegal por parte de actores estatales y la delincuencia organizada. Todas estas amenazas, según el PNUD, tienen una presencia generalizada en la región e impactan negativamente el desarrollo humano de los latinoamericanos”¹⁴

A fin de puntualizar los rasgos de la corrupción que giran en esa tríada, es propicio tomar como punto de partida la clarificación de Katja Fach Gómez en cuanto a los factores endógenos y exógenos¹⁵ e identificar cinco elementos que definen el panorama en la región:

¹² Nash Rojas, Claudio; Aguilo Bascuñán, Pedro y Bascur Campos, María L., *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2014, p. 19.

¹³ PNUD, *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, Nueva York, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2013, p. 7.

¹⁴ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 107, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf>

¹⁵ Fach Gómez, Katja, “Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática”, en *MPIL Research Paper Series*, núm. 23, 2017, pp. 2 y ss.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

1. Latinoamérica no debe concebirse como una región homogénea en cuanto a los índices de corrupción. Si se toman distintos indicadores internacionales se evidencian las diferencias entre los países. En la edición de 2017 del Índice de Percepción de Corrupción elaborado por Transparencia Internacional, se sitúa a Estados como Venezuela, Nicaragua y Guatemala entre los países más corruptos del mundo, otros países como Uruguay y Chile obtienen valoraciones muy positivas.¹⁶ Tales diferencias las confirman los *Worldwide Governance Indicators*¹⁷ y el *Rule of Law Index*.¹⁸
2. La corrupción debilita la estructura estatal y asimismo degrada la confianza de la ciudadanía en el Estado. Cuando la corrupción prevalece, quienes ejercen un cargo público no toman las decisiones en beneficio de todos ni con base en el interés público general, de modo que la ciudadanía se desanima para practicar sus derechos y deja de reclamar la salvaguarda de los mismos.¹⁹ La corrupción sistémica puede incluso derivar en graves conflictos sociales y políticos. Las revelaciones producto de los escándalos *Petrobras* y *Lava Jato* han mostrado la cantidad de altas autoridades, funcionarios públicos y empresarios involucrados en dichos escándalos.²⁰
3. Los tres poderes del Estado se ven afectados negativamente por la corrupción. Como lo explica David M. Fuhr, es clave el control externo e interno del poder para preve-

¹⁶ Véase https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#table

¹⁷ Véase <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>

¹⁸ Véase https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_ROLI_2017-18_Online-Edition_0.pdf

¹⁹ Ramasastry, Anita, "Is There a Right to Be Free from Corruption?", en *UC Davis Law Review*, vol. 49, núm. 2, 2015, pp. 703-39, p. 720.

²⁰ Véanse los casos de Perú con la renuncia del presidente y de Brasil. En abril se ordenó la detención del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, quien fue condenado a 12 años de cárcel por corrupción, véase <https://www.diarialasamericas.com/america-latina/el-juez-sergio-moro-emite-orden-arresto-contra-lula-n4147556>

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

nir o perseguir los casos de corrupción grave. En muchos régimenes represivos donde hay corrupción no se cuenta con un sistema de control. Se constatan constelaciones como las siguientes: el poder legislativo con frecuencia no cuestiona las decisiones tomadas por el poder ejecutivo; el poder judicial no es independiente; los fiscales y la policía no tienen la autorización de perseguir delitos cometidos por funcionarios públicos. A ello se suma que las instituciones de la sociedad civil y los medios de comunicación independientes, que normalmente sirven como una vanguardia en la lucha contra el nepotismo, encuentran grandes dificultades de sobrevivir en este ambiente donde el gobierno controla todos los aspectos de la vida pública y privada.²¹

La doctrina subraya la importancia de la ausencia de corrupción en el poder judicial, porque se percibe como un elemento clave en la lucha contra la corrupción.²² La corrupción puede amenazar la independencia judicial de diversas formas y un ejemplo de ello se observa en los procesos de designación de jueces.²³

4. Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU afirman el papel y la responsabilidad de los Estados y las empresas comerciales en la prevención y la atención de las infracciones de derechos humanos relacionadas con la actividad empresarial.²⁴ El Pacto Mundial de la ONU también contiene un principio anticorrupción: “Las empresas deben trabajar contra la corrupción en to-

²¹ Fuhr, David M., “Of thieves and repressors: The interplay between corruption and human rights violations”, en *Elon Law Review*, vol. 5, 2013, pp. 271-299, p. 287.

²² Cfr. Bohn, Simone R., “Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 3, 2012, pp. 67-95, p. 87.

²³ Una ilustración del problema y cómo combatirlo ha sido desarrollada por la Fundación del debido proceso legal, cfr. <http://www.dplf.org/es/programas/independencia-judicial>

²⁴ Véase http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciples-BusinessHR_SP.pdf

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

das sus formas, incluidas extorsión y soborno”.²⁵ No obstante, la corrupción alcanza con demasiada frecuencia los sectores empresariales y financieros. En América Latina se comprueba un componente internacional en el ámbito de las inversiones, y como la región se caracteriza por una industria extractiva de recursos naturales —petróleo, gas y minerales—, la corrupción en este sector alcanza dimensiones difíciles de calcular.²⁶

Este tipo de corrupción constituye un obstáculo o una vulneración de derechos humanos. Entre tantos autores, Ruth Martinón Quintero manifiesta la necesidad de incluir al sector privado en el concepto de corrupción, no solo por el papel de los actores no estatales como corruptores de un servidor público, sino también debido a los actos de corrupción entre las propias entidades comerciales.²⁷ Tal como lo ha clarificado el Comité de Derechos Humanos, los Estados contravienen sus obligaciones en materia de derechos humanos “permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.”²⁸

5. La corrupción afecta a la totalidad de la ciudadanía desacelerando el tan deseado crecimiento económico inclu-

²⁵ Véase <http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios/>, principio 10.

²⁶ Ver por ejemplo el informe CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afro-descendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

²⁷ Martinón Quintero, Ruth, “Corrupción y Derechos Humanos”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, pp. 8-33, p. 14.

²⁸ CDH, observación general 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 8, disponible en http://www.cjslp.gob.mx/seminario/programa/Panel%20IV/PanelIV_Observaci%C3%B3nGeneral31_Comit%C3%A9%20DH.pdf

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

sivo, según las cifras del Fondo Monetario Internacional.²⁹ Paradójicamente, falta una sociedad civil más informada, organizada e involucrada en la lucha anticorrupción.³⁰ En palabras del Barómetro Global de la Corrupción de 2017, ello significa que la gente puede hacer la diferencia. En toda la región, 72% de los hombres están de acuerdo en que las personas pueden marcar una diferencia en la lucha contra la corrupción, en comparación con 69% de las mujeres. Asimismo, las personas más jóvenes se muestran más proclives que las de mayor edad —74% de las personas de entre 18 y 24 años, en comparación con 66% de las de 55 años y más— a manifestarse de acuerdo.³¹ Es indispensable para la construcción de una cultura anticorrupción. Incluso el empoderamiento de las ONG —nacionales e internacionales— y sus lobbies también debe ir acompañado de transparencia.³²

2. IMPACTO DE LA CONDUCTA CORRUPTA COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

Como premisa general hay que mencionar que los órganos del Sistema Interamericano, a través de su sistema de peticiones y casos individuales y, en el caso de la Comisión, en el marco de sus atribuciones de monitoreo temático y geográfico, han constatado el impacto que tiene la corrupción en el goce de los derechos humanos y su relación con el sistema democráti-

²⁹ Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Affairs and Legal Departments, “Corruption: Costs and Mitigating Strategies”*, 2016, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>

³⁰ Maldonado, Patricio y Berthin, Gerardo D., “Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* vol. 10, 2004, pp. 244-261, p. 259.

³¹ Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe*, 2017, p. 26, disponible en https://www.prensa.com/politica/Barometrocorrupcion_LPRFIL20171009_0001.pdf

³² Fach Gómez, Katja, “Inversiones internacionales y corrupción en América Latina ...”, *cit.*, p. 9.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

co y el Estado derecho en varios de los países de Latinoamérica. Asimismo la Corte IDH comienza a pronunciarse directamente sobre la corrupción.

2.1. Estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En su análisis, la CIDH pone de relieve que “la lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. En similar sentido, los órganos de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han observado que cuando la corrupción es extendida, los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos”; refleja que la “corrupción puede ser también causa indirecta de violaciones de derechos humanos cuando se busca evitar que se denuncien actos de corrupción afectando derechos como el acceso a la justicia y la libertad de expresión, entre otros”, y resalta que “en el contexto de la OEA, la lucha contra la corrupción tiene un rol importante en la implementación de compromisos fundamentales que los Estados miembros han asumido”.

Como afirma la Carta Interamericana, “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, [entre otros]”.³³

A efecto de sistematizar la construcción de estándares comunes y en atención a su relevancia para las Américas, sugiero cinco categorías aleatorias que están dirigidas a atender las cuestiones centrales en el vínculo entre corrupción y derechos humanos,³⁴ a saber:

³³ CIDH, “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, 2017, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 209, párr. 146, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

³⁴ Hay una literatura que avala este enfoque. Véase, por ejemplo, González Le Saux, Marianne y Nash Rojas, Claudio [eds.], “Transparencia, lucha contra la corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Informe de la tercera reunión regional de especialistas, 7 y 8 de noviembre de 2011, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122732/Transparencia-lucha-contra-la-corrupcion.pdf?sequence=2>

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

- relación con el régimen democrático y el Estado de derecho;
- impacto en los derechos humanos;
- impacto en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA);
- la independencia de las y los operadores de justicia como medio para erradicar la corrupción, y
- el respeto y garantía de los derechos humanos en la lucha contra la corrupción.

A continuación, se presenta la síntesis de los estándares contenidos en dichas categorías.

2.1.1. Relación con la democracia y el Estado de derecho

Se reconoce la incidencia que tiene el crimen organizado en la situación de corrupción y debilitamiento de las democracias en algunos Estados de Latinoamérica. La CIDH ha sostenido que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos” y el combate contra esta “fortalece las instituciones democráticas, evita las distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social”.³⁵

En 2015, en los informes de México y Guatemala se indicó que la impunidad, la corrupción, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva del Estado de derecho y restringen el pleno goce de los derechos humanos que la Convención Americana reconoce a toda persona.³⁶ En el caso de México, recogen el discurso académico que se pronuncia sobre las “tendencias históricas de patrimonialismo, clientelismo, corrupción y crisis de representación han llevado a un ejercicio democrático meramente

³⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, Preámbulo...., *cit.*

³⁶ Véase CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: ..., *cit.*, párr. 513.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

procedimental, ineficiente y costoso”.³⁷ En Guatemala “a través del financiamiento político, las estructuras criminales buscan no solo beneficiarse de ciertos grados de protección e información, sino ocupar posiciones clave en el Estado que les permitan la diversificación de negocios y el control parcial o influencia de la institucionalidad de seguridad y justicia”. En el informe de seguridad ciudadana se apunta que “la corrupción y la impunidad han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer verdaderas estructuras de poder paralelas”.³⁸ Asimismo:

Los casos de corrupción en los cuerpos de seguridad pública y en el sistema de justicia, y su cooptación por parte del crimen organizado, ponen en entredicho la independencia institucional y comprometen la confianza en las instituciones públicas y en el Estado de derecho. Los Estados tienen el deber de establecer y aplicar todas las medidas necesarias para contrarrestar este tipo de situaciones. El porcentaje de casos que quedan sin sentencia o en la impunidad debe ser un indicador a ser tomado en consideración por los Estados para identificar falencias en los procedimientos de investigación y en el enjuiciamiento, identificar casos de corrupción, y para tomar acciones correctivas [...].³⁹

Entre las recomendaciones, “la CIDH y su Relatoría Especial reiteran al Estado que adopte legislación en materia de acceso a la información pública, de conformidad con los estándares interamericanos, con la finalidad de otorgar a todas las personas las herramientas para realizar un efectivo monitoreo del funcionamiento estatal, la gestión pública y el control de la corrupción, esenciales en el proceso democrático. Asimismo, la CIDH y su Relatoría Especial hacen un llamado a las autoridades judiciales a que garanticen este derecho y en todo momento orienten sus

³⁷ CIDH, Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, párr. 67, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>

³⁸ CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, párr. 33, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>

³⁹ CIDH, Violencia, niñez y crimen organizado, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, párr. 410, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

fallos de conformidad con las normas internacionales que rigen la materia.”⁴⁰

Cuando se hace referencia a la institucionalidad democrática, la CIDH advierte una vez más “que la impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción, se requiere asegurar que los actos denunciados sean investigados de manera independiente e imparcial, sin demora y sin influencias ni discriminación con base en la pertenencia a determinados partidos políticos o en los cargos ocupados por los investigados. Es necesario también adoptar medidas preventivas, entre las que se encuentra gobernar con base en los principios de publicidad, transparencia y responsabilidad pública efectiva”.⁴¹

2.1.2. Impacto en los derechos humanos

Una de las manifestaciones de la corrupción se advierte en la generación de una diferencia de trato arbitraria entre las personas que cuentan con recursos económicos u ofrecen beneficios para activar determinadas funciones que el Estado está obligado a garantizar en condiciones de igualdad para todas las personas bajo su jurisdicción. Lo anterior merece un especial análisis desde la perspectiva de la relación entre pobreza y derechos humanos. Esta situación es, por ejemplo, especialmente visible en el acceso a bienes y servicios vinculados al ejercicio de derechos humanos en los sistemas penitenciarios.

La corrupción implica una diferencia de trato arbitraria, al colocar en una situación de ventaja a la persona que brinde los recursos económicos o incentivos para acceder a determinados bienes y servicios, los cuales pueden estar vinculados al contenido esencial de derechos económicos, sociales y culturales.⁴² Igualmente, dicha diferencia de trato arbitraria se puede visibili-

⁴⁰ CIDH, *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela...*, *cit.*, párr. 334.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 17.

⁴² Véase, por ejemplo, CIDH, *Situación de los derechos humanos en México...*, *cit.*, párr. 334.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

zar en la posición de ventaja que tiene la persona que brinda tales “beneficios”, teniendo por resultado un estímulo u obstrucción en el acceso a la justicia.

Un ejemplo es la existencia de “fuertes estructuras de corrupción en el sistema penitenciario mexicano. En particular, organizaciones de la sociedad civil y familiares de personas privadas de libertad han indicado que estas serían sujetas a cobros indebidos por parte de personal penitenciario a fin de que sean provistas de servicios y bienes básicos, tales como comida y agua, y salud; también se les exige cuota a fin de que no sean golpeadas y abusadas en los centros de detención [...]”⁴³ A su vez, “El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, en su Informe de febrero de 2015 al CAT, indicó que el Estado ha mantenido en descuido el sistema penitenciario, que ha generado la constante vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad; que [...] el derecho a la salud es uno de los más vulnerados dentro del sistema penitenciario porque tanto la atención médica como el acceso a medicamentos son muy limitados y existen indicios de corrupción por parte de las autoridades [...]”⁴⁴

Dicho trato diferenciado podría ser analizado a la luz de la prohibición de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, especialmente en virtud del estado de vulnerabilidad en que se encuentran varios grupos en razón de su situación de pobreza. Cuando un funcionario público acepta dinero u otras gratificaciones de una persona, esta adquiere un estatus privilegiado en relación con otras personas que, en igualdad en las demás circunstancias, no han ofrecido tales gratificaciones, y las últimas reciben por ello un trato discriminatorio.

En la doctrina se hace hincapié en que los derechos de los grupos vulnerables pueden ser violados por prácticas corruptas, siempre que la persona corrupta quiere aprovecharse de la situación de vulnerabilidad y de la estigmatización social. Debido a la estigmatización social, es improbable que una persona de un grupo vulnerable denuncie la corrupción de un funcionario pú-

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala..., *cit.*, párr. 354.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

blico. Por ello, los grupos vulnerables son una presa fácil para quienes forman parte en el chantaje/la extorsión. Por ejemplo, una investigación de la OIT en la industria de la construcción ha mostrado cómo funcionarios públicos corruptos se aprovechan y refuerzan la posición vulnerable de los trabajadores migrantes irregulares. Entonces, es evidente que la corrupción puede aumentar y agravar los problemas de los derechos humanos en relación con grupos vulnerables.⁴⁵

2.1.3. Impacto en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

“La corrupción no ha sido ajena a los gobiernos post conflicto armado, afectando no solo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de los gobernados, sino en forma profunda el erario nacional, de por sí insuficiente para los requerimientos de sus ciudadanos de al menos, vida digna, salud, trabajo, educación, justicia.”⁴⁶

Por un lado, la corrupción impacta desproporcionadamente sobre las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación, como trabajadores migrantes, pueblos indígenas, personas privadas de libertad, entre otros.⁴⁷ En virtud de complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, las personas que pertenecen a estos grupos no gozan de sus derechos de la

⁴⁵ Bacio Terracino, Julio, “Hard law connections between corruption and human rights”, en *The International Council on Human Rights Policy, Review meeting, Corruption and Human Rights*, Ginebra, julio 28-29 2007, párr. 189.

⁴⁶ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala..., cit., párr. 53.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Martinón Quintero, Ruth, “Corrupción y derechos humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Economía*, núm. 10, 2016, pp. 8 y ss, p. 12; véase el ejemplo de las periodistas cubriendo el tema de la corrupción en: CIDH, “Zonas silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/zonas_silenciadas_esp.pdf y el ejemplo de las defensoras de los derechos humanos en: CIDH, “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, párr. 338, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

misma forma que el resto de la sociedad y tienen menos capacidad de defenderse frente a abusos de poder, razón por la cual son víctimas fáciles de prácticas corruptas. En este sentido, la corrupción puede generar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, según los artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o más bien, en el agravamiento de esta vulneración).⁴⁸

Por otro lado, las prácticas corruptas pueden violar el principio de progresividad previsto en el artículo 26 de la CADH, que reconoce la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para progresivamente lograr la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Según lo han interpretado los órganos del Sistema Interamericano, dichas medidas deben ser adoptadas “hasta el máximo de los recursos disponibles”, de tal manera que el Estado no incurra en medidas regresivas injustificadas y se encuentre en permanente avance progresivo en su realización.⁴⁹

Se ha reconocido que la corrupción, al implicar el uso de recursos públicos para fines diferentes a los planificados, tiene por consecuencia que los Estados incumplan dicha obligación de progresividad, al no estar utilizando “el máximo de los recursos disponibles” en el cumplimiento de tal obligación. De lo anterior, también se infiere que si existe una medida regresiva en el acceso o cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales como resultado de la corrupción, dicha medida no sería justificada e implicaría la responsabilidad del Estado.

En el informe de Paraguay en 2001, la CIDH constató que “los recursos máximos disponibles no se utilizan tan efectivamente como sería posible hacia la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales cuando una porción sustancial de los recursos naturales van a la cuenta privada de un alto fun-

⁴⁸ Véase Bacio-Terracino, Julio, “Corruption as a Violation of Human Rights”, *Int’l Council on Human Rights Policy Working Paper*, 2008, p. 33.

⁴⁹ Véase en este sentido también Gathii, James Thuo, “Defining the Relationship between Human Rights and Corruption”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, 2014, pp. 125 y ss, p. 147 y la nota 79.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

cionario, o cuando la ayuda para el desarrollo es erróneamente gerenciada, utilizada o apropiada”.⁵⁰

Sobre los DESCA, en el informe de Venezuela de 2017, sostiene la CIDH que “la corrupción estimula la discriminación y agrava la situación socio-económica de las personas que viven en situación de pobreza o de exclusión y de discriminación histórica, impidiendo el ejercicio de sus derechos, tanto civiles y políticos como DESCA.”⁵¹ Para combatir la corrupción, por ejemplo en materia de alimentación, la CIDH recomienda “(m)onitorizar periódicamente el estado nutricional de la población e investigar los testimonios de casos específicos de privación alimentaria, de corrupción alimentaria y de falta de atención por carencia de insumos.”⁵²

En la doctrina se encuentran voces que destacan el vínculo entre corrupción y violación de los DESCA. En general, la corrupción en el sector sanitario se clasifica en tres niveles: prácticas corruptas en la gestión de recursos financieros; en el nivel de la administración de provisiones médicas, o al nivel de la relación entre trabajador sanitario y paciente.⁵³

Existe una corrupción grave cuando afecta a los programas de ayuda y programas de la prevención sanitaria, por ejemplo, ya que no se puede hablar de un derecho fundamental a la vida si es casi imposible sobrevivir porque no se atiende a las necesidades básicas como la comida, la vivienda o asistencia médica.⁵⁴ Anne Peters considera que en estos tipos de prácticas corruptas es más fácil identificar la relación de causalidad en la

⁵⁰ CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 Doc. 52, 2001, párr. 48, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm> refiriéndose a Nihal Jayawickrama, Executive Director, *Corruption-A Violation of Human Rights? A Working Paper for Transparency International*, junio, 1998.

⁵¹ CIDH, Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela..., *cit.*, párr. 412.

⁵² *Ibidem*, párr. 64.

⁵³ Bacio-Terracino, Julio, *Corruption as a Violation of Human Rights...*, *cit.*, p. 24.

⁵⁴ Sonja B. Starr, “Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”, en *Harvard Public Law Working Paper*, núm. 133, p. 31.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

violación de los derechos humanos y establecer la responsabilidad del Estado.⁵⁵

2.1.4. La independencia de las y los operadores de justicia como medio para erradicar la corrupción

La consecuencia más grave de la corrupción en la administración de justicia es que puede generar una decisión injusta y ello afecta a la igualdad de las partes y a la independencia y neutralidad de una corte. Si un juez recibe un soborno de una de las partes para que falle a su favor, el derecho a la igualdad de las partes está claramente afectado. Por esta razón, es fundamental el derecho a un juez imparcial e independiente. Si hay corrupción, se viola este derecho.⁵⁶

“La sensación de impunidad, presente en muchas regiones del hemisferio, se asocia también con los altos niveles de corrupción que impiden una adecuada administración de justicia.”⁵⁷ De acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano, la independencia judicial se verifica desde la perspectiva institucional a través del poder judicial, y en forma individual a través del juez. A efecto de garantizar tal independencia, tanto la Comisión como la Corte se han referido a la importancia de asegurar procedimientos adecuados de designación y nombramiento, estabilidad en el cargo y procesos de separación del mismo, estos últimos que se cristalizan respectivamente, en condiciones adecuadas de servicio y en procedimientos que sean respetuosos del principio de inamovilidad. “Para la Comisión Interamericana, la ausencia de una regulación clara, con definición adecuada de procedimientos y criterios objetivos para la asignación de los casos, así como para la separación de las y los operadores del conocimiento de los casos que se encuentran en curso, favorece

⁵⁵ Peters, Anne, “Corruption and Human Rights”, en *Basel Institute on Governance Working Paper Series*, núm. 20, 2015, pp. 26 y ss. (También en este libro en español).

⁵⁶ Bacio-Terracino, Julio, *Corruption as a Violation of Human Rights...*, cit., p. 12.

⁵⁷ CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, párr. 167.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

la pretensión de las partes en un proceso o de otras personas, incluidos funcionarios del propio poder judicial, fiscalías o defensorías públicas, de incidir o interferir en la asignación particular de casos o en el retiro de los mismos. Este tipo de prácticas discrecionales puede aprovecharse con el objetivo de contribuir, a través de la corrupción, a generar riesgos objetivos a la independencia en el desempeño de las y los operadores de justicia y favorecer la impunidad de los casos.”⁵⁸ Por ello,

[u]n procedimiento establecido en ley para el sistema de ascensos de las y los operadores de justicia que valore aspectos objetivos como la capacidad profesional, la integridad y la experiencia es de suma importancia para garantizar su actuar independiente. Si un juez, fiscal o defensor público cuenta con criterios específicos y objetivos para conocer las condiciones de ascenso, se libera de la necesidad de conducirse en el manejo de los casos con el objetivo de complacer a las autoridades de las cuales pudiera depender el mismo, eliminándose así los riesgos relacionados con la corrupción en los procesos internos que ofrecen sistemas en los cuales la decisión de ascensos es discrecional.⁵⁹

[...]

La remuneración, recursos humanos y técnicos adecuados, así como la capacitación permanente y seguridad son condiciones esenciales para el funcionamiento independiente de las y los operadores de justicia y, en consecuencia, para el acceso a la justicia de los casos que tienen bajo su conocimiento. Las condiciones adecuadas de servicio permiten a su vez eliminar presiones externas e internas, como la corrupción.⁶⁰

Independencia e imparcialidad constituyen condiciones *sine qua non* para prevenir la corrupción en este sector. Por eso, es alarmante que la última resolución que trata de corrupción y derechos humanos de la CIDH destaca que “[e]n algunos países de la región, la corrupción y la impunidad han permitido a organizaciones cri-

⁵⁸ CIDH, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, párr. 118.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 120.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 128.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

minales desarrollar y establecer estructuras paralelas de poder y cooptar el Poder Judicial, incluso en sus más altas Cortes.”⁶¹

“[A]lgunos jueces recibirían presiones tanto de los poderes políticos como de grupos del crimen organizado, lo cual compromete [...] su actuación. La información recibida por la CIDH indica que éstas no serían situaciones aisladas, que estos tipos de presiones y corrupción existirían también en otras zonas del país, y que muchos jueces no contaría con mecanismos adecuados de protección para hacer frente a dichas presiones y corrupción [...].”⁶²

“De acuerdo al Procurador de Derechos Humanos los operadores de justicia que llevan procesos de justicia transicional y/o procesos relacionados con corrupción de funcionarios y autoridades son las principales víctimas de ataques [como amenazas e intimidaciones] [...].”⁶³ “Las y los defensores de derechos humanos también han sido víctimas de criminalización tras interponer denuncias en contra de funcionarios públicos por presunta corrupción o en la búsqueda del esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario cometidas por parte de los Estados durante conflictos armados internos o quiebres democráticos.”⁶⁴

Es importante “[p]romover canales de cooperación efectiva entre fiscales, jueces, defensores públicos y la policía, así como otras instituciones que puedan tener en su poder información relevante para los casos relacionados con actos de corrupción.”⁶⁵

Partiendo de la premisa sentada a lo largo de su actuación, la CIDH reitera la relación inequívoca entre la lucha contra la corrupción y los derechos humanos. “La CIDH enfatiza que una jus-

⁶¹ CIDH, Corrupción y derechos humanos, resolución 1/18, 16.03, 2018, p. 3, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/resoluciones.asp>

⁶² CIDH, Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15, párr. 491.

⁶³ CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 226.

⁶⁴ CIDH, Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15, párr. 47.

⁶⁵ CIDH, Corrupción y derechos humanos..., *cit.*, p. 4.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

ticia independiente e imparcial es indispensable para el combate efectivo a la impunidad y a la corrupción. Asimismo, subraya el importante papel del control ciudadano que desempeñan los jueces, fiscales, defensores de derechos humanos, los denunciantes, los periodistas y los medios de comunicación en la investigación y denuncia de corrupción.”⁶⁶

2.1.5. El respeto y garantía de los derechos humanos en la lucha contra la corrupción

El derecho a la libertad de expresión tiene como sus manifestaciones el derecho a buscar, recibir y difundir la información. En vista de tales dimensiones, dicho derecho resulta esencial para ejercer el control y denuncia ciudadanos, así como la rendición de cuentas de funcionarios públicos.⁶⁷ Tomando en cuenta estas características, la Comisión ha reconocido al ejercicio de este derecho como una forma eficaz de la denuncia de la violencia como un medio para silenciar y censurar la libertad de expresión, especialmente de periodistas que han realizado denuncias de corrupción administrativa en el ámbito local, narcotráfico, delincuencia organizada, seguridad pública y asuntos relacionados.⁶⁸ Dicha situación de violencia tiene por objetivo generar impunidad que perpetúe tal estado de corrupción. En el proceso para el logro pleno del Estado de derecho, los defensores de derechos humanos tienen un papel protagónico y así se reconoce también en el *Ius Constitutionale Commune*. Cuando los defensores de derechos humanos son silenciados por la intimidación y el miedo, se priva a miles de personas de la oportunidad para encontrar respuestas a las violaciones e injusticias en que se encuentran sometidos vastos sectores de la sociedad. “Cuando las denuncias suelen tener éxito y los funcionarios acusados son removidos o destituidos, se presentarían represalias operadas por grupos cri-

⁶⁶ CIDH, Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción, resolución 1/17, 12 de septiembre de 2017, p. 2, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>

⁶⁷ CIDH, Zonas silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, 2017, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17, párr. 336.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 27.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

minales que actúan bajo la tolerancia de los agentes afectados por las denuncias.”⁶⁹

En el informe sobre Honduras se advierte que: “El crimen organizado [...] es percibido como la mayor amenaza a la vida e integridad física de aquellos comunicadores en Honduras que cubren noticias locales sobre corrupción, reivindicaciones territoriales, narcotráfico, delincuencia organizada y seguridad pública [...].”⁷⁰

“De acuerdo con la información aportada por las organizaciones, en los últimos años si bien existe un incremento en las agresiones tanto a periodistas hombres como mujeres, las agresiones contra las mujeres periodistas han aumentado porcentualmente de una forma más acelerada que en el caso de los hombres. Muchas de las periodistas agredidas cubren temas políticos y han hecho denuncias de corrupción [...].”⁷¹

“La Relatoría Especial documentó entre 2011 y 2015 el asesinato de 131 periodistas de los cuales 124 ocurrieron en lugares alejados de los grandes centros urbanos, la mayoría de ellos en países tales como Colombia, Guatemala, México, Honduras, Paraguay o Brasil. También ha constatado que los más afectados fueron aquellos periodistas y comunicadores que cubrían noticias locales sobre corrupción, narcotráfico, delincuencia organizada, seguridad pública y asuntos relacionados. Por ello, en aquellas regiones en las que las organizaciones criminales tienen una fuerte presencia, los periodistas están en medio del fuego cruzado y en muchas ocasiones para salvaguardar la vida o la integridad física, e incluso para mantenerse en la profesión, deben alinearse a los intereses de algún poder, lo que supone dejar de informar y guardar silencio.”⁷²

⁶⁹ CIDH, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, párr. 295.

⁷⁰ CIDH, Situación de derechos humanos en Honduras, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 42/15, párr. 183.

⁷¹ CIDH, Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15, párr. 428.

⁷² CIDH, Zonas silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión..., cit., párr. 9.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

Por eso, “[l]a Relatoría Especial ha observado que [el] complejo conjunto de factores [común a las zonas silenciadas] inhibe a los periodistas de las zonas afectadas a realizar su labor, limita la libertad de expresión y produce un efecto amedrentador sobre el libre flujo de la información, genera autocensura y refuerza la tendencia a llevar a cabo un periodismo que evite informar sobre temas de seguridad, corrupción o tráfico de influencias y a desarrollar un periodismo alineado con el poder [...].”⁷³

“Sin una política pública integral que garantice el derecho de buscar, recibir y difundir información a través de cualquier medio es imposible que las sociedades puedan adoptar las decisiones libres e informadas necesarias para contribuir a combatir la delincuencia y la corrupción, y que los ciudadanos puedan ejercer un control activo e informado sobre las acciones del Estado para enfrentar el crimen organizado, la corrupción y proteger a la comunidad.”⁷⁴

2.2. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El vínculo entre corrupción y derechos humanos desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina.⁷⁵ La temática también ha sido abordada en los foros sobre derechos humanos en la región.⁷⁶ En el marco de la Inauguración del Año Judicial 2018, el actual presidente de la Corte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, resaltó que “la lucha contra la corrupción debe enmarcarse en una estrategia global que sitúe la protección de los derechos humanos como prioridad

⁷³ *Ibidem*, párr. 27.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 336.

⁷⁵ Nash Rojas, Claudio; Aguiló Bascuñán, Pedro; Bascur Campos, María Luisa; Meza-Lopehandía, Matías, *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2014.

⁷⁶ Discurso del juez Roberto F. Caldas durante la mesa de debate “corrupción y derechos humanos” del Foro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington, D. C., Estados Unidos, 4 de diciembre de 2017.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

central, entendiendo que la corrupción impide que los Estados respondan adecuadamente las demandas de acceso a la justicia de las personas, impide reparar a las víctimas y perpetúa así la impunidad”.⁷⁷

La jurisprudencia del Tribunal Interamericano muestra pronunciamientos sobre la corrupción únicamente de manera indirecta. Por un lado, hay precedentes en los que se ha considerado al Estado responsable de violar el derecho a la libertad de expresión en casos en los que alguien ha denunciado la corrupción y posteriormente ha sido procesado por injurias. Estos son *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001) y *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004). En este último se afirma al respecto que “la libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción. Además, la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción.”⁷⁸

En otro caso, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (2006), el Estado alegó para justificar la no ejecución de determinadas sentencias que éstas habían sido emitidas en un contexto de corrupción general del poder judicial. La Corte consideró que “el Estado no ha probado la alegada vinculación de corrupción en la emisión de las sentencias de este caso, a pesar de varias investigaciones que se han ejecutado a nivel interno” y, en consecuencia, condenó al Estado por violación del artículo 8 (protección judicial).

En el caso *López Mendoza vs. Venezuela* (2011), el Tribunal Interamericano estimó que “la lucha contra la corrupción es de suma importancia y tendrá presente esa circunstancia cuando se le presente un caso en que deba pronunciarse al respecto”.⁷⁹ El voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán hizo mención al marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción en cuanto a las pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención

⁷⁷ Discurso del presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>

⁷⁸ *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004, párr. 72.

⁷⁹ Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Nota pie de página 208, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y enfatizó que “es fundamental que el Estado cuente con mecanismos administrativos eficientes y eficaces para combatir y sancionar la corrupción”.⁸⁰ En cambio, el voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi aclara que “no corresponde la invocación que en autos se ha hecho a la Convención Interamericana contra la Corrupción, para sostener que es posible interpretar el artículo 23.2 de la Convención en el sentido que permitiría que se reglamentara el ejercicio de los derechos políticos en virtud de condena impuesta por una autoridad administrativa. Y ello porque lo que aquel instrumento establece es la obligación de los Estados Partes de la misma de tipificar como delito los actos de corrupción e incluso se refiere a jurisdicción penal, y en ninguna parte dispone o contempla que la condena por ese delito pueda ser impuesta por una instancia administrativa...”⁸¹

En el caso *Luna López vs. Honduras* (2013), el Estado no tomó medidas de protección después de que el señor Luna López hubiese sido amenazado por haber denunciado la corrupción relacionada con la tala ilegal de árboles. El Estado fue condenado por violación del derecho a la vida del señor Luna López, ya que este fue asesinado.⁸²

El único caso en el que la Corte ha tratado el tema de la corrupción, si bien de manera indirecta, es el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016). Dicho caso trata sobre el procesamiento de la

⁸⁰ Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 20.

⁸¹ Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Eduardo Vio Grossi, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 3.

⁸² La única referencia a la corrupción está limitada a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, redactados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, integrado por presidentes de tribunales supremos y magistrados de tribunales superiores, a invitación del Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito y en el marco del Programa mundial contra la corrupción, anexados a la resolución 2006/23, de 27 de julio de 2006, del Consejo de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, párr. 4.6, nota pie de página 318.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

señora Andrade Salmón y otros coprocesados por corrupción, concretamente por supuestas conductas ilícitas relacionadas con la administración de fondos públicos, en el periodo en que ella ejerció diversos cargos en el municipio de La Paz. En el contexto de esos procesos, las autoridades judiciales impusieron a la señora Andrade varias medidas cautelares de prisión preventiva, y una vez que fue puesta en libertad, medidas cautelares sustitutivas de la privación a la misma. Además, se le impusieron medidas cautelares de fianza que implicaron pagos de sumas de dinero, así como garantías reales sobre bienes de propiedad de terceras personas.

En cuanto a la lucha contra la corrupción, es de particular importancia el siguiente párrafo:

178. Si bien el principio de igualdad requiere que el tiempo razonable del proceso y de la consiguiente limitación de derechos en función de medidas cautelares sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona, deben cuidarse especialmente los casos que involucran a funcionarios públicos. La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extrese el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho.

El voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto puntualiza que

[e]s posible identificar una tensión: por una parte, es legítimo —y necesario— que los Estados combatan el mal manejo de la función pública, sobre todo en una región que tiene altos índices de corrupción, lo cual afecta la protección los derechos de los más vulnerables y al Estado de derecho. Por otro lado, las acciones que el Estado emprenda en el combate a la corrupción deben siempre realizarse por medios legales, y con respeto a los derechos humanos de las personas acusadas (p. ej., su derecho a la presunción de inocencia,

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

a la honra, y a sus derechos políticos). No hacerlo así —y caer en la tentación de justificar los medios por los fines perseguidos— puede tener efectos nocivos tanto para las personas acusadas, cuyos derechos humanos pueden verse afectados, como también para aquellos que quieran participar en la vida pública, pues sabrán que hacerlo implica riesgos que trascienden aquellos naturales al juego democrático, y que pueden implicar afectaciones a bienes como su libertad personal, su propiedad, o su libertad de movimiento. Los Estados tienen la obligación de combatir y desincentivar la corrupción, pero sin que esto violente los derechos de las personas acusadas o procesadas, ni afecte la promoción y defensa de la democracia.⁸³

Es un debate abierto en el seno de la Corte IDH en tanto todavía no ha llegado un caso en concreto en el que deba pronunciarse específicamente sobre la corrupción.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA RELACIÓN ENTRE CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

A partir de la Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos de la CIDH de marzo de 2018, se confirma el sostenido impulso para sistematizar los estándares en materia de combate a la corrupción bajo una perspectiva de los derechos humanos, dado su impacto en la efectiva garantía de los mismos, así como en la institucionalidad democrática y en el respeto del Estado de derecho. En el plano normativo, se cuenta con los tratados en materia de lucha contra la corrupción, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aunado a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, por mencionar algunos instrumentos, se observa una convergencia en los ejes principales para comprender la lucha contra la corrupción enmarcada en una estrategia que concede prioridad a la protección de los derechos humanos.

Tanto las organizaciones de la sociedad civil como el Compromiso de Lima titulado “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”, adoptado en la VIII Cumbre de las Américas en abril de 2018, promueven recomendaciones para salvaguardar el acceso a la información, transparencia y libertad de expresión; la

⁸³ Voto del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

autonomía, independencia y capacidad de los sistemas de justicia; así como el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación regional para combatir la corrupción.

Novedoso y fundamental para América Latina es asumir, como lo afirma la CIDH, que la “corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales”. La Comisión Interamericana advierte que “la corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.”

Otra confluencia relevante proviene del entendimiento que la corrupción provoca un efecto desproporcionado en función del género, la etnia, la orientación sexual o el estatus social. La confluencia del enfoque de la CIDH y de la Corte IDH (luego del hito representado por la decisión *Lagos del Campo vs. Perú*) a fin de enfatizar la necesidad de garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) también confluye con los aportes del discurso académico orientado a combatir la exclusión. Por ello, se reitera en los estándares que “la corrupción, junto con la impunidad, el crimen organizado, la intolerancia y la violencia política, así como la exclusión social de diversos sectores, representan un serio peligro de retroceso en la vigencia efectiva de los derechos”. El círculo perverso entre corrupción, impunidad y no reparación a las víctimas solo impide que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales.

Sin duda, hay que compartir la aseveración de la CIDH que sostiene que “las víctimas de la corrupción deben estar en el centro de la lucha contra este fenómeno y formar parte del análisis, diagnóstico, diseño e implementación de mecanismos, prácticas, políticas y estrategias para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción considerando los principios de no discriminación e igualdad, rendición de cuentas, acceso a la justicia, transparencia y participación.”

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

BIBLIOGRAFÍA

- Bacio Terracino, Julio, “Hard law connections between corruption and human rights”, en *The international Council on Human Rights Policy, Review meeting, Corruption and Human Rights*, Ginebra, julio 28-29 2007.
- , “Corruption as a Violation of Human Rights”, en *Int'l Council on Human Rights Policy Working Paper*, 2008.
- Baragli, Néstor, “La Convención Interamericana contra la Corrupción como instrumento de cooperación entre los Estados”, en *La Trama. Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos*, 2015, disponible en http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=306&ed=4fl
- Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015.
- Bohn, Simone R, “Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap”, en *Journal of Politics in Latin America*, vol. 3, 2012.
- Bonell, Michael Joachim y Meyer, Ola (comp.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Berlin, Springer, 2015.
- Corporación Latinobarómetro, *Informe 2017*, disponible en <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>
- Fach Gómez, Katja, “Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática”, en *MPIL Research Paper Series*, núm. 23, 2017.
- Fuchs, Marie-Christine, “A Shadow of the Past? Latin America's Fight against Corruption”, en *KAS International Reports*, núm. 3, 2017.
- Fuhr, David M., “Of thieves and repressors: The interplay between corruption and human rights violations”, en *Elon Law Review*, vol. 5, 2013.

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

Gathii, James Thuo, “Defining the Relationship between Human Rights and Corruption”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, 2014.

González Le Saux, Marianne y Nash Rojas, Claudio [eds.], “Transparencia, lucha contra la corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Informe de la tercera reunión regional de especialistas, 7 y 8 de noviembre de 2011, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122732/Transparencia-lucha-contra-la-corruption.pdf?sequence=2>

Jiménez, Luis F, “The Inter-American Convention Against Corruption”, en *New Players to Combat Transnational Bribery. Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 92, 1998.

Maldonado, Patricio y Berthin, Gerardo D., “Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* vol. 10, 2004.

Martinón Quintero, Ruth, “Corrupción y derechos humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Eunomía*, núm. 10, 2016.

Nash Rojas, Claudio; Aguiló Bascuñán, Pedro; Bascur Campos, María Luisa; Meza-Lopéhandía, Matías, *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2014.

Peters, Anne, “Corruption and Human Right”, en *Basel Institute on Governance Working Paper Series*, núm. 20, 2015. (También en este libro en español).

Raeschke-Kessler, Hilmar y Gottwald, Dorothee, “Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States and Agents”, en *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, núm. 1, 2008.

Ramasasty, Anita, “Is There a Right to Be Free from Corruption?”, en *UC Davis Law Review*, vol. 49, núm. 2, 2015.

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

Rose, Cecily, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Sonja B. Starr, “Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”, en *Harvard Public Law Working Paper*, núm. 133.

Yamada, Gustavo, “Reducción de la pobreza y fortalecimiento del capital social y la participación: La acción reciente del Banco Interamericano de Desarrollo”, 2001, disponible en <https://www.cepal.org/prensa/noticias/comunicados/3/7903/yamada.pdf>

Documentos internacionales

- CIDH, “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, 2017, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 209, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>
- , Corrupción y derechos humanos, resolución 1/18, 16.03, 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/resoluciones.asp>
- , Corrupción y derechos humanos, resolución 1/18, marzo 2018, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>
- , Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 49/15.
- , Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción, resolución 1/17, 12 de septiembre de 2017, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>
- , Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas, 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44.
- , Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción...

- , Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>
- , Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57.
- , Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- , Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las américas, 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66.
- , Situación de derechos humanos en Honduras, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 42/15.
- , Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15, párr. 107, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guatemala2016.pdf>
- , Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 43/15.
- , Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>
- , Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15.
- , Situación de los derechos humanos en México, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15.
- , Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 Doc. 52, 2001, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/indice.htm> refiriéndose a Nihal Jayawickrama, Executive Director, *Corruption-A Violation of Human Rights? A Working Paper for Transparency International*, junio, 1998.
- , Violencia, niñez y crimen organizado, 2015, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

- , Zonas silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/zonas_silenciadas_esp.pdf
- , Zonas silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, 2017, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17.

Fondo Monetario Internacional, Fiscal Affairs and Legal Departments, “Corruption: Costs and Mitigating Strategies”, 2016, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>

PNUD, *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*, Nueva York, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2013.

Transparencia Internacional, *Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe*, 2017, disponible en https://www.prensa.com/politica/Barometrocorrupcion_LPRFIL20171009_0001.pdf

Jurisprudencia

Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Nota pie de página 208, disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

—, Voto concurrente razonado del juez Diego García-Sayán, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

—, Voto concurrente razonado del juez Eduardo Vio Grossi, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Impacto de la corrupción en los derechos humanos
de Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi
se terminó de imprimir en mayo de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.

IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

“No es debido a la democracia, sino gracias a ella, que el problema se ventila hoy con mayor franqueza y nos obliga a encararlo.” (LUIS ALMAGRO)

“La corrupción sigue las leyes no oficiales del mercado, evadiendo por tanto el imperio de la ley. Debe a que la corrupción es entonces la antítesis del imperio de la ley y dado que este es, además, una condición necesaria para el respeto de los derechos humanos, la corrupción constituye entonces —en un sentido muy general— la negación de la idea de los derechos humanos.” (ANNE PETERS)

“La experiencia de Brasil, adquirida especialmente en la *Operación Lava Jato*, determina lo vital que resulta fortalecer la sociedad civil y su capacidad para exigir una vigilancia incesante y obstinada del régimen democrático.” (FLÁVIA PIOVESAN)

“...en lo que hace a los derechos políticos, rechazar la impunidad es una variable clave para mejorar los niveles de ejercicio de los derechos, siempre de la mano con la consolidación del régimen democrático y la disminución de la corrupción.” (LUIS DANIEL VÁSQUEZ)

“El binomio corrupción política y económica constituye la llave que abre la puerta a la mayoría de las violaciones a los derechos humanos y de las actividades criminales que azotan a los países. Un claro ejemplo de ello es el caso *Odebrecht* y el impacto que ha tenido en la estabilidad democrática de la región.” (CARLOS TABLANTE)

“Queda mucho por hacer, pero las bases para la justicia, la transparencia y la lucha contra la corrupción están dadas. Será responsabilidad del conglomerado social y del Estado generar el ambiente propicio para que renazca una nueva clase política, donde su prioridad sea el servir a la población, y no servirse de esta...” (THELMA ALDANA HERNÁNDEZ)

“...el derecho humano a participar en elecciones políticas transparentes y libres, fortalece también el acceso a la justicia de las víctimas de la delincuencia organizada, con el fin de recibir compensación por los daños civiles y penales sufridos...” (EDGARDO BUSCAGLIA)

“... la recuperación de activos evoca el proceso a través del cual los Estados víctima del latrocinio de sus clases dirigentes, buscan recuperar los activos sustraídos al tesoro público que habitualmente son depositados en centros financieros internacionales.” (ÓSCAR SOLÓRZANO)

“Los órganos del Sistema Interamericano han constatado el impacto que tiene la corrupción en el goce de los derechos humanos y su relación con la sociedad democrática y el Estado de derecho en varios de los países de Latinoamérica.” (MARIELA MORALES ANTONIAZZI)

ISBN 978-607-7822-43-1



9 786077 822431



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO