



Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos

Manual de casos

Claudio Nash Rojas
Marie-Christine Fuchs
Editores

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2019 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93b No. 18-12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/web/rspla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores responsables

Claudio Nash Rojas
Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Daniel Alejandro Pinilla

Corrección de estilo

María José Díaz Granados M.

Diagramación

Marta Rojas

Cubierta

Gloria Díazgranados

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital SAS

ISBN 978-958-52504-0-6

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación: iusla@kas.de

■ **CONTENIDO**

PRÓLOGO	5
AUTORES	9
CORRUPCIÓN, DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS. SUS VÍNCULOS Y SUS CONSECUENCIAS	15
Claudio Nash	
LA CORRUPCIÓN COMO UNA GRAVE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	69
Diego Sebastián Luciani	
UNA MIRADA A LA CORRUPCIÓN EN BOLIVIA. EL CASO DEL FONDO INDÍGENA	85
Soraya Santiago Salame	
A CORRUPÇÃO ELEITORAL REVELADA PELA LAVA JATO E OS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL	111
Michael Freitas Mohallem	
CORRUPCIÓN, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS LECCIONES DEL CASO CHILENO	139
Claudio Nash	

**EL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR
(PAE) EN COLOMBIA: DE LA CORRUPCIÓN
A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS** **163**

Vivian Newman Pont
María Paula Ángel Arango

**CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS
EN GUATEMALA.
VIOLACIÓN A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL** **195**

Claudia Escobar

**HONDURAS: ENTRE LA CORRUPCIÓN
Y EL ESPANTO** **219**

Julio Arbizu González

**REDES DE CORRUPCIÓN, EMPRESAS FANTASMA
Y DERECHOS HUMANOS.
EL CASO DE CHIHUAHUA, MÉXICO** **237**

Daniel Vázquez

**CORRUPCIÓN JUDICIAL Y AFECTACIÓN
DE LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA Y LA INDEMNIDAD SEXUAL:
UN CASO PERUANO** **259**

Yván Montoya

**SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS Y CORRUPCIÓN** **279**

Claudio Nash

■ PRÓLOGO

En Latinoamérica, la corrupción es uno de los más serios obstáculos para consolidar un sistema democrático sólidamente fundado en el respeto del Estado de derecho y los derechos humanos. Con base en esta lamentable realidad, el presente Manual tiene dos puntos de partida concretos: i) la lucha contra la corrupción como apuesta por la defensa del Estado de derecho y los derechos humanos; ii) el análisis de actos de corrupción como posibles violaciones de los derechos humanos –análisis en el que la víctima es el centro de la atención– y cuyos efectos nefastos se visibilizan en los grupos más vulnerables del continente.

Estas afirmaciones tienen raíz en la extensión regional de las afectaciones que ha acarreado el problema de la corrupción y, por ende, en la importancia de pensar estrategias de erradicación del fenómeno con carácter igualmente regional. Por ello, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, considera de vital importancia el fortalecimiento de las herramientas para el abordaje del fenómeno de la corrupción desde una perspectiva de los derechos humanos y busca aproximarse a estas materias, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Somos conscientes, por supuesto, de que existen aspectos que aún están por resolverse, y que, de ser trabajados, pueden iluminar el camino para remedios integrales y eficientes.

La corrupción se alimenta del abuso del poder, y desemboca en la búsqueda de beneficios particulares debido a la generalización de una cultura de incumplimiento de reglas. Ante sus múltiples facetas hemos coordinado una obra que permita visualizar la forma en que la corrupción está afectando las bases del Estado de derecho. El objetivo general del Manual se fundamenta en ejemplos concretos y reales que ocurrieron en distintos países del continente y que muestran cómo y de qué manera la corrupción viola los derechos

humanos. De otra parte, pretende clarificar los conceptos y las obligaciones para agentes públicos vinculados a la lucha contra la corrupción desde una perspectiva democrática y con enfoque de derechos humanos. Para lograrlo, este manual se compone de tres partes:

1. Un estudio general sobre la relación entre corrupción, Estado de derecho y derechos humanos.
2. Los estudios nacionales de casos.
3. Los aportes del sistema interamericano de derechos humanos para enfrentar el fenómeno de la corrupción y para analizarlo desde una perspectiva de derechos humanos.

* * *

A través del trabajo desarrollado en América Latina hemos detectado una inquietud que no cesa: ¿cuándo y de qué manera es posible determinar que los actos de corrupción pueden resultar en violaciones directas o indirectas de derechos humanos? Para responder a esta pregunta hemos concluido que es necesario iniciar un proceso que comprende distintos aspectos.

En primer lugar, hemos buscado dar cuenta de los alcances de la corrupción y las formas en las que distintos países de la región latinoamericana han abordado, o no, los desafíos que de allí se desprenden. El impacto de la corrupción no es abstracto y determinarlo implica, por un lado, delimitar los repertorios de violaciones de los derechos humanos que tienen alguna relación directa o indirecta con actos de corrupción. Por otro lado, exige determinar si en los marcos normativos que los Estados han creado para combatir el fenómeno hay referencias a los vínculos entre corrupción y derechos humanos.

En segundo lugar, hemos considerado que la visibilización de casos emblemáticos permite conocer hechos específicos de corrupción a la luz de un análisis jurídico que establezca los derechos violados, las características de las víctimas y las tipologías de los actos de corrupción. Esto también involucra identificar si estos actos han sido perpetrados por un ente privado o por el Estado, y si son violaciones de derechos por acción o por omisión. Este análisis posibilita caracterizar el deber del Estado frente a los actos de corrupción y, en paralelo, permite establecer vínculos de causalidad y previsibilidad entre actos de corrupción y violaciones de derechos humanos.

Finalmente, el Manual que ponemos a disposición del público en general y especializado contribuye a la socialización de conclusiones que incluyan el impacto de los casos de corrupción en los países de la región. Del mismo modo, planteamos desafíos y recomendaciones a través de reflexiones

jurídicas desde diferentes ramas del derecho. De esta manera, hemos optado por una metodología de trabajo que permita la comparación a partir de la identificación de generalidades sobre los modelos implementados como respuesta al problema de la corrupción, y su relación con el Estado de derecho y el pleno respeto de los derechos humanos.

Es pertinente agregar que, al ejecutar esta búsqueda y análisis, reiteramos que conocer los casos, las buenas prácticas y las lecciones aprendidas por país, y descifrar las implicaciones de la corrupción en los derechos humanos no es suficiente. En especial si no existen mecanismos regionales orientadores para el diseño de las políticas de prevención y erradicación de la corrupción. Inspirados en los postulados de la Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 2018, hemos decidido incluir una sección en la que se presentan las formas en que este fenómeno ha sido abordado por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en los últimos cinco años.

Durante el periodo 171 de sesiones de la CIDH, tuvo lugar una audiencia temática sobre corrupción y derechos humanos, titulada: El rol de los sistemas de justicia en América Latina. Varias organizaciones de la sociedad civil de Colombia, México, Guatemala, Perú, El Salvador y Venezuela participaron planteando los principales retos que trae la corrupción para el poder judicial. En este foro se identificó la vinculación de este fenómeno con procesos de cooptación estatal que afectan directamente la satisfacción de los derechos fundamentales. Para desarrollar adecuadamente su labor en contra de la corrupción, todos los órganos del Estado deben comprometerse de manera cabal con los alcances que tiene la corrupción para una sociedad democrática, guardando coherencia con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y de lucha contra la corrupción. Frente a la corrupción, la respuesta estatal y privada no solo debe ser judicial pero, sin lugar a dudas, cualquiera que sea la estrategia por implementar, esta deberá considerar un rol activo y, sobre todo, independiente del poder judicial en todo el continente.

En ese mismo escenario fue anunciada la elaboración de un informe temático de la CIDH para el desarrollo de marcos de comprensión integrales que posibiliten agendas de política pública comunes a partir del reconocimiento de áreas de especial interés. El apoyo a este informe también ha sido una de nuestras estrategias de aporte a la agenda en materia anticorrupción, tan necesaria en la región.

Agradecemos especialmente al profesor Claudio Nash, coordinador académico del Grupo de Estudios Latinoamericano en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, y distinguido experto en materia de derechos humanos y del sistema interamericano, con quien concebimos la idea del Manual y compartimos el compromiso para fortalecer la lucha contra la corrupción en la región desde una perspectiva de derechos humanos. También agradecemos a las expertas/os que contribuyeron a la redacción de los capítulos y comentarios de esta obra. Este Manual es una realidad precisamente por su apoyo y disposición para contribuir con perspectivas críticas e innovadoras.

Esperamos que la obra pueda contribuir a ilustrar con mayor concreción la compleja relación entre corrupción y derechos humanos en América Latina, y que logre entender la agenda en derechos humanos cada día más como una agenda anticorrupción.

DRA. MARIE-CHRISTINE FUCHS
Directora
Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

LORENA ÁVILA
Coordinadora de proyectos
Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica
de la Fundación Konrad Adenauer

■ AUTORES

Marie-Christine Fuchs (Alemania)

Abogada, doctora en Derecho de la Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemania; realizó sus estudios de maestría en Derecho Internacional Público, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos en el Europainstitut de la misma universidad; cursó estudios de licenciatura tanto en Derecho Alemán como en Derecho Francés. Ha sido investigadora asociada del Instituto Max Planck de Derecho Privado Extranjero y Derecho Internacional Privado en Hamburgo, así como investigadora y profesora asistente en el Europainstitut. De 2011 a 2015 se desempeñó como abogada en el despacho jurídico internacional Freshfields Bruckhaus Deringer en Berlín. Desde 2016 es directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Es autora de diversas publicaciones sobre derecho internacional público y derecho internacional de los derechos humanos.

Claudio Nash Rojas (Chile)

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; doctor en Derecho de la misma Universidad. Presidente de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano; académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde dicta el Curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos; coordinador académico de la Cátedra de Derechos Humanos, de la Vicerrectoría de Extensión y Comunicaciones de la Universidad de Chile; consultor en materia de corrupción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018-2019); director de la Serie “Jurisprudencia de la Corte

Interamericana” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014-2019). Fundador y coordinador del Grupo de Estudios “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (2009-2019).

Diego Sebastián Luciani (Argentina)

Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en universidades públicas (UBA) y privadas, como profesor de Derecho Penal y temas vinculados al crimen organizado. Fiscal general ante los Tribunales Orales Federales de la ciudad de Buenos Aires. Director del diplomado en Delitos del Crimen Organizado y de Transparencia Pública y Prevención de la Corrupción en la Universidad de San Isidro (USI). Integrante del Observatorio de Prevención del Narcotráfico (Oprenar) que publicó, a fines de 2015, el documento “Propuestas de políticas públicas integrales para la prevención del avance del narcotráfico”. Invitado a disertar en la Cumbre de Jueces y Fiscales sobre Trata de Personas y el Crimen Organizado, Casina Pío IV, en el Vaticano, sede de las Pontificias Academias de las Ciencias y Ciencias Sociales, los días 3 y 4 de junio de 2016, y en el lanzamiento de la Red Mundial para la Integridad Judicial y Prevención de la Corrupción en el Sistema Judicial, por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Droga y el Delito (UNODC), Viena, Austria, 9 y 10 de abril de 2018. Autor de los libros *Trata de personas y otros delitos relacionados* (2015) y *Criminalidad organizada y trata de personas* (2011), y de diversas obras y publicaciones científico-jurídicas relacionadas con el crimen organizado.

Soraya Santiago Salame (Bolivia)

Abogada; doctora *Suma Cum Laude* de la Universidad de Salamanca; máster en Derechos Humanos y diversos diplomados en la misma temática de la misma Universidad; diplomada en Derechos Humanos y Mujeres. Teoría y Práctica, en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Docente y ponente en seminarios, cursos, diplomados, maestrías y doctorados; forma parte de los procesos de capacitación de jueces y juezas en México y Bolivia. Tiene publicaciones en el ámbito del derecho constitucional y los derechos humanos. Actualmente, además de la docencia, se desempeña como consultora e investigadora de proyectos en derechos humanos, pluralismo jurídico e igualdad de género.

Michael Freitas Mohallem (Brasil)

Professor de Direitos Humanos e Coordenador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Atua como pesquisador na área de anticorrupção e integra o Programa de Transparência Pública da FGV, o Conselho Fiscal do Instituto Alziras, o Conselho Consultivo do Observatório Social do Brasil (Rio de Janeiro), o board do Laboratório de Inovação em Políticas Públicas e o Conselho Editorial da FGV Direito Rio. Doutorando e LL.M em Direito Público e Direitos Humanos pela University College London (UCL), especialista em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e extensão universitária em Formação de Governantes pela Escola de Governo de São Paulo. Foi visiting researcher no European University Institute (EUI), visiting scholar no Minerva Center for Human Rights da Hebrew University of Jerusalem e pesquisador do projeto Oxford Reports on International Law in Domestic Courts. Atuou como Diretor da organização Avaaz no Brasil, assessor parlamentar da Liderança do Governo no Senado Federal e assessor jurídico no Ministério da Justiça.

Vivian Newman Pont (Colombia)

Abogada de la Universidad Javeriana; licenciada en derecho por homologación en la Universidad de Barcelona; posgrado en Derecho Administrativo (DSU); maestría (DEA) en Derecho Público Interno de la Universidad de Paris II Panthéon-Assas y en Cooperación y Desarrollo de la Universidad de Barcelona. Directora de Dejusticia. Sus últimas publicaciones incluyen: *Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público* (2015), y en coautoría: *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo* (2017), *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política* (2017), *Víctimas y prensa después de la guerra. Tensiones entre intimidación, verdad histórica y libertad de expresión* (2018) y *Rendición de cuentas de Google y otros negocios en Colombia: la protección de datos personales en la era digital* (2019).

María Paula Ángel Arango (Colombia)

Abogada *Cum Laude* y politóloga de la Universidad de los Andes; maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Becaria Fulbright-Colciencias 2019. Profesora de cátedra de la Universidad del Rosario; investigadora en la sublínea de Transparencia e Intimidación en Dejusticia. Sus últimas publicaciones incluyen, en coautoría:

Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo (2017), *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política* (2017), *Víctimas y prensa después de la guerra. Tensiones entre intimidación, verdad histórica y libertad de expresión* (2018) y *Rendición de cuentas de Google y otros negocios en Colombia: la protección de datos personales en la era digital* (2019).

Claudia Escobar (Guatemala)

Abogada de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala; doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro de la Comisión de Expertos Internacionales de lucha contra la Corrupción en Ecuador; magistrada de la Corte de Apelaciones de Guatemala; defensora de la independencia judicial. En junio de 2017 recibió el “Democracy Award” por su compromiso de lucha contra la impunidad y la corrupción. Desde el año 2017 está afiliada a Georgetown, donde fue nombrada como Centennial Fellow en la Walsh School of Foreign Service. Además, estuvo como fellow en la Universidad de Harvard, y se convirtió en la primera centroamericana en obtener una beca (2015-2016) en el Instituto de Estudios Avanzados de Radcliffe.

Julio Arbizu (Honduras)

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú; maestría en Ciencia Política de la misma Universidad. Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile; becario del Departamento de Estado de los Estados Unidos y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica. Es habitual conferencista en su país y en el extranjero en temas de derechos humanos, transparencia y anticorrupción. Ha sido asesor parlamentario y procurador público en Delitos de Corrupción del Perú; oficial de seguimiento de la Misión de Apoyo Contra la Impunidad y la Corrupción en Honduras (MACCIH); director de Liber para la Transparencia en el Perú. Socio fundador del Estudio Jurídico Arbizu & Gamarra.

Daniel Vázquez (México)

Doctor de Investigación en Ciencias Sociales con especialidad en Ciencia Política de la Flacso-México; maestro en Sociología Política del Instituto Mora; licenciado en Ciencia Política y en Derecho de la UNAM. Miembro del SNI nivel II. Profesor de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de tiempo parcial en la Flacso-México. Entre sus temas de investigación están: la

relación de los derechos humanos con la corrupción, la impunidad y la democracia, el análisis de política pública con perspectiva de derechos humanos y la teoría jurídica y política de los derechos humanos.

Yvan Montoya Vivanco (Perú)

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Excomisionado de la Defensoría del Pueblo; exjefe de la Unidad de Extradiciones de la Procuraduría Anticorrupción del Perú; exvocal y presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la PUCP; asesor jurídico del Instituto Democracia y de Derechos Humanos de la PUCP; coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (Depec); director de la Maestría de Derechos Humanos de la misma Universidad.

■ CORRUPCIÓN, DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS. SUS VÍNCULOS Y SUS CONSECUENCIAS

Claudio Nash*

Introducción

Este libro de casos de corrupción en Latinoamérica se inserta dentro de la creciente discusión sobre la relación entre la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción. En años recientes, a partir de los procesos de construcción o consolidación democrática, surge la necesidad de explorar los elementos institucionales que impiden la construcción de democracias sólidamente fundadas en los derechos humanos, y uno de estos obstáculos es el fenómeno de la corrupción. Mas, este fenómeno no se agota en los problemas económicos que genera o las implicancias que tiene para desarrollar negocios a nivel global con base en ciertas certezas mínimas de confiabilidad y *fair trade*.¹

En los múltiples ejemplos de corrupción a nivel mundial podemos ver que este fenómeno puede presentar distintas formas y tener efectos de diverso orden (sobornos, malversación de fondos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, entre otros). Todos ellos son formas de corrupción, pero no todos constituyen violaciones de los derechos humanos. En todos ellos sí hay afectación al sistema democrático y al Estado de derecho, pero en algunos esto adquiere dimensiones agravadas que sugieren una respuesta diferenciada. En todos puede darse afectación patrimonial al Estado, pero no en todos hay víctimas directas de esta afectación. Por ello, es necesario despejar algunas

.....
* cnash@derecho.uchile.cl

1 Desde la década de los noventa, el enfoque de los organismos económicos internacionales ha estado centrado en estos elementos y desde ahí se han construido políticas públicas en materia de corrupción que han impactado en importantes reformas a los sistemas de justicia, transparencia y rendición de cuentas.

cuestiones jurídicas para comprender el impacto que pueden tener distintas formas de corrupción en materia de derechos humanos.

El objetivo de este estudio introductorio es, precisamente, explorar el fenómeno de corrupción más allá de los límites económicos y de gestión pública, y establecer las distintas dimensiones que conforman la relación entre corrupción y derechos humanos, cuestión relevante a la hora de diseñar, implementar y controlar las políticas públicas, legislativas y de otro carácter (incluidas las judiciales) destinadas a prevenir y reprimir la corrupción como parte de la plena garantía de los derechos humanos en una sociedad democrática.

El objetivo de este estudio también es analizar los diversos vínculos entre el fenómeno de corrupción en la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos, y clarificar las consecuencias de reconocer los vínculos sustantivos entre estos temas.

Se propone el siguiente esquema de análisis: formular algunas consideraciones conceptuales sobre el fenómeno de corrupción (2); analizar el impacto de la corrupción en el ideal democrático y el Estado de derecho (3); enseguida se analizan las distintas formas en que el fenómeno de la corrupción impacta en los derechos humanos (4), las convergencias entre ambos temas y los límites que imponen los derechos humanos a la lucha contra la corrupción (5); por último, se señalan algunas medidas que deben tomarse para una lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos; se cierra con algunas conclusiones.

El fenómeno de la corrupción

La corrupción puede ser entendida como un fenómeno que involucra un abuso de poder delegado para la obtención ilegítima de un beneficio privado, económico o de otro carácter² y es, por tanto, un fenómeno complejo vinculado al ejercicio abusivo de un espacio de poder.³ En la corrupción hay un acto de aprovechamiento o abuso de una posición de poder, que conlleva el incumplimiento de un mandato normativo, y, de esta forma, se produce

.....
2 *Guía de Lenguaje* claro, 2009, en <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contr-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

3 Si bien esta aproximación a la corrupción permite actos corruptos entre privados, lo que nos interesa –preferentemente– en este estudio son los poderes delegados en el ámbito de la función pública. Nos interesan los actos de agentes estatales ya en ellos se ha delegado poder soberano en el marco de un sistema democrático.

un quiebre en el sistema normativo, con efectos institucionales⁴ y con la capacidad de afectar a terceros.⁵ El impacto institucional y su capacidad para afectar a terceros es fundamental para comprender adecuadamente las diversas maneras en que se vincula con los derechos humanos.⁶ De ahí que la forma de corrupción que más nos preocupa es la relacionada por la función pública, porque ahí el interés comprometido es el interés público y no solo los intereses privados. Ello en ningún caso nos lleva a descartar el rol de los privados para la generación y mantención del fenómeno de corrupción.

Las modalidades en que se manifiesta este fenómeno son múltiples, puede ser un acto aislado de abuso de la función de poder en beneficio privado (propio o de terceros) y también una forma más compleja o estructural, esto es, una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder (lícito e ilícito), cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo.⁷ El elemento común es que se usa una posición de poder dentro del diseño institucional relevante para obtener beneficios ilegítimos.

Las formas de corrupción relevantes en materia de derechos humanos serán aquellas cotidianas, ampliamente extendidas, que impactan de manera desproporcionada a sectores más vulnerables por su contacto permanente y de dependencia con los servicios públicos. Asimismo, preocupan casos de gran corrupción que involucran altos sectores políticos y que tienen consecuencias económicas relevantes.⁸ En particular, son graves los casos de captura del

.....

4 Mark Warren, "What Does Corruption Mean in a Democracy?", *American Journal of Political Science*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 328-343; Jorge Malen, *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2014.

5 Francesco Kjellberg, "Corruption as an analytical problem: Some notes on research in public corruption", *International Political Science Association XVIII World Congress*, Quebec, agosto 1-5, 2000.

6 Un estudio especialmente influyente es el de Anne Peters, "Corruption and Human Rights", *Working Series Papers*, núm. 20, Basilea, Basel Institute on Governance, 2015; en el ámbito interamericano ver Daniel Vásquez, *Corrupción y derechos humanos: ¿por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 2018.

7 Siguiendo a Irna Sandoval, definiremos "corrupción estructural" como una forma específica de dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural en el que predominan el abuso, la impunidad y la apropiación indebida de los recursos de la ciudadanía (Irna Sandoval, "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, 2016, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-25032016000100119).

8 Transparencia Internacional, *Guía de Lenguaje claro*, 2009, en [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupción.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf)

Estado y la macrocorrupción. La captura del Estado ha sido descrita desde el Banco Mundial⁹ como una forma de corrupción, donde los privados tienen el poder para influir en la toma de decisiones de las autoridades estatales y obtienen un beneficio de dicho poder decisorio, lo que genera una situación de dependencia.¹⁰

Por su parte, la macrocorrupción implica formas sistémicas de corrupción, donde los esquemas ilícitos se dan independientes de los individuos y corresponden a formas criminales no necesariamente jerárquicas, donde conviven actuaciones lícitas con ilícitas, concurren diversos agentes (estatales y no estatales) en un entramado complejo sin claros límites territoriales.¹¹

Frente a un fenómeno tan complejo y con múltiples expresiones, es necesario dar cuenta de los factores que inciden en su generación y propagación. Tradicionalmente, la tesis más difundida es la de Klitgaard, quien sostiene que la corrupción se presenta cuando concurren los siguientes requisitos: monopolio de poder, discrecionalidad en las decisiones y ausencia de mecanismos de control.¹² A estos elementos se debe agregar el rol que cumple la impunidad como un elemento que fomenta las prácticas corruptas.¹³ Asimismo, es necesario tener en consideración los elementos socioculturales que permiten la sostenibilidad del fenómeno de corrupción.¹⁴

* * *

En definitiva, la corrupción es un fenómeno económico, jurídico, social e institucional que involucra al sector privado y a la administración pública y que debe ser analizado integralmente para poder determinar sus causas,

9 Joel Hellman y Daniel Kaufmann, “La captura del Estado en economías en transición”, *Finanzas y Desarrollo*, septiembre, en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>

10 Lawrence Lessig ha identificado esta situación como “dependence corruption”, donde la dependencia de los representantes del pueblo deja de estar con sus electores, y pasan a depender de quienes les proveen los fondos para seguir en los cargos (Lawrence Lessig, *Republic Lost: How money corrupts congress – and a plan to stop it*, USA, Grand Central Publishing, 2011, p. 17).

11 Luis Jorge Garay et al., *Macrocorrupción y cooptación institucional*, Bogotá, Fundación Vortex, 2018.

12 Robert Klitgaard, *Controlando la corrupción*, La Paz, Editorial Quipus, 1990.

13 Arvind K. Jain, “Corruption: A Review”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp. 71-121.

14 Vivian Newman y María Paula Ángel, “Sobre la corrupción en Colombia, marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, *Cuadernos Fedesarrollo*, núm. 56, 2017; Propuesta Política Nacional Anticorrupción México, 2018, en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/421406/Propuesta_Pol_tica_Nacional_Anticorrupti_n.pdf

formas de desarrollo y consecuencias. Solo de esta forma será posible adoptar medidas de políticas públicas adecuadas para su erradicación.

El fenómeno de la corrupción y su impacto en el ideal democrático y el Estado de derecho

La centralidad de los derechos humanos en las últimas décadas se funda en un acuerdo ético y legal de que estos constituyen un pacto mínimo –moral y jurídico– sobre la forma en que el Estado (poder legítimo) debe tratar a los individuos sujetos a su jurisdicción y cuya protección no solo queda entregada a la soberanía nacional, sino que también es asumida como un compromiso con la comunidad internacional.¹⁵ Para lograr un efectivo control del poder soberano del Estado, tanto a nivel nacional como internacional, se han codificado los derechos y las libertades, y se han establecido parámetros generales de conducta (obligaciones generales, pautas de interpretación, entre otros elementos) para garantizar el cumplimiento de estos compromisos estatales.¹⁶ Además, se ha avanzado en complejos sistemas de control y protección de estos derechos en el ámbito internacional que complementan la protección nacional y establecen límites a la soberanía del Estado.¹⁷

Sobre dicha base, se ha ido configurando una relación directa entre los derechos humanos (premisa), el acuerdo político (forma democrática de gobierno) y la forma como se estructura el poder (Estado de derecho). Por ello, los impactos en uno de estos elementos tienen consecuencias en los otros en tanto constituyen un entramado complejo e interrelacionado.¹⁸

.....
15 Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.

16 Claudio Nash, *La concepción de derechos fundamentales*, México, Fontamara, 2010.

17 La Corte Interamericana ha puesto especial énfasis en esta relación complementaria de la protección internacional de los derechos humanos con la que debe darse en el ámbito interno. Ver Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 341, párr. 260.

18 “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Corte IDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías [arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8, párr. 26).

Impacto de la corrupción en el ideal democrático

Si los derechos humanos son un supuesto de la democracia,¹⁹ y si el Estado de derecho es el mecanismo a través del cual se organiza el poder público para dar concreción a la organización legítima del poder,²⁰ las formas de afectación de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho son cuestiones de relevancia moral y jurídica en el marco de la ética política democrática.²¹ Desde aquí podemos establecer una conexión evidente del ideal democrático con la corrupción.

En una visión sustantiva de la democracia, la base común entre corrupción y los derechos humanos o punto de encuentro entre ambos fenómenos es el marco de la ética política democrática.²² En efecto, la corrupción es un fenómeno que afecta la convivencia democrática que debe estar fundada en el respeto de los derechos humanos y regida por el principio de igual trato por parte de la autoridad.²³ De ahí que en una sociedad democrática sea necesario prevenir y reprimir las prácticas corruptas –personales o institucionales– que afectan el principio de igualdad, el imperio de la ley y la garantía de los derechos humanos,²⁴ todos estos son elementos esenciales de un sistema democrático.²⁵

La corrupción también tiene un impacto directo en la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas. Así, la corrupción genera un doble efecto. Por una parte, envía un mensaje equivocado a la sociedad ya que esta ve cómo las autoridades utilizan al Estado para beneficios privados, desviándola del cumplimiento de sus funciones propias y, en muchos casos, eso va acompañado de una amplia impunidad frente a los casos de corrupción. Además, los actos de corrupción a gran escala afectan las posibilidades financieras para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de

.....
19 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.

20 Ernst Wolfgang Böckenförde, “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 118-131.

21 José Zalaquett, *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2004.

22 *Idem*.

23 Ronald Dworkin, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003.

24 Yasmin Dawood, “Classifying corruption”. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, núm. 9, 2014, pp. 103-133.

25 Robert Lutz, “On combating the culture of corruption”, *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas*, núm. 263, 2004, pp. 263-268.

derechos humanos, lo que hace que su razón de ser pierda legitimidad ante la sociedad.²⁶

Por tanto, el impacto de la corrupción en el ámbito de los valores que suponen un sistema político es claramente negativo ya que afecta el marco ético común de los acuerdos de convivencia bajo el ideal democrático.²⁷

Impacto de la corrupción en el Estado de derecho

En una sociedad democrática, las decisiones que toman las autoridades se basan en la búsqueda del bien común y en el trato de los individuos en condiciones de igualdad.²⁸ Los actos que desvían las decisiones desde el bien común a beneficios privados rompen esa base de la convivencia democrática al generar privilegios en el acceso a la toma de decisiones con base en el poder que generan los actos de corrupción.²⁹ Esto tiene un impacto directo en el Estado de derecho, en tanto este es un sistema de reglas comunes donde el poder está controlado por instituciones reguladas legalmente; alterar los equilibrios de poder y el natural funcionamiento de las instituciones judiciales afecta seriamente sus bases.

Un claro ejemplo de este impacto negativo de la corrupción en el Estado de derecho es el financiamiento privado de la política. El financiamiento privado de la actividad política, particularmente de las campañas electorales, genera amplios debates en materia de igualdad, principio base de un Estado de derecho.³⁰ En efecto, el financiamiento legal de la política por parte de actores privados es cuestionado por el efecto distorsionador de la igualdad democrática.³¹ Con mayor razón, las formas ilegales no solo generan distorsiones, sino que directamente dejan entrelazados en un esquema ilícito a los actores políticos con los intereses económicos. La dependencia que se produce

.....

26 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 35/25 del Consejo de Derechos Humanos, *Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, 23 de junio de 2017, A/HRC/RES/35/25, p. 2.

27 Ernesto Garzón-Valdés, "Acerca del concepto de corrupción", en Miguel Carbonell y Ernesto Vázquez (eds.), *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, 2003.

28 Ronald Dworkin plantea que "la mejor forma de democracia es aquella que genere con mayor probabilidad las decisiones y los resultados sustantivos que tratan a todos los miembros de la comunidad con igual consideración" (Ronald Dworkin, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, op. cit., pp. 204-205).

29 Yasmin Dawood, "Classifying corruption", op. cit., pp. 108-109.

30 Susan Rose-Ackerman, "Political corruption and democracy", 14 *Conn. J. Int'l L.*, núm. 372, 1999.

31 Dawood realiza un excelente estudio de las formas en que el financiamiento de la política puede generar formas de corrupción que afectan los principios de igualdad que subyacen al sistema democrático (op. cit., pp. 103-133).

a través del financiamiento de la actividad política distorsiona la democracia representativa que termina siendo una mera forma (todos/as participamos), pero sin sustancia (solo algunos deciden lo que los representantes votan).³²

Otro ejemplo relevante es el de la corrupción judicial.³³ En efecto, un sistema judicial –o bien, actos aislados de las autoridades judiciales– aquejado de prácticas corruptas impide que dichas autoridades traten a los individuos sujetos a su jurisdicción en igualdad de condiciones, lo que constituye el presupuesto de un proceso justo.³⁴ La corrupción en el proceso judicial no solo implica dictar una sentencia apartada del mérito del proceso, sino de moras injustificadas, pérdida de documentos, tratos desiguales, entre otros actos lesivos de los derechos de las partes. Además, la corrupción impide que las autoridades judiciales (en un sentido amplio que incluye a las cortes constitucionales) cumplan su rol de ser garantes del control entre poderes.³⁵ Los sistemas de división de poderes o de pesos y contrapesos tienen como base que haya un control interinstitucional, donde aquellos organismos que tienen el mandato de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos, deben operar con apego a las normas y no con base en intereses privados o corporativos que tienen como finalidad la obtención de beneficios personales ilegítimos de distinta naturaleza. Como si todo esto no fuera suficiente, hay un elemento más. La corrupción judicial impide que dicho poder cumpla su rol en la persecución de la corrupción.³⁶ Todo ello implica una desviación

.....

32 Lessig, *Republic Lost: How money corrupts congress – and a plan to stop it*, op. cit., pp. 125-171.

33 Transparencia Internacional define la corrupción judicial como “actos u omisiones que llevan al uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros y que resultan de decisiones judiciales injustas e inapropiadas. Dichos actos u omisiones pueden incluir soborno, extorsión, intimidación, tráfico de influencias o uso inadecuado de los mecanismos judiciales para beneficio propio” (Transparencia Internacional, *La corrupción judicial promueve la impunidad y menoscaba el Estado de derecho, revela un nuevo informe de Transparency International*, 2007, p. xxi, en https://www.transparency.org/news/pressrelease/20070523_la_corrupcion_judicial_promueve_la_impunidad_y_menoscaaba_el_estado).

34 Petter Langseth, *Strengthening Judicial Integrity Against Corruption. United Nations Global Programme Against Corruption*, 2001, en https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Otherpublications/Strengthening_Judicial_Integrity_Against_Corruption_2001.pdf

35 Norbert Lösing, “Independencia y función del poder judicial en el Estado democrático de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XVII, 2011, pp. 413-427.

36 Manuel Villoria, “La corrupción judicial: razones de su estudio, variables explicativas e instrumentos de combate en España”, *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 8-11 de octubre de 2002.

de los mandatos constitucionales y legales que puede tener un serio impacto en la confianza ciudadana en el poder judicial y en el Estado de derecho.³⁷ Esa falta de confianza en las instituciones termina por afectar seriamente la democracia. La ciudadanía busca justicia por otros actores, muchas veces de manera ilegal y violenta.

Además de tener un impacto directo en materia de igualdad formal, la corrupción también tiene un impacto en materia de igualdad sustantiva. En efecto, la captura del Estado a través del financiamiento ilegal de la política, el tráfico de influencias y el cohecho afectan el deber del Estado de tomar decisiones que pueden contrariar intereses privados, lo que puede tener un impacto en las políticas públicas para la concreción de los derechos humanos.³⁸ En sociedades excluyentes y desiguales, como las latinoamericanas, esto es particularmente grave ya que se requieren medidas redistributivas y correctivas del *statu quo* que pueden entrar en tensión con los intereses de grupos de poder. En un sistema capturado por intereses privados esto es imposible. Asimismo, se rompe el principio de independencia de las autoridades, quienes por diversos mecanismos ilícitos pasan a estar comprometidas con los intereses privados. Así, las políticas redistributivas pueden ser fácilmente bloqueadas en Estados donde los intereses privados influyan en las decisiones políticas.³⁹

* * *

En síntesis, existe un vínculo evidente entre un entendimiento complejo del fenómeno de la corrupción y el socavamiento de las bases del sistema democrático y del Estado de derecho. Al afectarse la igualdad formal y sustantiva, se ve mermada la democracia; al afectarse las instituciones democráticas, el control interinstitucional, la supremacía de la ley y el poder judicial, se afectan las bases del Estado de derecho. Esto tendrá evidentes consecuencias en materia de derechos humanos que también tiene al principio de igualdad como uno de sus principios estructurantes.

.....
37 María Dakolias y Kim Thachuk, "The Problem of Eradicating Corruption from the Judiciary: attacking corruption in the judiciary: A critical process in judicial reform", 18 *Wisconsin International Law Journal*, núm. 353, 2000, pp. 353-406.

38 Hellman y Kaufmann, "La captura del Estado en economías en transición", *op. cit.*

39 Ver proyecto, que comienza con esta idea de igualdad como base de la reforma, en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=9500&prmTIPO=INICIATIVA>

El fenómeno de corrupción y su impacto sustantivo en los derechos humanos

Establecido el marco común de la corrupción y los derechos humanos dentro de la ética política democrática debemos pasar a determinar el impacto del fenómeno de corrupción en los derechos humanos.⁴⁰

Pese a las evidencias sobre la profunda conexión entre corrupción y derechos humanos, durante muchos años las convergencias entre la agenda anticorrupción y la protección de los derechos humanos se han mantenido separadas y no se han establecido claramente sus vínculos.⁴¹ En años recientes, sobre todo a partir de 2017, este vacío ha comenzado a ser paulatinamente superado.⁴² Ejemplo de ello es la incipiente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁴³ y, en forma explícita, la Resolución 1/18 de 2 marzo de 2018, en la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señaló: “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo;

.....
40 International Council on Human Rights Policy (ICHRP), *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, Ginebra, 2009, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551222; International Council on Human Rights Policy (ICHRP), *La integración de los derechos humanos en la agenda de combate a la corrupción: retos, posibilidades y oportunidades*, Ginebra, 2011, en http://www.ichrp.org/files/reports/63/131b_report_es.pdf; Claudio Nash y M. González, *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. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012; M. Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Intersentia, Antwerp, 2012; Nash et al., *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit.; André Figueiredo, *Corruption and Human Rights. Beyond the Link*. Wolf Legal Publisher, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2017; Peters, “Corruption and Human Rights”, op. cit.

41 Zalaquett, *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, op. cit.; José Burneo, “Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 63, 2009, pp. 333-347.

42 Nash y González, *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*, op. cit.

43 Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párr. 208; Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330; Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.

debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de derecho y exagera la desigualdad”.⁴⁴

En un sentido similar se había pronunciado el Secretario General de las Naciones Unidas al señalar que la corrupción “da pie a violaciones de derechos humanos”.⁴⁵ Asimismo, en el Consejo de Derechos Humanos el impacto negativo de la corrupción en los derechos humanos ha sido una cuestión de preocupación desde el 2012 a la fecha.⁴⁶

En este proceso de convergencia se ha ido construyendo un marco general de análisis. Así, un aspecto en el que se ha avanzado y respecto del cual hoy existen pocas dudas es el impacto negativo que tiene la corrupción en los derechos humanos; un segundo aspecto menos discutido es la relación positiva que puede darse entre la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción (lo analizamos *supra*).

.....

44 CIDH, Resolución 1/18, Corrupción y Derechos Humanos, 02 de marzo de 2018, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

45 “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” (Kofi Annan, “Prólogo”, en *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, p. iii, en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf).

46 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 35/25 del Consejo de Derechos Humanos, Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/35/25, 14 de julio de 2017. Texto completo en <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/25>; Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 32/22 del Consejo de Derechos Humanos, Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/32/22, 15 de abril de 2016. Texto completo en https://digitallibrary.un.org/record/841796/files/A_HRC_32_22-ES.pdf; Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 29/11 del Consejo de Derechos Humanos, Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/29/11, 22 de julio de 2015. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/29/11>; Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 26/115 del Comité de Derechos Humanos, Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/DEC/26/115, 10 de julio de 2014. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/DEC/26/115>; Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 23/9 del Comité de Derechos Humanos, Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/23/9, 20 de junio de 2013. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/23/9>; Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 21/13 del Comité de Derechos Humanos, Mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/21/13, 9 de octubre de 2012. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/21/13>

El aspecto en que existen más dudas y que será el objeto central de este apartado, es determinar una relación sustantiva entre corrupción y violaciones de los derechos humanos, particularmente, establecer si la corrupción puede ser considerada una forma de violación de estos derechos.

Cuando se hace referencia a la responsabilidad del Estado por una violación de los derechos humanos se está haciendo alusión a un acto jurídico complejo que consiste en el incumplimiento de una obligación internacional atribuible al Estado que debe cesar y que, además, si ha provocado daños, estos deben ser reparados integralmente. No debe confundirse la violación de los derechos humanos con los elementos del hecho ilícito del Estado. Hay un hecho internacionalmente ilícito cuando concurren dos elementos: un acto atribuible al Estado que constituya una violación de una obligación internacional.⁴⁷ Para efectos de la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos es relevante determinar las causas de dicho ilícito, el contexto y las formas en que se produce, las consecuencias que este tiene para las posibles víctimas, su entorno inmediato, la sociedad y la comunidad internacional. Todos estos elementos le permitirán a los órganos de control internacional disponer las medidas eficaces para el cese de la violación de los derechos humanos, la reparación integral de las víctimas y las medidas de garantía de no repetición. Para determinar las medidas de reparación es necesario establecer el vínculo causal entre el ilícito internacional provocado por un acto de corrupción y el daño producido. Este vínculo causal debe consistir, en lo fundamental, en una relación previsible y necesaria entre el acto ilícito y el resultado lesivo.⁴⁸

Desde un enfoque analítico podemos distinguir al menos cinco dimensiones donde hay un impacto de la corrupción en materia de violaciones de derechos humanos: a) prácticas corruptas como fuente de la violación de derechos humanos; b) la atribución de responsabilidad por actos o sistemas de corrupción; c) el contexto de discriminación estructural y su vínculo con la corrupción; d) formas criminales de corrupción que agravan las violaciones de derechos humanos; y e) la reparación de violaciones de derechos humanos vinculadas con corrupción.

.....

47 CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *op. cit.*, artículo 2.

48 Peters, "Corruption and Human Rights", *op. cit.*

Corrupción como fuente de una violación de los derechos humanos

Para que un acto corrupto pueda ser considerado fuente de una violación de los derechos humanos es necesario que se establezca que dicho acto (acción u omisión) corrupto tiene la capacidad de infringir una obligación internacional del Estado en materia de derechos humanos.

La literatura tradicional ha puesto el énfasis en el tema de la relación de causalidad entre corrupción y violación de derechos, y en la atribución de responsabilidad.⁴⁹ Si bien este enfoque es correcto, merece algunas aclaraciones. Para que se produzca responsabilidad internacional basta con un hecho ilícito internacional que pueda ser atribuido al Estado. Por ello, para configurar un hecho internacionalmente ilícito es suficiente establecer la violación de una obligación internacional y no es relevante el elemento subjetivo (dolo o culpa) ni determinar la fuente del acto que conduce a dicha infracción, siempre y cuando pueda ser atribuido al Estado. Empero, sí es relevante determinar cuál es la fuente, el autor del ilícito, para establecer las consecuencias del acto de infracción (la violación de los derechos humanos).

En efecto, el elemento basal del ilícito (la fuente del acto que genera el hecho ilícito) sí es relevante para adoptar las medidas de reparación que permitan evitar su repetición, incluso si no hubiera un daño directo a una víctima concreta. En este sentido, es posible sostener que un acto de corrupción puede ser la fuente del hecho ilícito (infracción a la obligación de respeto, garantía y no discriminación en el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales) y por ello, la corrupción tiene una relación de causalidad con el ilícito internacional (es un antecedente que genera o permite el incumplimiento).

Establecido que estamos ante un ilícito que tiene su fuente en un acto de corrupción es necesario determinar si dicho incumplimiento es atribuible al Estado. Los factores de atribución son los propios del derecho internacional, esto es, debe ser un acto ilícito (acción u omisión) de cualquier órgano estatal o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder

.....
 49 Marie-Christine Fuchs, “Los derechos humanos como herramientas en la lucha contra la corrupción”, en *Derechos Fundamentales, Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Editorial Palestra, 2018, pp. 49-76; Figueiredo, *Corruption and Human Rights. Beyond the Link*, Wolf Legal Publisher, op. cit.; Peters, “Corruption and Human Rights”, op. cit.; Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, op. cit.

público, si estos actúan en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.⁵⁰

Si estamos ante un ilícito atribuible al Estado que tiene como fuente un acto de corrupción, debemos abordar la discusión sobre el nexo causal con el daño. El daño tampoco es un elemento de la responsabilidad internacional, pero sí es un elemento de la violación de derechos humanos porque es el antecedente de una de las consecuencias de la responsabilidad, cual es, la obligación de reparación.⁵¹ El daño es la consecuencia gravosa directa y previsible del hecho ilícito. De ahí que sea posible sostener que un acto corrupto, fuente del ilícito, provoca un daño cuando este es una consecuencia previsible y necesaria de la actuación ilícita.⁵²

Finalmente, el daño que debe ser reparado debe estar causalmente relacionado con el ilícito y las medidas de reparación deben estar, a su vez, causalmente conectadas con dicho ilícito y el daño provocado. Este es el elemento que determina la legitimidad de las medidas de reparación integral en materia de derechos humanos.

En definitiva, para establecer un vínculo sustantivo entre un hecho o situación de corrupción y una violación de derechos humanos es necesario que el acto de corrupción tenga la capacidad de generar una infracción a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos (fuente de la violación de tales derechos); además, si dicho acto ilícito atribuible al Estado ha generado un daño, debe establecerse su nexo causal previsible y necesario con el perjuicio provocado a las víctimas; y, finalmente, las medidas de reparación deben estar lógicamente vinculadas con el ilícito y el daño provocado a las víctimas.

Tomemos como ejemplo el caso de que da cuenta el capítulo sobre Perú en este libro, vinculado con corrupción judicial. Cuando un/a juez/a acepta un soborno para favorecer/perjudicar a una parte, el ilícito se produce cuando el juez viola su obligación de respetar el derecho de los intervinientes a ser

.....

50 Comisión de Derecho Internacional, 2001, artículos 4-11. La Corte IDH también ha tratado el tema, la más reciente, ver Corte IDH, Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia, Sentencia de 21 de noviembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 368, párrs. 175 y ss.

51 Comisión de Derecho Internacional, 2001, artículos 28 y ss.

52 La necesidad y previsibilidad son la base de la relación causal en materia jurídica (ver Peters, "Corruption and Human Rights", *op. cit.*) con base en los artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos (Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001).

juzgados por un tribunal imparcial y, con ello, viola el derecho de las partes a un debido proceso.⁵³ Por tanto, el ilícito internacional tiene su fuente en un acto de corrupción (el soborno genera el trato parcial). Además, este ilícito internacional provoca un daño que es previsible y necesario (juzgamiento parcial) y, en consecuencia, la víctima debe ser reparada integralmente a través de una medida restitutoria (anulación del juicio), compensatoria (indemnización pecuniaria) y de satisfacción (petición de perdón). Además, se deben adoptar medidas para evitar que esto vuelva a ocurrir y aquí es relevante la fuente del ilícito (corrupción); en efecto, si la fuente del ilícito es la corrupción, entonces deben adoptarse medidas para sancionar al juez por el acto de corrupción y no solo por la sentencia parcial, y también debe sancionarse a quien pagó el soborno;⁵⁴ deben adoptarse medidas para establecer si esta es una práctica común y las razones que la han permitido; se deben analizar otros casos similares donde se sospeche corrupción para establecer si se está ante un patrón sistemático, y adoptar las medidas pertinentes; si se está ante una red de corrupción judicial, se deben adoptar las medidas para desarticularla, entre otras. De esta forma es claro que establecer la fuente del ilícito sí tiene consecuencias jurídicas relevantes para la resolución adecuada del caso y, en consecuencia, es posible afirmar que la violación de derechos humanos tiene su origen en un acto o sistema de corrupción.

Algunos ejemplos recientes de connotación en la región, de los que da cuenta este libro (caso Honduras, Argentina, Brasil, Guatemala) nos permiten mostrar formas ya no meramente individuales de abuso de posiciones de poder (actos de corrupción), sino institucionales (situaciones de corrupción), en que el fenómeno de la corrupción a través de la captura institucional impacta en el goce y ejercicio de derechos humanos como la vida, la salud, la integridad personal o la libertad de expresión. Tomemos el ejemplo de la entrega de remedios adulterados o en mal estado por parte de instituciones aquejadas de corrupción en Honduras.⁵⁵ Aquí es la situación institucional de corrupción la que impide el cumplimiento de la obligación del Estado de proveer medicamentos de calidad y aptos para su fin propio (la corrupción

53 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 8.

54 Aquí podemos distinguir entre el pago soborno (ilícito), que a la vez puede ser víctima de una violación de derechos humanos.

55 OEA-Maccih, Reporte Maccih 6. Análisis y recomendaciones al proyecto de ley del Seguro Social: "Para que los hechos no se repitan", en <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Reporte-MACCIH6-26-09-FINAL.pdf>

es la fuente del ilícito); esa entrega de medicamentos provoca un daño en la salud de los individuos que los recibieron; entre el ilícito y el daño hay un nexo causal ya que el deterioro en la salud, e incluso la muerte, es una consecuencia previsible y necesaria de la entrega de estos medicamentos adulterados o en mal estado. En consecuencia, las medidas de reparación (compensación, rehabilitación, satisfacción) deben ir sumadas a otras relacionadas con la situación de corrupción, tales como, la intervención de la institución de seguridad social, la reforma de su gestión, el establecimiento de controles (no repetición); asimismo, se debe investigar y sancionar penalmente a los responsables de los actos de malversación de fondos y por los ilícitos asociados a los derechos violados (salud, vida).

Otro ejemplo es el terremoto en Ciudad de México (2017), que planteó una forma novedosa de vincular corrupción y violación del derecho a la vida e integridad personal de las personas. En efecto, se ha afirmado que algunos de los edificios colapsados se habrían construido con permisos obtenidos ilícitamente y, en otros casos, se habrían usado materiales de mala calidad. De probarse estos hechos, estaríamos ante casos donde el acto de corrupción genera el incumplimiento de la obligación de garantía del Estado de prevenir la afectación de los derechos a la vida y seguridad personal mediante el control de la construcción segura de viviendas, dicha violación tiene un nexo causal previsible y necesario con el daño al derecho a la vida de las víctimas.⁵⁶ Asimismo, dicho ilícito ha generado un daño que debe ser reparado integralmente, lo que no solo considera a las víctimas, sino la revisión de la situación de corrupción en la administración del Estado en materia de permisos de construcción (deber de garantía); y la sanción de los responsables no solo de la corrupción sino de las afectaciones del derecho a la vida, la integridad personal y la propiedad.

* * *

En definitiva, en todos estos casos la corrupción es la fuente de un ilícito atribuible al Estado, ya que lo genera, y este tiene como consecuencia previsible y necesaria provocar un daño o perjuicio en las víctimas directas, indirectas y en la sociedad, lo que debe ser reparado integralmente a través de medidas que consideren el ilícito, las fuentes del mismo y el contexto en el que se produce.

.....

⁵⁶ La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en octubre de 2017, emitió una declaración sobre la omisión, negligencia, corrupción y falta de aplicación de la ley que cobraron vidas y afectaron la seguridad y el patrimonio de las personas como consecuencia de los sismos del 7 y 19 de septiembre del mismo año, ver en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2017/Com_2017_336.pdf

La atribución de responsabilidad por actos o sistemas de corrupción

Una segunda dimensión sustantiva en materia de corrupción y violaciones de derechos humanos es la atribución de responsabilidad.⁵⁷ Ya hemos señalado que la atribución de responsabilidad en materia de derechos humanos sigue los estándares internacionales. Por tanto, lo relevante para establecer dicho vínculo será determinar cuál es la obligación de los agentes estatales y, de esta forma, establecer si se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado a través de actos o situaciones de corrupción.

La mejor forma de establecer esta atribución de responsabilidad es determinar cuáles son las obligaciones de los órganos del Estado materia de derechos humanos. Para ello la clave está en las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación que concretan la obligación de cumplir de buena fe los compromisos internacionales del Estado y, a partir de ellas, establecer la forma en que estas obligaciones se relacionan con la corrupción.⁵⁸

La obligación de respeto consiste en cumplir con el mandato normativo asociado a cada uno de los derechos y las libertades consagrados internacionalmente. Por tanto, habrá un incumplimiento a la obligación de respeto en materia de corrupción, cuando un órgano o autoridad estatal realicen algo que está prohibido u omitan una actuación a la que están obligados con base en un acto de corrupción. Como la naturaleza de la obligación estatal puede ser de medio o de resultado, la determinación del incumplimiento, como consecuencia de un acto o situación de corrupción, dependerá de si se establece un vínculo causal entre el acto de corrupción y el incumplimiento normativo en el caso concreto. Como dicho incumplimiento se da en el marco de las obligaciones del Estado, es posible establecer la atribución de responsabilidad estatal.

Por su parte, la obligación de garantía consiste en un conjunto de medidas que debe adoptar el aparato de poder público para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. La garantía tiene diversas expresiones que podemos vincular directamente con el tema de corrupción (prevención, protección, investigación y sanción).

.....

57 Peters, "Corruption and Human Rights", *op. cit.*

58 Sobre el alcance de estas obligaciones, ver Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192.

En primer lugar, la garantía supone el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para prevenir los hechos de corrupción que pueden configurar violaciones de derechos humanos.⁵⁹ En este sentido, la autoridad debe tomar las medidas necesarias para adecuar su institucionalidad (leyes, órganos y organismos, procedimientos, entre otros) para erradicar la corrupción del aparato estatal. Asimismo, se deben adoptar las medidas necesarias para provocar los cambios culturales que se requieren para superar los factores de este tipo que fomentan y permiten la corrupción. Además, se deben tomar las medidas necesarias para capacitar a los funcionarios públicos a fin de que conozcan sus obligaciones en materia de probidad administrativa. Si los órganos y agentes estatales no adoptan estas medidas, estarán incumpliendo su deber de prevenir y, por tanto, estarán incurriendo en responsabilidad internacional por no garantizar que los derechos puedan ejercerse y gozarse plenamente. Para que dicha actuación sea atribuible al Estado, aunque concurren otros elementos de análisis, basta con establecer que dicho incumplimiento ha sido suficiente para constituir el hecho ilícito.⁶⁰

Segundo, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias y eficaces para proteger a quienes se ven afectados por la corrupción. En este sentido, los Estados deben adoptar medidas institucionales (legislación, recursos eficaces, procedimientos rápidos y accesibles) y organizativas (sistemas de alerta rápida, evaluación de riesgos) para garantizar una adecuada protección de quienes se ven afectados por la corrupción, tanto por los resultados de esta como por quienes la denuncian y combaten. Estas medidas van desde actuaciones específicas de protección de un individuo amenazado en el goce y ejercicio de sus derechos hasta políticas públicas destinadas a crear ambientes propicios para la protección de los derechos humanos como ocurre en el caso de los defensores/as de derechos humanos. Cuando los órganos

.....

59 Este ha sido un aspecto destacado en el informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que señala “examinando la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, resulta más evidente que son necesarias medidas preventivas. Al integrar una perspectiva de derechos humanos en las estrategias de lucha contra la corrupción, también se vuelve imprescindible aplicar políticas de prevención en aspectos como la transparencia, las declaraciones juradas, las leyes de acceso a la información pública y los controles externos” (Naciones Unidas, Asamblea General, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015, párr. 28).

60 CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *op. cit.*, artículo 15.1.

o las autoridades encargadas de disponer e implementar eficazmente estas medidas no lo hacen, es un acto atribuible al Estado.

Tercero, los Estados tienen el deber de adoptar las medidas eficaces destinadas a investigar y sancionar los actos de corrupción de agentes estatales y no estatales. Por ello, los Estados deben tomar las medidas legislativas o de otro carácter para prohibir los actos de corrupción, establecer sanciones proporcionales y, sobre todo, para adecuar los sistemas de control y sanción para que dichos órganos y organismos estatales puedan investigar eficazmente los casos de corrupción, particularmente los más graves, y así establecer la verdad de estos hechos, sancionar y ejecutar las sanciones y recuperar los frutos ilícitos obtenidos mediante corrupción. Cuando no se toman estas medidas se va configurando un contexto de impunidad que fomenta la repetición de los ilícitos. Sin duda, la impunidad de las violaciones de derechos humanos ha sido y sigue siendo un incentivo para generar contextos estructurales de corrupción en América Latina⁶¹ y, de ahí, emana la obligación del Estado de reaccionar eficazmente para evitar que se cree un contexto o una cultura de impunidad que fomente actos de corrupción.⁶² Esta omisión por parte de los órganos y las autoridades estatales es atribuible al Estado para configurar responsabilidad internacional.

Un ejemplo interesante en este sentido son los casos *Campo Algodonero*⁶³ (1999) y *Hacienda Verde vs. Brasil*⁶⁴ (2017), los primeros sobre violencia contra mujeres y sobre esclavitud, respectivamente, que resuelve la Corte IDH. En ambos casos es claro que la impunidad, esto es, la falta de voluntad de investigar casos vinculados con grupos tradicionalmente sometidos a discriminación estructural permite las condiciones para las violaciones de sus derechos humanos.⁶⁵ Aquí la impunidad podía ser vinculada directamente

.....

61 Un buen ejemplo es el caso de Chile y los casos de financiamiento ilegal de la política y las prácticas de cohecho en el Parlamento (ver Claudio Nash, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, núm. 8, 2017, pp. 353-408).

62 CIDH, Resolución Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>

63 Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

64 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318.

65 En este caso la Corte IDH, en relación con la falta de investigación efectiva de los hechos denunciados en razón de la discriminación que sufre parte de la población

con corrupción en las instituciones encargadas de investigar estos casos. Infortunadamente, la Corte no entró en este análisis en dichas sentencias y, por tanto, no se dispusieron medidas para erradicar la corrupción que está en la base de la situación de impunidad denunciada en ambos casos.

Asimismo, la corrupción afecta otra obligación general que es la de no discriminación. En materia de corrupción es posible sostener que si se es objeto de trato diferenciado por parte de la autoridad basado en una condición social (no incurrir en actos de corrupción por decisión o por imposibilidad) que tiene por objeto o resultado la anulación o el menoscabo de los derechos humanos, se está siendo víctima de discriminación con base en corrupción. Además, aquellos sectores tradicionalmente desaventajados por prácticas históricas de exclusión y marginación que se ven afectados desproporcionadamente por la corrupción, también son víctimas de discriminación.

Debemos tener presente que en algunas situaciones es posible que haya una afectación a algunos derechos humanos y que no exista violación de derechos porque se está ante un límite legítimo. Una de esas hipótesis es la restricción de derechos. Respecto de la posibilidad de restricción de los derechos humanos en relación con la corrupción es necesario tener en consideración que esta nunca puede ser un elemento que justifique dicha restricción. Distinto es el hecho de considerar la lucha contra la corrupción como un objetivo legítimo para la restricción de derechos conforme a los estándares internacionales. Para que un Estado pueda restringir legítimamente el goce y ejercicio de derechos humanos es necesario que concurren tres elementos: i) legalidad, ii) objetivo y fin legítimo, iii) necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad en sentido escrito. Así, la medida anticorrupción podrá considerar restricciones de derechos en tanto que estas sean idóneas (son conducentes a obtener el fin legítimo que es el combate a la corrupción) necesarias (hay un interés público comprometido como lo es la lucha contra la corrupción y no hay otra vía menos invasiva de alcanzarlo que mediante

.....

brasileña que trabaja en condiciones de esclavitud, señaló: “Es así, que es razonable concluir que la falta de debida diligencia y de sanción por los hechos de sometimiento a condición análoga a la de esclavo estaba relacionada a una preconcepción de las condiciones a las que podía ser normal que fueran sometidos los trabajadores de las haciendas del norte y noreste de Brasil. Esta preconcepción resultó discriminatoria en relación a las víctimas del caso e impactó la actuación de las autoridades obstaculizando la posibilidad de conducir procesos que sancionaran a los responsables” (Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, párr. 419).

una restricción de derechos), y proporcionales (ponderando la medida estatal anticorrupción con el derecho humano en juego, la primera afecta en la menor medida posible el derecho a fin de obtener el resultado perseguido).

* * *

En definitiva, la atribución de responsabilidad en casos de ilícitos internacionales con base en actos o situaciones de corrupción está determinada por el incumplimiento de las obligaciones generales del Estado por parte de las autoridades correspondientes en el ámbito de sus competencias. Qué autoridad y de qué forma cumple con las obligaciones es una decisión interna del Estado, pero este diseño institucional nunca podrá ser invocado para eximirse de responder internacionalmente ya que la obligación es del Estado en su conjunto y así es evaluado internacionalmente.⁶⁶

Contextos de discriminación estructural y corrupción

Un aspecto que ha sido destacado en la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos es la necesidad de considerar los contextos en que están los titulares de derechos para el análisis de la responsabilidad internacional de los Estados. Esto cobra particular relevancia en materia de corrupción, ya que esta afecta en forma desproporcionada y diferenciada a grupos históricamente discriminados.⁶⁷

En este sentido, es pertinente analizar la forma en que la corrupción puede ser un elemento de contexto relevante en casos de discriminación estructural, particularmente, el efecto que puede tener en mujeres, personas en situación de migración, pueblos indígenas y tribales, afrodescendientes, personas privadas de libertad, entre otros.⁶⁸ Estos grupos, por su situación

.....
66 CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *op. cit.*, artículo 32.

67 “La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados. Asimismo, el impacto de la corrupción es muy grave en la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, en las personas migrantes, y en personas LGBTI” (CIDH, Resolución 1/18 *Corrupción y Derechos Humanos*, 2 de marzo de 2018, p. 6, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>).

68 Sobre la aplicación del principio de igualdad ver, Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016 (Ebook).

de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos, se ven expuestos a formas sistémicas e individuales de corrupción, es decir, su situación es un antecedente fáctico que facilita la violación de derechos mediante actos de corrupción.

Esta misma situación de vulnerabilidad agravada en la que están los grupos en situación de discriminación sistémica⁶⁹ se da porque la discriminación estructural permite espacios donde las autoridades se reservan amplios poderes discrecionales, lo que promueve formas diversas de corrupción, como por ejemplo, un/a trabajador/a inmigrante que no cuenta con permiso de residencia podrá ser extorsionado por algún funcionario corrupto, a sabiendas de que aquellos muchas veces no tienen dónde presentar sus quejas o tienen miedo de hacerlo. Otro ejemplo se observa en el ámbito del derecho a consulta de los pueblos indígenas, donde se presentan amplios espacios para la corrupción cuando el Estado no desarrolla procesos de consulta bajo estándares mínimos de seriedad y buena fe;⁷⁰ lo mismo en materia de afectación diferenciada respecto de mujeres que sufren de manera agravada situaciones como la violencia sexual y el clientelismo político vinculados con corrupción.⁷¹

En estos casos, los actos individuales e institucionalizados de corrupción generan una afectación del deber de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos sin discriminación de estos colectivos. Así, es posible establecer un vínculo causal entre el ilícito (omisión del deber de garantía) y la violación de los derechos humanos de dichos colectivos. A partir de estos actos, imputables al Estado, es posible configurar casos de responsabilidad

.....
69 *Idem*; CIDH, Resolución Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>; CIDH, Resolución 1/18 *Corrupción y Derechos Humanos*, op. cit. 2 de marzo de 2018, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

70 Nash, *Responsabilidad Internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, op. cit.

71 B. Schimmel y B. Pech, *Corruption and Gender, Approaches and Recommendations for TA*, Eschborn, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2004; Farzana Nawaz, *State of Research on Gender and Corruption*. Transparency International, 2009, en <https://www.u4.no/publications/state-of-research-on-gender-and-corruption/pdf>; Christian Gruemberg et al., “Análisis preliminar sobre la relación entre el clientelismo, la pobreza y el género”, en M. Thiteux-Altschul (ed.), *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2010; Delia Ferreira et al., *Género y corrupción en América Latina: ¿hay alguna conexión?* Documento de trabajo, Centro Regional para América Latina y el Caribe, Panamá Dirección Regional para América Latina y el Caribe (DRALC), 2014, en file:///Users/clauidionash/Downloads/undp_cl_genero_y_Corrupcion_2014.pdf

internacional por hechos de corrupción que deben ser reparados, no solo de manera individual (restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción), sino también colectivamente (obligación de no repetición).

En este sentido, cabe destacar el análisis realizado recientemente por la Corte en un caso sobre adopciones ilegales en Guatemala,⁷² donde estableció explícitamente un vínculo entre un “marco de corrupción” y el impacto negativo en los derechos humanos de los niños y las niñas adoptados ilegalmente y sus padres biológicos.⁷³ Si bien la Corte señaló que existía un “impacto negativo”, no dio el paso necesario para considerar que el contexto de corrupción constituía parte de una violación estructural de los derechos humanos, cuestión perfectamente posible a la luz de los hechos establecidos en el caso. En efecto, la omisión de sus obligaciones de control y protección con base en el marco de corrupción impidió que los órganos del Estado cumplieran con el deber de tomar las medidas adecuadas para la protección de los derechos de niños y niñas adoptados ilegalmente (art. 19 CADH) y tampoco garantizó la unidad familiar (art. 17 CADH), ni el derecho a la personalidad jurídica (art. 3 CADH); asimismo, dicho marco de corrupción impidió que se investigara y sancionara proporcionalmente a los responsables (arts. 1.1, 25.1 y 8.1 CADH). Haber hecho este análisis y no solo una declaración genérica, le habría permitido a la Corte dar por establecido un ilícito internacional que tiene su fuente en la corrupción, lo que le habría permitido establecer un nexo de causalidad entre la violación de los derechos humanos de las víctimas y la corrupción estatal (el daño era previsible y suficiente a partir del marco de corrupción)

.....
72 Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.

73 “La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos” (Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351, párr. 242).

y, en consecuencia, habría podido disponer medidas de reparación integral destinadas a erradicar este flagelo en materia de adopciones internacionales.

Realizar este análisis es fundamental ya que las situaciones generales o marco de corrupción, en palabras de la Corte IDH, son constantemente establecidas por los organismos de derechos humanos, pero estos no afinan su razonamiento en el sentido de establecer si dicho marco de corrupción es un antecedente que vincule el actuar ilícito de la autoridad con los actos de corrupción asociados a dicho marco general. Si es posible establecer el vínculo entre el incumplimiento de la obligación general y el acto de corrupción, se debe considerar este elemento al configurar el contexto en que se produce el ilícito atribuible al Estado.⁷⁴

Formas criminales de corrupción que agravan las consecuencias de las violaciones de los derechos humanos

Otra dimensión en la que hay un impacto de la corrupción en materia de derechos humanos es en relación con formas criminales de esta. Si bien en toda forma de corrupción que genere ilícitos internacionales hay igualmente responsabilidad, los impactos de esta pueden verse agravados dependiendo de la forma en que esta se produce y la respuesta del Estado frente a dichas prácticas. Esto tiene impacto en el análisis de contexto, en las obligaciones de prevención y protección, en la mayor exigencia de respuesta sancionatoria y en materia de reparaciones.

Ya nos hemos referido a las formas de macrocorrupción como un tipo agravado de gran corrupción. Una de las variables que puede adoptar la macrocorrupción es la de cooptación institucional. Esta forma de corrupción se caracteriza porque, a través de actos lícitos e ilícitos, se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias. En la región se han dado casos como la captura del sistema de aduanas, de seguridad social o de obras públicas que han significado, no solo la malversación de cuantiosos fondos

.....

74 Establecer las fuentes del incumplimiento es una práctica común en el razonamiento internacional. Así, el racismo, la xenofobia, la homofobia, la intolerancia religiosa o política son motivaciones que configuran el ilícito internacional como un acto complejo que es relevante para establecer medidas de prevención y reparación. No considerar las motivaciones impide dimensionar el ilícito en toda su magnitud. Esto no debe ser confundido con el elemento subjetivo de la responsabilidad internacional (dolo o culpa) relacionada con la intención de comprometer la responsabilidad internacional del Estado, cuestión irrelevante para establecer el ilícito internacional.

públicos, sino la imposibilidad de que dichas reparticiones cumplan con los fines que les son propios. El caso de Colombia que se expone en este libro da cuenta del impacto que tiene en el derecho a la alimentación la captura de una institución destinada a proveer de alimentos a niños y niñas colombianos.

Por otra parte, están los casos de captura del aparato de poder público por verdaderas bandas delincuenciales. En estos casos, la cooptación ya no es de alguna institución o sector estatal, sino que es el aparato de poder público completo el que se captura con fines ilícitos. Hay ejemplos variados de esto en la región; así, la dictadura de Pinochet en Chile generó formas de corrupción a gran escala, no solo para beneficio del dictador y su entorno inmediato, sino que permitió formas de corrupción a gran escala que tuvieron como consecuencia la apropiación de parte importante del aparato de poder económico del Estado por sectores afines a su gobierno;⁷⁵ otro buen ejemplo de esta forma de corrupción es el caso del Perú bajo Fujimori, donde la cooptación del Estado se organizó por la dupla Montecinos/Fujimori con ramificaciones en todos los poderes del Estado que pusieron el aparato público al servicio de un entramado de corrupción a gran escala,⁷⁶ o los actuales de Venezuela y Nicaragua, donde la concentración de poder, justificada formalmente en la necesidad de combatir el terrorismo o mantener la “revolución”, han sido el espacio fértil para organizar un aparato criminal al más alto nivel de los poderes del Estado.

Mención aparte en estas formas criminales de corrupción merece el crimen organizado, que es una de las amenazas más graves a la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en la región.⁷⁷ En el crimen

.....
75 Nash, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *op. cit.*

76 José Ugaz, “Caso Fujimori-Montecinos”, en José Zalaquett y Alex Muñoz (eds.), *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso en América Latina*, Santiago, Universidad de Chile, 2008, pp. 99-112.

77 En el informe del Relator de las Naciones Unidas para la Independencia de Magistrados y Abogados, cuando se habla de crimen organizado se hace referencia a la concurrencia de los siguientes elementos: a) las actividades se realizan durante un periodo sostenido en contraposición a aquellos individuos que se juntan esporádicamente para llevar a cabo una acción concreta; b) las organizaciones poseen una estructura y una jerarquía identificables que pueden ser de diferentes tipos: piramidal, empresarial, pública o privada, entre otras; c) las organizaciones cometen graves delitos con fines de lucro; y, d) las organizaciones criminales utilizan la corrupción o la violencia para llevar a cabo sus actividades y protegerse de las consecuencias de las mismas (Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la Independencia Magistrados y Abogados, Resolución A/72/140, 25 de julio de 2017, párr. 35, en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/72/140>).

organizado se incurre en prácticas de corrupción de agentes estatales para facilitar o permitir actuaciones ilícitas. Estas prácticas de corrupción por parte del crimen organizado agregan, por lo general, un elemento particular a las formas privadas de corrupción y es el uso de la violencia.⁷⁸ Muchas veces, el crimen organizado no solo actúa de manera individual sobre funcionarios del Estado, sino que las bandas criminales capturan instituciones y las ponen al servicio de sus intereses ilícitos. Esta es una forma particularmente dañina de corrupción, ya que involucra al aparato del Estado institucionalmente y lo desvía del cumplimiento de su objetivo natural que es la búsqueda del bien común y la primacía de la ley.⁷⁹

Además, se puede dar otra forma de relación con el aparato estatal y es la posibilidad de que el propio aparato del Estado, a través de funcionarios corruptos, establezca formas de asociación criminal con bandas delincuenciales. Al configurarse estas formas complejas de relación entre aparato estatal y crimen organizado, la corrupción pasa a ser parte del actuar cotidiano y distorsiona el rol del Estado y sus instituciones. Casos como el de Ayotzinapa en México dan cuenta de los extremos a los que puede llegar la asociación entre el aparato del Estado y el crimen organizado.⁸⁰

Otro ejemplo relevante del impacto agravado en materia de derechos humanos del crimen organizado y su vinculación con la corrupción es en

.....

78 “Las interferencias indebidas en el poder político pueden ser también de naturaleza violenta, especialmente cuando se llevan a cabo directamente por miembros del crimen organizado. Estas interferencias están destinadas a asegurar determinados propósitos como el cierre de un determinado caso o la absolución de un individuo concreto. Frecuentemente, están acompañadas por amenazas, intimidación y/o extorsión” (Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la Independencia Magistrados y Abogados, Resolución A/72/140, 25 de julio de 2017, párr. 57).

79 “Las redes criminales tratan de extenderse en la institucionalidad del sistema democrático de derecho imponiendo su poder y su influencia a partir de sus propias reglas, creando esferas de inmunidad e impunidad dentro del propio Estado. Una parte importante de su organización consiste en la penetración institucional en el sector de la justicia, cobrando especial relevancia la utilización de la corrupción como medio para permear la administración judicial. Todo esto plantea un reto enorme para los sistemas judiciales, tanto por la corrupción o las amenazas que los puede afectar como por la responsabilidad fundamental que tienen para enfrentar el delito” (Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la Independencia Magistrados y Abogados, Resolución A/72/140, 25 de julio de 2017, párr. 39).

80 CIDH, Informe Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), Resumen Ejecutivo, en <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/resumenejecutivo-giei.pdf>

materia de trata de personas.⁸¹ Para que pueda desarrollarse este delito es necesario contar con la colaboración de autoridades estatales; esto hace que la corrupción esté íntimamente ligada a todo el fenómeno ilegal tras la trata de personas. Aquí se dan varias situaciones de contexto que son relevantes desde la perspectiva de los derechos humanos. Por una parte, cuando la corrupción permite que autoridades estatales colaboren para la trata de personas, sea facilitando documentación, absteniéndose de controlar los pasos fronterizos o no investigando situaciones sospechosas de trata (hay actos que por sí mismos no violan derechos humanos, pero unidos a otros elementos sí permiten la violación).

Otro espacio donde la corrupción y la trata están estrechamente vinculadas es en el proceso de lavado de dinero. El dinero producto de la trata de personas se introduce a los mercados lícitos a través de diversos actos que pueden fomentar la corrupción. En este sentido, cuando el Estado no investiga diversas formas de lavado de activos o el flujo del dinero a través de transacciones internacionales, entre otros, está facilitando la violencia contra las víctimas de tráfico de personas en la región (al no garantizar los derechos por generar formas de impunidad y permitir la base del negocio que es la obtención de beneficios económicos ilícitos).

Cuando se producen situaciones de este tipo, el Estado tiene una responsabilidad agravada de desarticular estos sistemas criminales, perseguir y sancionar a los responsables y, además, tomar las medidas institucionales para que estos hechos no vuelvan a repetirse. Para ello es necesario enfrentar el fenómeno de la trata de personas y los actos de corrupción que son coadyuvantes y permiten dicho ilícito. En definitiva, la corrupción facilita y promueve una forma especialmente agravada de violación de los derechos humanos como es la trata de personas, que afecta preferentemente a mujeres, niños y niñas en todo el mundo.

.....

81 La Corte ha señalado que los elementos que configuran el ilícito de trata de personas son: “i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación” (Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, párr. 290).

La reparación de violaciones de los derechos humanos basadas en la corrupción

Cuando se produce responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones generales respecto de algún derecho y dicho ilícito es atribuible al Estado, surge la obligación de reparar integralmente a las víctimas de corrupción. La reparación consiste en hacerse cargo de las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos, adoptando medidas de restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición respecto de la víctima directa e indirecta y la sociedad en su conjunto.⁸² Para reparar el daño provocado a las víctimas directas, indirectas y a la sociedad en su conjunto, es necesario determinar adecuadamente el origen del actuar ilícito de los agentes estatales. Esta es la única forma en que los Estados pueden reparar de manera integral el daño y prevenir que este vuelva a producirse. Por ello, independientemente de si el acto o la situación de corrupción configura, genera o coadyuva a la producción del ilícito, es relevante establecer dicho vínculo para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones interamericanas e internacionales en materia de derechos humanos.

El principio de centralidad de la víctima en políticas anticorrupción con perspectiva de derechos humanos⁸³ tiene como una de sus concreciones, precisamente, la respuesta integral frente al daño económico, político y social ocasionado por la corrupción. Cuando la corrupción genera o coadyuva a que se produzca una violación de los derechos humanos, es importante que los Estados se hagan cargo de dichas consecuencias. Así, en casos de gran corrupción y macrocorrupción, cuando el Estado no ha podido garantizar plenamente y hasta el máximo de sus recursos los derechos sociales, como se encuentra establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), producto de estas formas de corrupción, es necesario que adopte las medidas para revertir esa situación.⁸⁴ Asimismo,

.....
82 CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *op. cit.*, arts. 34 y ss.

83 CIDH, *Corrupción y Derechos Humanos*, *op. cit.*

84 “La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos

debe establecer si hay víctimas concretas, las que deben ser reparadas. Cuando la corrupción adquiere connotaciones sistémicas, o un servicio público es cooptado por intereses privados que le impiden cumplir con sus obligaciones, el Estado debe adoptar medidas inmediatas para cesar con la situación ilícita y dotar al servicio de los recursos para cumplir sus fines e identificar a las víctimas de dichos actos, a fin de que estas sean reparadas integralmente.

En consecuencia, asumir la relevancia de la corrupción en la configuración del ilícito internacional obliga a una lectura de las medidas de reparación eficaces para erradicar las causas de la corrupción.⁸⁵

A modo de ejemplo, podemos indicar las siguientes cuestiones. Las medidas de compensación corresponden a las víctimas directas o los colectivos que se hayan visto perjudicados económicamente con motivos de actos de corrupción y aplican en la especie los criterios de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Las medidas de rehabilitación corresponden a las víctimas directas por las consecuencias dañosas de los actos de corrupción, así como a los colectivos que pueden haberse visto afectados por la corrupción que impidió que recibieran los servicios a que está obligado el Estado. Las medidas de restitución están asociadas a las víctimas directas y los colectivos, y tienen relación, principalmente, con las medidas que les permitan volver a la situación anterior a la afectación de derechos provocadas por la corrupción; si dicha situación es de corrupción estructural, corresponde su transformación. Las medidas de satisfacción miran a la víctima, su entorno y la sociedad en su conjunto y están vinculadas con el conocimiento de la verdad de

.....

los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Quinto periodo de sesiones, UN Doc. E/1991/23 (1990), párr. 9).

⁸⁵ Nash, *Responsabilidad Internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, op. cit.

la corrupción y los daños provocados, con la petición de perdón por parte de quienes intervinieron en dichos actos de corrupción y con la memoria de los mismos. Las medidas de no repetición están vinculadas principalmente con la sociedad en su conjunto y las acciones que adoptará la autoridad para que los hechos de corrupción no vuelvan a suceder.⁸⁶

* * *

En definitiva, la relación entre corrupción y derechos humanos da cuenta de los diversos vínculos entre la corrupción institucionalizada (hemos analizado instituciones, legislaciones, prácticas estatales y no solo actos individuales de abuso de poder) y los derechos humanos. Estos vínculos no corresponden a categorías excluyentes, sino que dan cuenta de diversas dimensiones (formas y grados) en que se vinculan sustantivamente ambos fenómenos.

La lucha contra la corrupción y los vínculos estratégicos con la protección de los derechos humanos

La relación entre corrupción y derechos humanos no solo presenta la dirección negativa recién desarrollada, sino también muestra una dirección de carácter positivo. Esta segunda interacción está dada por las confluencias entre las agendas del movimiento anticorrupción y el movimiento por los derechos humanos. Ambas agendas tienen el potencial de repercutir sobre la otra: mientras que la lucha contra la corrupción puede tener un efecto positivo en el goce y ejercicio de los derechos humanos, el fomento de los derechos humanos reduce las oportunidades de corrupción.⁸⁷

Si bien estos vínculos entre corrupción y derechos humanos hoy nos parecen evidentes, las agendas de los movimientos por los derechos humanos y anticorrupción presentan desde un punto de vista histórico ciertos desencuentros.⁸⁸ Empero, durante la última década se ha producido un cambio en esta relación y se ha comenzado a ver con mayor claridad que los esfuerzos por construir democracias sólidas, con pleno respeto de los derechos humanos,

.....
86 Sobre las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver Claudio Nash, *Responsabilidad Internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago, Legal Publishing, 2014.

87 Nash y González, *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*, op. cit.

88 Gruemberg et al., “Análisis preliminar sobre la relación entre el clientelismo, la pobreza y el género”, op. cit.

no son factibles si no se enfrenta la corrupción.⁸⁹ Hay puntos de convergencia evidentes. El movimiento de derechos humanos tiene un largo desarrollo de implementación de estándares internacionales en el ámbito interno y de tutela nacional e internacional que puede ser de gran utilidad para el movimiento anticorrupción, particularmente, su judicialización. Por su parte, en la lucha contra la corrupción, la rendición de cuentas y el *accountability* son esenciales y pueden ser herramientas muy eficaces para la protección de los derechos humanos.⁹⁰

El espacio donde mayor convergencia estratégica se produce es en la protección de ciertos principios de la lucha contra la corrupción que tienen relación directa con el ejercicio de derechos humanos: no discriminación, transparencia, rendición de cuentas y participación. Revisaremos a continuación algunos ejemplos.

- a) La corrupción tiene estrechos vínculos con el principio de no discriminación. Por una parte, la corrupción suele desviar recursos públicos, lo que provoca una administración y distribución de bienes y servicios arbitraria o discriminatoria; por otra, este fenómeno impacta más intensamente en quienes sufren de discriminación por su raza, sexo, origen étnico o nacional, orientación sexual, opinión política, condición socioeconómica, entre otras causas. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ocupan un lugar central en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Es una obligación general para los Estados, que no admite norma en contrario y que es de exigibilidad inmediata. Por tanto, la plena vigencia del principio de no discriminación es un obstáculo para las prácticas corruptas que quedan al descubierto por las consecuencias diferenciadoras que traen asociadas.
- b) En cuanto a la transparencia, es claro que en la medida en que los gobiernos, las empresas y organizaciones divulguen antecedentes sobre sus reglas, planes, procesos y actividades, se reduce el espacio para arreglos corruptos. Lo mismo ocurre si se facilita el acceso público a esa información, puesto que las instituciones de supervisión y la

89 ICHRP, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, op. cit., en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551222; ICHRP, *La integración de los derechos humanos en la agenda de combate a la corrupción: retos, posibilidades y oportunidades*, op. cit.; Nash y González, *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*, op. cit.

90 Nash y González, *Transparencia, lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos*, op. cit.

ciudadanía podrán escrutar a dichas entidades. El DIDH protege el acceso a la información pública como parte del derecho a la libertad de expresión. El acceso a información completa, actualizada y comprensible es, además, un presupuesto para el ejercicio de otros derechos. La información supone poder y las estrategias de transparencia pueden incidir en la distribución y en las relaciones de poder. Hay allí una clara convergencia temática.

- c) En relación con la rendición de cuentas, quienes ejercen el poder que les ha sido delegado tienen el deber de explicar y justificar sus acciones, exponiéndose incluso a sanciones si incumplen sus deberes. Quienes ejercen funciones públicas deben responder ante aquellos que, habiéndoles confiado ese poder, resultan afectados por sus actividades. De ese modo, es posible prevenir, detectar y sancionar la corrupción. Según el DIDH, los Estados deben responsabilizarse por las violaciones de los derechos humanos cometidas bajo su jurisdicción. El derecho a un recurso efectivo, en tanto mecanismo para reclamar de la vulneración de un derecho y obtener reparación, puede ser utilizado como una forma de rendición de cuentas. Cuando los recursos judiciales dispuestos por el Estado se han agotado, son ilusorios, inadecuados o impracticables, el DIDH contempla mecanismos globales y regionales de rendición de cuentas. Una de las razones por la que los recursos judiciales del Estado pueden ser ilusorios o impracticables es la existencia de corrupción en la administración de justicia.
- d) En cuanto a la participación ciudadana, esta disminuye las oportunidades de corrupción y es un medio de control beneficioso para los Estados, por cuanto permite prevenir y detectar abusos. Cuando el Estado carece de instituciones sólidas de monitoreo o se encuentra capturado, la participación resulta aún más vital. La participación puede frenar la perpetuación de privilegios que la corrupción asegura a los grupos de poder. Su ejercicio es exigible por medio del derecho a reunirse, asociarse, expresarse, informarse y a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad. Al mirar la participación como un derecho, ponemos el acento en la amplitud, profundidad y legitimidad del proceso participativo.

* * *

En definitiva, los vínculos entre corrupción (lucha en su contra) y derechos humanos (protección efectiva) están dados por el potencial que tienen ambas agendas para complejizar su mirada de la realidad y del contenido y alcance

de los derechos. De esta manera será posible elaborar estrategias efectivas para prevenir y reprimir la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos e interpretar el contenido y alcance de estos derechos en una lógica vinculada a la lucha contra la corrupción; asimismo, mejorar la lucha contra esta e incorporar el fenómeno de la corrupción al análisis de casos permite una mejora en el uso de los instrumentos de derechos humanos en casos estructurales.

La lucha contra la corrupción y sus vínculos con los derechos humanos en el plano de la legitimidad de las políticas criminales anticorrupción

Como hemos señalado, un desafío en toda sociedad democrática es responder eficazmente frente a las violaciones de derechos humanos y frente a la corrupción, a fin de evitar escenarios de impunidad. Un litigio estratégico anticorrupción con un enfoque en derechos humanos sería un paso necesario en la región. Además, dentro de los instrumentos a los que se puede recurrir está el derecho penal. Frente a la posibilidad de utilizar el instrumento penal para la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción surge la necesidad de que dicha respuesta no solo sea eficaz, sino que se haga bajo ciertos estándares mínimos de respeto de los derechos humanos.⁹¹ Sin este requisito la respuesta pierde legitimidad y se socava el Estado de derecho que se busca proteger.⁹²

Son tres las cuestiones a las que se debería dar preponderancia en materia penal para una eficaz lucha contra la corrupción con perspectiva de derechos humanos: a) la política criminal para enfrentar la corrupción, b) las condiciones de regulación de la justicia criminal en casos de corrupción y, c) el respeto por el debido proceso.

Políticas criminales y lucha contra la corrupción

Las políticas criminales en materia de lucha contra la corrupción deberían estar centradas en la persecución de los casos de mayor envergadura y repercusión pública. El objetivo de un uso eficaz del instrumento penal es dar un ejemplo de la sanción social frente a los actos de corrupción y la intolerancia

91 Joel Ngugi, Making the link between corruption and human rights: Promises and perils. *American Society of International Law*, núm. 104, 2010, pp. 246-250.

92 Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

frente a los mismos.⁹³ Si los esfuerzos estatales que implica el uso del instrumento penal se justifican, es para los actores principales –*big fish*–, y no para los actos menores.⁹⁴

En una sociedad democrática, el uso del instrumento penal siempre debe darse bajo condiciones de legitimidad jurídica y social, por ello es importante que la política criminal en materia de lucha contra la corrupción sea claramente establecida, se justifique como una forma de sanción proporcional frente al daño que los actos de corrupción ocasionan a las instituciones y al sistema democrático en su conjunto y sea efectivamente implementada.⁹⁵

Casos como las persecuciones penales contra el expresidente y la vicepresidente de Guatemala que se relatan en este libro, así como los casos de los expresidentes de Perú, Argentina, Brasil, entre otros, son un buen ejemplo de una política criminal centrada en los grandes casos y los responsables mayores de la corrupción; en cambio, la débil persecución de casos de gran corrupción en Chile es una de las malas prácticas en la materia.

Condiciones de persecución

En cuanto a las condiciones de la persecución, las legislaciones penales respetuosas del principio de legalidad son centrales, ya que estas deben cumplir con requisitos mínimos para no perder legitimidad. Esto implica leyes penales escritas y estrictas, sin perder de vista los derechos procesales de los victimarios.⁹⁶ La tentación de tipos penales abiertos e indeterminados está presente en estos casos.⁹⁷

Un buen ejemplo de esta compleja relación entre el instrumento penal, la lucha contra la corrupción y los derechos humanos es el uso de legislaciones sobre enriquecimiento ilícito; sin duda, estas pueden ser un instrumento útil para detectar situaciones de corrupción cuando hay patrimonios que no

93 Antonio Del Moral García, “La justicia penal ante la corrupción”. *Governobert* 2015. Generalitat de Catalunya, 2015, en http://exterior.gencat.cat/web/.content/transparencia/publicacions/govern_obert3/GovernObert3_CAST.pdf

94 Klitgaard, *Controlando la corrupción*, op. cit.

95 A fin de que la política criminal tenga un efecto disuasivo debe haber condiciones para una efectiva implementación, si no, los agentes de los acuerdos corruptos no adecuarán su conducta y los beneficios del ilícito serán mayores al riesgo de la sanción. Ver Bruno Rusca, “La persecución penal de la corrupción – Reflexiones y propuestas de política criminal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, vol. III, núm. 2, Nueva Serie II, 2012, pp. 137-154.

96 Artículo 15 del PIDCP y artículo 9 de la CADH.

97 ICHRP, *La integración de los derechos humanos en la agenda de combate a la corrupción: retos, posibilidades y oportunidades*, op. cit., pp. 69-77.

pueden ser justificados, pero su sanción debe ir asociada a garantías de un debido proceso penal.⁹⁸

Otro ejemplo es el uso de incentivos para denunciar o las delaciones compensadas, que han demostrado ser instrumentos fundamentales en casos altamente complejos como el de Lava Jato;⁹⁹ el punto por resolver es cuál es el límite del uso de incentivos para declarar y las posibilidades de inculpamiento falso o con finalidades políticas o económicas.¹⁰⁰

El debido proceso en la persecución de la corrupción

Finalmente, en cuanto al respeto de las normas del debido proceso, los casos sobre corrupción deben ser juzgados en un plazo razonable, con las debidas garantías, por un tribunal independiente, imparcial, competente y anterior a los hechos.¹⁰¹ En materia de corrupción rige plenamente el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia¹⁰² que no solo vincula al juez, sino a todos los poderes del Estado.¹⁰³

Un adecuado ejercicio de derechos disminuye los espacios de discrecionalidad del juzgador; a modo de ejemplo, la publicidad de los juicios es relevante por su efecto disuasivo, pero esto no puede transformarse en espectáculos mediáticos;¹⁰⁴ la duración de los procesos puede ser un espacio para usos ilegítimos de la persecución penal a fin de eliminar competidores

98 Propuesta de ley tipo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en http://www.oas.org/juridico/spanish/cr_res11.htm

99 Sobre experiencia comparada, ver <https://idl-reporteros.pe/delacion-premiada-en-brasil-colaboracion-eficaz-en-el-peru-una-comparacion/>

100 Ernesto De la Jara, *La colaboración eficaz contra el crimen organizado. Entre lo permitido y prohibido por el derecho*. Tesis para optar grado Magíster en Investigación Jurídica. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, en <https://core.ac.uk/download/pdf/86409289.pdf>

101 Artículo 14.1 del PIDPC y artículo 8.1 de la CADH.

102 Corte IDH, Caso Zegarra Marín vs. Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 331, párrs. 136-145.

103 “El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella” (Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 119, párr. 160).

104 Sobre los alcances del debido proceso y en otros derechos convencionales y su relación con casos sobre corrupción, ver Claudio Nash *et al.*, *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2014, en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/109.pdf>.

políticos;¹⁰⁵ las normas relativas a la imparcialidad de los jueces y un adecuado sistema de recursos limita posibilidades de corrupción judicial;¹⁰⁶ seguir líneas lógicas de investigación y la acreditación de hipótesis y versiones relevantes ayuda a evitar investigaciones dirigidas a exculpar/inculpar por intereses distintos a los de la recta administración de justicia;¹⁰⁷ un buen sistema de recursos, que permita la revisión de las resoluciones relevantes.¹⁰⁸ Todas estas garantías van en el sentido de proteger ciertos mínimos de legitimidad de las decisiones judiciales y, por tanto, son un control de su actividad que limita las posibilidades de corrupción judicial y un uso ilegítimo del instrumento penal.¹⁰⁹

Un buen ejemplo de la complejidad de llevar adelante políticas anti-corrupción efectivas con respeto de los derechos humanos es el de la prisión preventiva. Un caso evidente ha sido el de Perú,¹¹⁰ donde se han decretado prisiones preventivas de 36 meses como medida cautelar. Es claro que conforme a los estándares internacionales (art. 9.3 PIDCP y art. 7.5 CADH) esta debe ser una medida excepcional ajustada a los objetivos internacionales y no se debe transformar en una sanción anticipada. Vincular la prisión preventiva con la duración de la investigación es un error, particularmente en casos de corrupción, ya que ambos son plazos distintos que tienen lógicas y requisitos diferentes. Por ello, en materia de lucha contra la corrupción la prisión

.....
105 Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330, párr. 178.

106 “En este sentido, la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial. La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 207, párr. 117).

107 Corte IDH, Caso Acosta y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 142.

108 Corte IDH, Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 169.

109 Claudio Nash, “¿Cómo prevenir la corrupción en el proceso judicial? Una mirada desde los derechos humanos”, en Agudelo, Dimaro, *et al.* (coords.), *Derecho procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp. 39-65.

110 Un interesante análisis del tema en Tribunal Constitucional (Perú), rol 502-2018, de 26 de abril de 2018.

preventiva es una restricción legítima en la medida que busque asegurar, en el caso concreto, la comparecencia en juicio y el éxito de la investigación; se ajuste a criterios de proporcionalidad atendido el caso concreto, su complejidad y etapa de la investigación, que deben ser establecidos en cada caso por la autoridad judicial correspondiente y deben ser objeto de revisión permanente por un juez a fin de establecer si las condiciones que la justificaron se mantienen vigentes. Efectivamente, en materia de corrupción la complejidad de los casos, las múltiples formas de alterar las pruebas, desviar recursos, presionar testigos, entre otros actos ilícitos, pueden obligar a las autoridades a adoptar medidas excepcionales más gravosas para quien es objeto de investigación, pero estas medidas siempre deben ser justificadas a la luz de los hechos del caso, debidamente motivadas y deben ser objeto de control judicial y revisión por instancias superiores.

* * *

En definitiva, la efectividad y legitimidad discursiva son relevantes en casos de corrupción. La búsqueda de la efectividad a ultranza puede poner en juego la legitimidad del sistema democrático en estos casos difíciles. Conseguir las pruebas y construir conexiones no es un ejercicio fácil, menos en casos de corrupción a gran escala o sistemáticas, pero ello no puede llevar a desarrollar discursos o acciones que sean incompatibles con la plena vigencia de los derechos humanos, sobre todo con el derecho al debido proceso del victimario.¹¹¹ De ahí que la motivación de las sentencias sea un elemento esencial para limitar los espacios de discrecionalidad de la autoridad judicial y permitir el pleno goce del principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa.¹¹²

La lucha contra la corrupción con un enfoque de derechos humanos

Enfrentar el fenómeno de la corrupción, tanto en la experiencia práctica (los casos que se presentan en este libro dan cuenta de aquello) como en los modelos teóricos,¹¹³ es altamente complejo por las diversas variables o factores

.....
111 Corte IDH, Caso López Mendoza *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párr. 147; Corte IDH, Caso Acosta y otros *vs.* Nicaragua, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334, párr. 169.

112 Corte IDH, Caso Zegarra Marín *vs.* Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 331, párrs. 146-158.

113 Rose-Ackerman, "Political corruption and democracy", *op. cit.*; Klitgaard, *Controlando la corrupción*, *op. cit.*; Michael Johnston, *Syndromes of Corruption: Wealth,*

que confluyen para permitir que la corrupción se instale en una sociedad, prospere y termine por minar las bases de la convivencia social. Empero, un elemento que es común en cada una de estas experiencias y modelos anti-corrupción es la necesidad de fortalecer la institucionalidad y el Estado de derecho para evitar que la corrupción se transforme en un fenómeno estructural que se consolide.

A continuación se reseñan algunas de las medidas que parecen apropiadas para erradicar los factores institucionales y culturales que permiten, fomentan y generan situaciones de corrupción.

Fortalecimiento del Estado de derecho (prevención)

Sin duda, el Estado es sinónimo de poder institucionalizado, por lo que el riesgo de que quienes están en posiciones de poder desvíen sus funciones para obtener beneficios privados (personales o de terceros) está siempre presente. De ahí que los esfuerzos deban conducir a evitar los espacios de discrecionalidad y la falta de control¹¹⁴ y, por otra parte, aumentar los costos asociados a los actos de corrupción.¹¹⁵

En esa línea, es necesario fortalecer la primacía de la ley. El Estado de derecho es, desde sus orígenes, expresión de un límite al poder a través de las leyes. Por ello, las leyes deben ser un espacio preferente para controlar al poder y establecer parámetros claros de conducta. A menor claridad de estos parámetros o menores controles en la ley, es mayor el espacio de discrecionalidad. Si fortalecemos la ley, es necesario que la institucionalidad permita controlar que dicha ley se cumpla.

Asimismo, un modelo adecuado de controles entre poderes, propio de un Estado de derecho, es fundamental para controlar la corrupción.¹¹⁶ Además, es necesario que los Estados estudien la creación de mecanismos de control y coordinación interinstitucional específicamente diseñados para

.....
Power, and Democracy, New York, Cambridge University Press, 2006; *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, International Anti-Corruption Summer Academy Publication (Iacsa), 2012; Frédéric Boehm y Johann Graf, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”. *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, núm. 21, 2009, pp. 45-72; Ramón Soriano, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 382-402.

114 Klitgaard, *Controlando la corrupción*, op. cit.; Klitgaard, 2015.

115 Rose-Ackerman, “Political corruption and democracy”, op. cit.

116 Rose-Ackerman, “Political corruption and democracy”, op. cit.; Johnston, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, op. cit.; *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, op. cit.; Soriano, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, op. cit.

controlar este fenómeno. Estos mecanismos deben contar con facultades suficientes, deben considerar la participación ciudadana directa e indirecta, y tener asegurado presupuesto y autonomía que les permitan desarrollar su labor eficazmente. De la misma manera, se deben desarrollar mecanismos de autoevaluación que permitan determinar al interior de las instituciones los riesgos de corrupción. Las experiencias de sistemas nacionales anticorrupción en Perú y México, y las oficinas anticorrupción de Argentina, Ecuador y Colombia, entre otros, son ejemplos de buenas prácticas para avanzar en la implementación de políticas integradas y coherentes en los Estados. Se debe garantizar la independencia de otras autoridades encargadas del control de la actividad de agentes estatales y privados, como fiscales, miembros de órganos de control administrativo, electoral, político, financiero, entre otros. Asimismo, se debe garantizar su autonomía, capacidad técnica y base normativa que les permita cumplir con sus funciones de fiscalización y control.

Los Estados deben estudiar la elaboración de planes nacionales anticorrupción que les permitan fijar objetivos, plazos y responsables para avanzar en las medidas anticorrupción en forma transparente y con participación ciudadana, sin crear “elefantes blancos” o sistemas demasiado complejos. El Plan Anticorrupción de México, con un amplio proceso participativo que se encuentra en su fase de aprobación es una buena práctica para estudiar en la materia.

Un ejemplo interesante de lucha contra la corrupción centrada en el fortalecimiento institucional son los casos chileno y mexicano. En un modelo como el chileno, la base ha estado en la respuesta que da el propio sistema político (Ejecutivo y Legislativo) para enfrentar los casos de corrupción vinculados con captura del Estado por parte de intereses económicos privados. Frente a los casos de corrupción vinculados con el financiamiento ilegal de la política, el Ejecutivo creó un Consejo Asesor en materia de Corrupción y Transparencia que propuso una serie de medidas –en gran parte de carácter legislativo–, que pasaron al Congreso (varias de ellas aprobadas).¹¹⁷ Por su parte, en México, tal como se explica en el texto contenido en este libro, se ha desarrollado un complejo sistema anticorrupción, con una serie de reformas institucionales, creación de nuevos organismos y coordinaciones interinstitucionales. En ambos casos, el chileno y mexicano, con un escaso trabajo de persecución penal, lo que le ha quitado credibilidad a las políticas institucionales anticorrupción.

.....

117 Ver el Informe del Consejo, en <http://consejoanticorrupcion.cl/>

Respuesta institucional adecuada frente a los casos de corrupción (protección y sanción)

En segundo lugar, frente a los actos graves de corrupción debe haber una respuesta adecuada y proporcional. Siguiendo la experiencia en materia de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos, es factible pensar en una respuesta que considere el conocimiento de la verdad de los actos de corrupción (garantía de no repetición), investigación y sanción penal de los casos más graves y de impacto público y medidas eficaces para la reparación de las víctimas (individuales o colectivas).

Las experiencias del Perú y Brasil son particularmente interesantes en el sentido de que la persecución penal permite generar transformaciones estructurales de relevancia. En efecto, a partir de casos de gran corrupción (ver ejemplos de Brasil, Guatemala y Perú en este libro), los poderes judiciales, a través de la institucionalidad penal, persiguen los casos más relevantes y desde ahí se genera la discusión política sobre las reformas necesarias para evitar que estos hechos ilícitos vuelvan a darse. Este modelo supone una centralidad en el rol de fiscalías, procuradurías y jueces, lo que puede llegar a tensionar la institucionalidad democrática, aunque se mantiene dentro del cauce del Estado de derecho.¹¹⁸ Obviamente, tiene el problema propio del derecho penal, es decir, es un modelo selectivo y centrado en ilícitos penales y no en otras formas de corrupción. Además, tal como ocurrió en Perú, muchas veces exigen modificar la institucionalidad para adecuarse a los afanes punitivos desde el propio Estado.¹¹⁹

Otro modelo ha sido el de apoyo internacional, como se ha dado en Guatemala y Honduras, y como muy recientemente se está desarrollando en Ecuador, donde ha sido la comunidad internacional la que –en acuerdo con el Estado– da el apoyo para la persecución de los casos más graves, pero, además, promueve las reformas institucionales necesarias para prevenir futuros casos de corrupción.¹²⁰ Por ello, el éxito de este modelo depende de que la voluntad política interna e internacional confluyan. En caso de que esta no se dé, es imposible aplicar el modelo (caso mexicano¹²¹) o este puede

.....
118 Uno de los ejemplos más notables de lucha contra la corrupción liderada por el poder judicial es el movimiento “manos limpias” encabezado por los jueces italianos ante la inoperancia del poder político (Calceglia, 2006).

119 Ugaz, “Caso Fujimori-Montecinos”, *op. cit.*

120 Sobre Cicig en Guatemala, en <http://www.cicig.org/>. Para el caso de la Maccih, ver <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/default.asp>

121 Si bien se ha propuesto adoptar un modelo con apoyo internacional para enfrentar la corrupción en México, se ha descartado por las autoridades políticas mexicanas,

verse seriamente afectado (la experiencia de la Maccih en Honduras es claro ejemplo de esto¹²²) o ha sobrevivido con serias tensiones, pero solo hasta 2019 (caso de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala [Cicig] en Guatemala¹²³).

Fortalecimiento de la participación ciudadana (prevención y corrección)

En tercer lugar, otro elemento clave para una política anticorrupción con enfoque de derechos humanos es la participación ciudadana.¹²⁴ En efecto, en materia de lucha contra la corrupción, el control social por los ciudadanos, las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación cumplen un rol central en la labor de denuncia de la corrupción, devela tramas de órganos cooptados por intereses privados o de diversas formas de tráficos de influencia. La sociedad civil tiene, en consecuencia, un rol directo en la lucha contra la corrupción y es deber del Estado diseñar mecanismos que incentiven la denuncia.¹²⁵

El fortalecimiento de los derechos humanos (derechos políticos, libertad de expresión, acceso a la información, entre otros) es parte esencial de la conformación de un diseño institucional que permita formas efectivas de participación y control. En cualquier sociedad el poder puede ser una amenaza si no hay formas de control efectivas y, por ello, es necesario generar espacios institucionales para un adecuado ejercicio de los derechos y así evitar configurar un escenario propicio para la corrupción. De esta forma, el ejercicio de los derechos políticos, la libertad de expresión, el acceso a la información, entre otros, son un fin en sí mismos, pero también son un instrumento eficaz de control de la corrupción.¹²⁶

.....

en <https://www.proceso.com.mx/417017/la-sre-desestima-creacion-de-la-comision-internacional-contra-la-impunidad-en-mexico>

122 Carta de renuncia del representante de la Maccih en Honduras que da cuenta del fondo del problema con el secretario de la OEA, en <https://twitter.com/JuaJime-nezMayor/status/964331815837274112>

123 El Gobierno intentó expulsar al representante de la Cicig en Guatemala, pero fue bloqueado por la Corte Constitucional, aunque su mandato termina en 2019 y no será renovado, en <http://www.cicig.org/index.php?mact=News,cntnto1,detail,o&cntnto1articleid=833&cntnto1returnid=67>

124 Soriano, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *op. cit.*; Johnston, *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, *op. cit.*

125 Boehm y Graf, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *op. cit.*

126 CIDH, Resolución 1/18 *Corrupción y Derechos Humanos*, *op. cit.*

Empero, la participación como elemento de lucha contra la corrupción no se expresa solo formal e institucionalmente, sino también a través de formas de manifestación pública de descontento e indignación frente a casos de corrupción. Los casos de Honduras, Guatemala y Brasil muestran cómo la presión ciudadana es fundamental para impulsar transformaciones y proyectarlas en el tiempo.

Fortalecimiento de la independencia del poder judicial (prevención y sanción)

En cuarto lugar, un aspecto que no puede estar ausente es el fortalecimiento de la independencia del poder judicial.¹²⁷ Para tener sistemas de justicia capaces de cumplir con su rol en la lucha contra la corrupción, es necesario no solo preocuparse del tema de la corrupción en los procesos judiciales, sino que se debe resolver adecuadamente una paradoja asociada a la independencia judicial. Por un lado, tenemos un acuerdo en que a mayor independencia, el poder judicial está en condiciones de controlar los otros poderes estatales, combatir adecuadamente la corrupción y garantizar la igualdad en el proceso judicial;¹²⁸ por otro, a mayor independencia se abren espacios para que se instalen formas de corrupción en el propio proceso judicial, si no existen mecanismos robustos de control y responsabilidad.¹²⁹ Por ello, desde una perspectiva de derechos humanos, en una sociedad democrática es necesario garantizar una independencia judicial, relativa pero robusta, tanto en su faceta institucional (respecto de otros poderes del Estado) como personal del juez/a que lo proteja de otros poderes y de sus superiores. Por ello es necesario garantizar dicha independencia a través de diversas medidas institucionales.¹³⁰

Asimismo, es necesario contar con formas de rendición de cuentas y transparencia que permitan el control de la actividad de los poderes judiciales, pero siempre con el límite de no afectar desproporcionadamente el derecho

.....
127 Este es un punto en el que convergen las diversas experiencias de que da cuenta este libro, y la mirada doctrinaria en materia de lucha contra la corrupción.

128 Soriano, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *op. cit.*

129 Julio Ríos-Figueroa, *Judicial Independence and Corruption. An Analysis on Latin America*, 2006, en <https://ssrn.com/abstract=912924> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.912924>

130 Naciones Unidas, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy), A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009; Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/23/43/Add.4, 2 de abril de 2013.

a la independencia judicial.¹³¹ Solo así se construyen poderes judiciales capaces de controlar y sancionar actos de corrupción, y de esta forma dificultar y elevar el costo de las prácticas corruptas.¹³²

Fortalecimiento del goce y ejercicio de derechos humanos (prevención y corrección)

Finalmente, desde un punto de vista coherente de lucha contra la corrupción con base en los derechos humanos, el goce y ejercicio de estos derechos y la concreción de sus garantías pueden constituirse en un eficaz límite a la discrecionalidad de la autoridad. Ya hemos visto, *supra*, que la separación de poderes, la libertad de expresión, los derechos políticos, el debido proceso, la protección judicial, entre otros, pueden ser útiles para limitar la discrecionalidad de la autoridad estatal a fin de prevenir la corrupción y sancionarla efectivamente mediante una reacción represiva legitimada en una sociedad democrática. Por ello, es esencial que existan mecanismos institucionales que hagan efectivos estos derechos y permitan su ejercicio en condiciones de libertad e igualdad.

Además, un enfoque de derechos humanos en la lucha contra la corrupción aporta un principio esencial: la centralidad de las víctimas.¹³³ En efecto, la centralidad de las víctimas de la corrupción (sean directas, indirectas o la sociedad en su conjunto) es una de las cuestiones esenciales en cualquier estrategia de lucha contra este flagelo con perspectiva de derechos humanos.¹³⁴ La corrupción afecta a los individuos, las comunidades y la sociedad en su

.....
131 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/23/43/Add.4, 2 de abril de 2013, párrs. 6-14.

132 Rose-Ackerman, "Political corruption and democracy", *op. cit.*; Boehm y Graf, "Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional", *op. cit.*

133 "Reafirmando 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" (CIDH, Resolución 1/18, Corrupción y Derechos Humanos, 02 de marzo de 2018, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>).

134 El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su informe 2015, puso el énfasis en las consecuencias de la corrupción y estableció una clasificación que contemplaba tres niveles: a) afectación directa e indirecta; b) afectación a grupos específicos; c) afectación a toda la sociedad (a nivel de las naciones e internacional) (Naciones Unidas, Asamblea General, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015, párr. 20).

conjunto y, por ello, no es posible pensarla como un ilícito sin víctimas; cuando se presentan casos o sistemas de corrupción es necesario que los Estados hagan un esfuerzo por identificar a las víctimas, determinar el daño causado y tomar las medidas adecuadas para su reparación integral.

Fortalecimiento de una cultura del respeto de la ley (prevención y corrección)

Hemos señalado que uno de los elementos que caracteriza las formas estructurales de corrupción es el componente cultural que tiende a normalizar estas prácticas y a configurar culturas de tolerancia frente al fenómeno de la corrupción. Por ello, un aspecto que no puede quedar fuera de una política anticorrupción es el cultural para corregir las formas de tolerancia social frente al fenómeno de la corrupción.

En ese sentido, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para erradicar la cultura de tolerancia hacia la corrupción que se expresa en su invisibilización e incluso en su valoración social. Por ello, los Estados deben fomentar formas de control y autocontrol empresarial. Se deben desarrollar políticas educativas de valoración de los derechos humanos y de una cultura ética en todo el proceso de educación formal. Asimismo, el Estado debe desarrollar políticas de fomento de la cultura de la legalidad, donde se valore el cumplimiento efectivo de las normas como parte de un compromiso colectivo con la democracia y la convivencia común. Al interior de la administración pública se debe fortalecer el compromiso ético que implica el ejercicio del poder delegado por la ciudadanía. La idea del servicio público como un valor debe primar sobre la idea de la administración como un botín que se disputa en cada contienda electoral.

De la misma forma, frente a los casos de corrupción que sacuden e indignan a la sociedad es necesario conocer a fondo las causas, las modalidades y los efectos, así como la sanción asociada a los responsables. De esta manera, la sanción contribuye a la construcción de una cultura de intolerancia frente a la corrupción y se evita una cultura de la impunidad que fomenta la repetición de estas prácticas.

* * *

En definitiva, la lucha contra la corrupción pasa, necesariamente, por fortalecer las bases de un Estado de derecho en una sociedad democrática. Este esfuerzo nacional e internacional ha dejado de ser un espacio solo de los modelos económicos y del derecho penal, para transformarse en un esfuerzo institucional complejo y multinivel.

Conclusiones

En este estudio hemos planteado una mirada amplia acerca de la relación entre corrupción y derechos humanos. A partir de un entendimiento complejo y no simplificado del fenómeno de la corrupción hemos podido establecer que este comparte un espacio común con los derechos humanos dentro del diseño institucional de democracias fundadas en el Estado de derecho, en tanto la corrupción socava principios democráticos (igualdad) y el Estado de derecho (imperio de la ley y garantía de los derechos). Esto nos llevó a dimensionar adecuadamente la relación entre ambos objetivos, no darlos por obvios y buscar puntos de conexión y complementariedad, así como posibles tensiones.

Hemos establecido que los vínculos entre corrupción y derechos humanos son multidimensionales. Así concretamos un primer vínculo conceptual que se da en el espacio común que ocupan ambas temáticas en el campo de la ética política democrática. Un segundo vínculo ha sido de carácter sustantivo, aquí desarrollamos diversas expresiones del impacto de la corrupción y la responsabilidad internacional de los Estados por las violaciones de los derechos humanos (corrupción como fuente del ilícito, criterios de atribución, causalidad con el daño, contextos de discriminación estructural, formas criminales de corrupción y su impacto agravado en los derechos humanos, la obligación de reparación y corrupción). Un tercer vínculo es de carácter estratégico entre la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción; allí hemos explorado la forma en que el ejercicio de los derechos humanos puede ayudar a combatir los elementos que fomentan la corrupción en una sociedad democrática. El cuarto vínculo lo establecimos en el plano de la legitimidad de las políticas criminales anticorrupción, donde hemos concluido que estas deben estar destinadas a perseguir los casos más emblemáticos de corrupción y no pueden estar limitadas a castigar sus expresiones menores; dimos cuenta de algunas cuestiones mínimas en materia de condiciones de legitimidad de la respuesta penal y establecimos elementos básicos de debido proceso que no pueden ser dejados de lado en la persecución de quienes han incurrido en actos de corrupción.

En definitiva, este estudio nos permite establecer una relación multidimensional de ambos fenómenos, que se vinculan en distintas formas y grados, y generan interacciones de diverso orden: abarcan vínculos conceptuales, sustantivos, estratégicos y de legitimidad, sobre cuya base se deben desarrollar políticas públicas anticorrupción con perspectiva de derechos humanos.

Clarificar esta relación multidimensional es relevante para que los Estados, organismos internacionales y movimientos ciudadanos diseñen,

implementen y controlen las políticas públicas, legislativas y de otro carácter (incluidas las judiciales, especialmente el litigio estratégico) destinadas a prevenir y reprimir la corrupción como parte de la plena garantía de los derechos humanos en una sociedad democrática.

Bibliografía

- ANNAN, Kofi, “Prólogo”, en *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 118-131.
- BOEHM, Frédéric y Johann GRAF, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, núm. 21, 2009, pp. 45-72.
- BOERSMA, Martine, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Intersentia, Antwerp, 2012.
- BURNEO, José, “Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 63, 2009, pp. 333-347.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Informe Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) (s/a). Resumen Ejecutivo*, en <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/resumenejecutivo-giei.pdf>
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- DAKOLIAS, María y Kim THACHUK, “The Problem of Eradicating Corruption from the Judiciary: Attacking corruption in the judiciary, A critical process in judicial reform”, 18 *Wisconsin International Law Journal*, núm. 353, 2000, pp. 353-406.
- DAWOOD, Yasmin, “Classifying corruption”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, núm. 9, 2014, pp. 103-133.
- DE LA JARA, Ernesto, *La colaboración eficaz contra el crimen organizado, entre lo permitido y prohibido por el derecho: balance de su aplicación en casos*

- del Destacamento militar Colina*. Tesis para optar grado Magíster en Investigación Jurídica. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, en <https://core.ac.uk/download/pdf/86409289.pdf>
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “La justicia penal ante la corrupción”. *Gobernbert 2015*. Generalitat de Catalunya, 2015, en http://exteriors.gencat.cat/web/.content/transparencia/publicacions/govern_obert3/GovernObert3_CAST.pdf
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2003.
- FERREIRA, Delia *et al.*, *Género y corrupción en América Latina: ¿hay alguna conexión?* Documento de trabajo, Centro Regional para América Latina y el Caribe, Panamá Dirección Regional para América Latina y el Caribe (DRALC), 2014, en file:///Users/claudsonash/Downloads/undp_cl_genero_y_Corrupcion_2014.pdf
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María PELAYO, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Estudios Constitucionales*, año 10, núm. 2, 2012, pp. 141-192
- FIGUEIREDO, André, *Corruption and Human Rights. Beyond the Link*. Wolf Legal Publisher, The Netherlands, Wolf Legal Publishers, 2017.
- FUCHS, Marie, “Los derechos humanos como herramientas en la lucha contra la corrupción”, en *Derechos Fundamentales, Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*, Lima, Editorial Palestra, 2018, pp. 49-76.
- GARZÓN-VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en Miguel Carbonell y Ernesto Vásquez (eds.). *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, 2003.
- GRUENBERG, Christian, *Identificando posibles puntos de entrada para una alianza entre las estrategias de derechos humanos y anti-corrupción*. Documento de trabajo Consejo Internacional para el Estudio de los Derechos Humanos, 2007.
- GRUEMBERG, Christian. *et al.*, “Análisis preliminar sobre la relación entre el clientelismo, la pobreza y el género”, en M. Thiteux-Altschul (ed.), *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2010.
- HELLMAN, Joel y Daniel KAUFMANN, “La captura del Estado en economías en transición”, *Finanzas y Desarrollo*, septiembre, en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>

- INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (ICHRP), *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, Ginebra, 2009, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551222
- _____, *La integración de los derechos humanos en la agenda de combate a la corrupción: retos, posibilidades y oportunidades*, Ginebra, 2011, en http://www.ichrp.org/files/reports/63/131b_report_es.pdf
- JAIN, Arvin K., "Corruption: A Review", *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp. 71-121.
- JOHNSTON, Michael, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- _____, *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, International Anti-Corruption Summer Academy Publication (Iacsa), 2012.
- KJELLBERG, Francesco, "Corruption as an analytical problem: Some notes on research in public corruption", *International Political Science Association XVIII World Congress*, Quebec, agosto 1-5, 2000.
- KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción*, La Paz, Editorial Quipus, 1990.
- LANGSETH, Petter, *Strengthening Judicial Integrity Against Corruption. United Nations Global Programme Against Corruption*, 2001, en https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Otherpublications/Strengthening_Judicial_Integrity_Against_Corruption_2001.pdf
- LESSIG, Lawrence, *Republic Lost: How money corrupts congress – and a plan to stop it*, USA, Grand Central Publishing, 2011.
- LÖSING, Norbert, "Independencia y función del poder judicial en el Estado democrático de derecho", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XVII, 2011, pp. 413-427.
- LUTZ, Robert, "On combating the culture of corruption", *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas*, núm. 263, 2004, pp. 263-268.
- MALEN, Jorge, *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2014.
- NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales*, México, Fontamara, 2010.
- _____, *Responsabilidad Internacional de los Estados en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena*, Santiago, Legal Publishing, 2014.
- _____, "Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno", *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica (Rediaj)*, núm. 8, 2017, pp. 353-408.

- , “¿Cómo prevenir la corrupción en el proceso judicial? Una mirada desde los derechos humanos”, en Agudelo, Dimaro, *et al.* (coords.), *Derecho procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp. 39-65.
- NASH, Claudio y Marianne GONZÁLEZ, *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. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.
- NASH, Claudio, Pedro AGUILÓ y María Luisa BASCUR, *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2014, en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/109.pdf>
- NAWAZ, Farzana, *State of Research on Gender and Corruption*. Transparency International, 2009, en <https://www.u4.no/publications/state-of-research-on-gender-and-corruption/pdf>
- NEWMAN, Vivian y María Paula ÁNGEL, “Sobre la corrupción en Colombia, marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, *Cuadernos Fedesarrollo*, núm. 56, 2017.
- NGUGI, Joel, Making the link between corruption and human rights: Promises and perils. *American Society of International Law*, núm. 104, 2010, pp. 246-250.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PETERS, Anne, “Corruption and Human Rights”, *Working Series Papers*, núm. 20, Basilea, Basel Institute on Governance, 2015.
- PROPUESTA POLÍTICA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN MÉXICO, 2018, en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/455668/PNA.pdf>
- OEA-MACCIH, Reporte Macchi 6. Análisis y recomendaciones al proyecto de ley del Seguro Social: “Para que los hechos no se repitan”, en: <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Reporte-MAC-CIH6-26-09-FINAL.pdf>
- RÍOS-FIGUEROA, Julio, Judicial Independence and Corruption. An Analysis on Latin America, 2006, en <https://ssrn.com/abstract=912924> <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.912924>
- ROSE-ACKERMAN, Susan, “Political corruption and democracy”, 14 *Conn. J. Int’l L.*, núm. 372, 1999.

- RUSCA, Bruno, “La persecución penal de la corrupción – Reflexiones y propuestas de política criminal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, vol. III, núm. 2, Nueva Serie II, 2012, pp. 137-154.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016 (Ebook).
- SANDOVAL, Irma, “Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, 2016, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-25032016000100119
- SCHIMMEL, B. y B. PECH, *Corruption and Gender, Approaches and Recommendations for TA*, Eschborn, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2004.
- SORIANO, Ramón, “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 382-402.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *La corrupción judicial promueve la impunidad y menoscaba el Estado de derecho, revela un nuevo informe de Transparency International*, 2007, en https://www.transparency.org/news/pressrelease/20070523_la_corrupcion_judicial_promueve_la_impunidad_y_menoscaba_el_estado
- _____, *Guía de Lenguaje claro*, 2009, en [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupción.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf)
- UGAZ, José, “Caso Fujimori-Montecinos”, en José Zalaquett y Alex Muñoz (eds.), *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso en América Latina*, Santiago, Universidad de Chile, 2008, pp. 99-112.
- VÁSQUEZ, Daniel, *Corrupción y derechos humanos: ¿por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 2018.
- VILLORIA, Manuel, “La corrupción judicial: razones de su estudio, variables explicativas e instrumentos de combate en España”, *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 8-11 de octubre de 2002.
- WARREN, Mark, “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, *American Journal of Political Science*, vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 328-343.

ZALAQUETT, José, *Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2004.

Resoluciones Internacionales

CIDH, Resolución Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, Resolución 1/17 de 12 de septiembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>

CIDH, Resolución 1/18, Corrupción y derechos humanos, 2 de marzo de 2018, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la Independencia Magistrados y Abogados, Resolución A/72/140, de 25 de julio de 2017, párr. 35, en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/72/140>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 35/25 del Consejo de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/35/25, de 14 de julio de 2017. Texto completo en <https://undocs.org/A/HRC/RES/35/25>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 32/22 del Consejo de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, de 15 de abril del 2016, A/HRC/32/22. Texto completo en https://digitallibrary.un.org/record/841796/files/A_HRC_32_22-ES.pdf

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, del 5 de enero de 2015. Texto completo en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/000/58/PDF/G1500058.pdf?OpenElement>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 29/11 del Consejo de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/29/11, de 22 de julio de 2015. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/29/11>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 26/115 del Comité de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/DEC/26/115, de 10 de julio de 2014. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/DEC/26/115>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 23/9 del Comité de Derechos Humanos. Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/23/9, de 20 de junio 2013. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/23/9>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Resolución 21/13 del Comité de Derechos Humanos. Mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/RES/21/13, de 9 de octubre de 2012. Texto completo en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/21/13>

NACIONES UNIDAS, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/23/43/Add.4, de 2 de abril de 2013.

NACIONES UNIDAS, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41, de 24 de marzo de 2009.

COMITÉ DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC), Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Quinto periodo de sesiones, 1990, UN Doc. E/1991/23 (1990).

Jurisprudencia internacional

CORTE IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987, Serie A núm. 8

CORTE IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 119.

CORTE IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

CORTE IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 207.

CORTE IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

CORTE IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318.

CORTE IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330.

CORTE IDH, Caso Zegarra Marín vs. Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 331.

CORTE IDH, Caso Acosta y otros *vs.* Nicaragua, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 334.

CORTE IDH, Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.

■ LA CORRUPCIÓN COMO UNA GRAVE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diego Sebastián Luciani*

Introducción

A la luz de los numerosos y resonantes casos de corrupción que los medios de comunicación exponen diariamente y a partir de la cantidad de procesos judiciales que son analizados ante los Juzgados Federales y Tribunales Orales Federales de Argentina, el fenómeno de la corrupción se ha convertido en un tema realmente preocupante.¹

En nuestro país se viene observando un acontecimiento social inédito de rechazo y repulsa frente a todo acto de corrupción cometido por los funcionarios públicos y el sector privado. Esto último, debido a que se ha verificado que, en la enorme mayoría de los casos, detrás de un hecho de corrupción de un funcionario público aparecen involucradas personas del mundo empresarial, quienes en su círculo social gozan de un cierto prestigio.

Así, el dinero que se desvía de los fondos públicos pasa a manos privadas como un modo de obtener impunidad. El abuso en el ejercicio de sus cargos por parte de los funcionarios para obtener ganancias a partir de las actividades con empresas privadas puede poner en riesgo el funcionamiento del Estado de derecho, tal como se ha detectado en Argentina con los presuntos sobornos en la cartelización de la obra pública.

.....
* dsluciani@hotmail.com

1 El último Índice de Percepción de la Corrupción llevado cabo por Transparency International y publicado en febrero de 2018 revela que, sobre un total de 100 puntos posibles, Argentina obtuvo 39 puntos, lo que la ubica en el puesto 85 entre los 180 países analizados. Esto significa que, si bien obtuvo una medición mejor respecto del índice de 2016, aún se ubica entre los países percibidos como altamente corruptos.

En efecto, a partir de una investigación por parte de periodistas del diario *La Nación*, conocida públicamente como “Causa de los Cuadernos” –que derivó en una serie de allanamientos, detenciones, citaciones a prestar declaración de indagatoria, autos de procesamiento de exaltos mandatarios del Estado, y que provocó que algunos imputados se acogieran a la figura del arrepentido–,² salió a la luz un entramado de sobornos que se encontraría presente en casi la totalidad de la obra pública.

Si bien en el imaginario colectivo siempre ha estado latente la sensación de que la relación funcionario-empresario es promiscua, en la actualidad los hechos han puesto en el centro de la escena esta realidad y han provocado preocupación y conmoción en la ciudadanía.

Sin dudas, para que se produjera esta sana reacción social, el papel de los medios de comunicación ha sido clave, no solo al investigar, sino también al alertar sobre situaciones opacas, poco claras, y al ejercer el derecho constitucional a informar.³ Queda claro que la prensa y los medios de comunicación son instituciones centrales de la democracia, pues su diseño facilita el proceso de deliberación sobre las concepciones del bien común o sobre la representación.⁴

La exposición de los actos de corrupción a través de los medios de comunicación es un factor fundamental, ya que permite que se conozcan los avances en esta materia, mientras se mantiene a la sociedad activa y vigilante. El sistema interamericano de derechos humanos ha reconocido la relación

.....
2 A partir de la sanción de la Ley 27.304 de 2016, se modificó el régimen del arrepentido, dada la creciente demanda social que reclamaba mayor efectividad en hechos vinculados a actos de corrupción, fenómeno este que en nuestro país se erigió como una práctica habitual y que ha adquirido especial notoriedad en los últimos tiempos, dados los numerosos casos de corrupción política y económica que se judicializaron. Así, se consideró adecuado dotar a la justicia de esta herramienta que le permitirá mejores resultados, mayor eficacia, alcanzar estándares elevados de calidad y hacer realidad el principio de celeridad en casos de corrupción.

3 Los medios de comunicación son de vital importancia para revelar casos de corrupción. Se sostiene, con razón, que cuanto más baja es la circulación de noticias, mayor es la corrupción. Los periódicos que cierran oficinas o despiden reporteros avezados (por lo general veteranos, para sustituirlos por jóvenes mal pagos) pierden capacidad para monitorear a los gobiernos. Una prensa ahogada o con compromisos financieros es más fácil de comprometer éticamente (Francesc-Andreu Martínez, “Los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción”, *Revista vasca de administración pública*, vol. 104, núm. 2, 2016, p. 165).

4 Edwin Baker, *Media, Markets and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

estrecha entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia.⁵ En este aspecto, protege especialmente la búsqueda y la difusión de información relativa a la corrupción por su importancia para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos.⁶

Empero, no es suficiente para evitar que la corrupción siga arraigada y enquistada en nuestro sistema. En este sentido, llama la atención que la corrupción política no se castigue con rigor y severidad cuando la ciudadanía ejerce su derecho a elegir autoridades. Es decir, el rechazo de la sociedad no se ve reflejado en las urnas.

Este fenómeno no es exclusivamente nacional, sino mundial. Ciertamente, estudios internacionales muestran que en Estados Unidos, Reino Unido, Japón, Italia y Brasil, el castigo electoral hacia políticos afectados por escándalos de corrupción oscila entre el 5 y el 11% de los votos, mientras las tasas de reelección superan el 50%. En el caso español, entre 2000 y 2010, un 8,3% de los municipios españoles se vio afectado por casos de corrupción urbanísticos; sin embargo, en las elecciones municipales de 2007, casi un 70% de los candidatos implicados consiguió la reelección.⁷

Parece ser que no alcanza con el hastío generalizado, sino que es necesaria una urgente transformación del funcionamiento de las instituciones en todos los niveles: en la administración pública (funcionamiento, eficacia, racionalidad y mayor transparencia), en la administración municipal (local o provincial), en la forma en que se financian los partidos políticos, en la contratación pública, entre otros.

Se sabe cuáles son las nefastas consecuencias de la corrupción: estas van desde la deslegitimación de las instituciones, la animadversión social, la falta total de credibilidad en los funcionarios y las instituciones, y la desmoralización de los ciudadanos, hasta la eliminación de la posibilidad de disfrutar de los derechos que proporciona el ejercicio de la legalidad, al atribuirse privilegios a quienes los unen lazos de colusión, lo que termina por favorecer la exclusión social.⁸

No hay duda de que, desde una perspectiva social, la corrupción excluye a los pobres del acceso a los servicios públicos, los despoja de bienes,

.....
5 Organización de los Estados Americanos (OEA), Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

6 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), artículo 13.

7 Martínez, "Los medios de comunicación", *op. cit.*, p. 168.

8 Julio Virgolini, *La razón ausente*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 234, 235.

acentúa la pobreza, y, en contraposición, beneficia los intereses particulares de unos pocos.

En un Estado empobrecido, en el que los recursos son escasos, que altos funcionarios del Estado instalen un sistema aceitado de corrupción para favorecer a un determinado sector político, financiar ilegalmente campañas políticas, enriquecerse o favorecer a empresarios amigos implica una grave traición a la sociedad.

En el caso que a continuación comentaremos se podrán observar algunas de estas circunstancias.

Caso representativo de la corrupción en Argentina: el denominado “Tragedia de Once”

Los hechos

El miércoles 22 de febrero de 2012, aproximadamente a las 8:30 a.m., la formación ferroviaria 3772, identificada con la chapa 16 de la línea Sarmiento, que por ese entonces explotaba la empresa Trenes de Buenos Aires S. A., colisionó contra la cabecera de la estación Once, una de las principales terminales ferroviarias de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A consecuencia de la colisión se produjo el “acaballamiento” del coche furgón (segundo en la formación) por sobre el coche cabecera; el furgón se elevó por sobre el nivel del primer vagón e ingresó en el interior del salón de pasajeros de aquel que encabezaba la formación.

Este acontecimiento causó el aplastamiento de los pasajeros (que ya se encontraban en condiciones dramáticas de hacinamiento), lo que ocasionó la muerte de 52 personas y lesiones a otras 789.

El tren, que estaba compuesto por ocho vagones, llevaba aproximadamente 1200 pasajeros, lo que excedía con creces su capacidad.

Las escenas y los testimonios de los sobrevivientes, registrados por los medios de comunicación, fueron dramáticos y conmovedores. El rescate de las víctimas fue desesperante, dado lo dificultoso de la liberación y el tiempo que demandó,⁹ al punto tal que hubo pasajeros con heridas y huesos rotos que estuvieron más de cuatro horas soportando el dolor.

La investigación realizada, así como el juicio oral y público celebrado durante audiencias extensísimas, desenmascararon un entramado de corrupción entre funcionarios y empresarios muy poderosos que se enriquecieron al amparo de sus negocios con el Estado.

.....

9 Una de las víctimas fue encontrada dos días después del suceso.

También quedó al descubierto que los empresarios se lucraron y obtuvieron un rédito económico inadmisibles a partir de la falta de mantenimiento de los trenes.

Como veremos, se reveló que el interés económico estuvo estrechamente vinculado a la tragedia, pues el desastroso estado de los trenes motivaba a llamar a licitaciones millonarias que, por lo general, eran ganadas por el mismo grupo económico, mientras se cobraban los subsidios que no se destinaban a mantener correctamente el sistema ferroviario.

En definitiva, tal como se expuso reiteradamente: “la corrupción mata”. En este caso, terminó con la vida 52 personas inocentes.

De la sentencia del Tribunal Oral

En el juicio oral y público que llevó adelante el Tribunal Oral Federal núm. 2 (a cargo de los doctores Rodrigo Giménez Uriburu, Jorge Gorini y Jorge Tasara),¹⁰ se probó la convergencia de diversos factores para que se produjera la colisión, algunos vinculados con la conducción del tren y otros provocados por las serias deficiencias en la operación del servicio, la falta de mantenimiento del material rodante y una política empresarial desaprensiva de los recaudos mínimos de seguridad, que se limitaba a cumplir el diagrama.

Respecto de esto último, se consideró que existió una desproporcionada extensión del daño, a causa de una serie de irregularidades atribuibles solamente a la empresa Trenes de Buenos Aires (TBA) y a quienes desde la función pública debían controlar su operación.

Concretamente, la TBA redujo los montos de dinero que se destinaban para el mantenimiento de los trenes del ramal Sarmiento, a partir del incumplimiento de las tareas de cuidado y de las medidas que establecía la normativa pertinente.

Así, TBA no ejecutó de manera sistemática los planes que en tal sentido se encontraba obligada a cumplir.

En este marco se dejaron de ejecutar los programas que consistían, por ejemplo, en la reparación de los vagones del ferrocarril –en contraposición con las obligaciones emergentes del contrato de concesión suscrito con el Estado nacional–. De esta manera, se creó un riesgo jurídicamente desaprobado con relación a los bienes dados en concesión, circunstancia que finalmente se concretó en el nefasto resultado.

.....

10 Los fundamentos de la sentencia se dieron a conocer el 30 de marzo de 2016.

Como se adelantará, todo esto fue causado por la falta de control y fiscalización por parte de quienes estaban obligados a ello en virtud de los cargos que ocupaban en la Secretaría de Transporte de la nación.

De ese modo, la sentencia tuvo por acreditada la relación existente entre la omisión de los funcionarios públicos encargados de velar por el cumplimiento de los contratos de concesión y los miembros del directorio de la empresa, que se aprovecharon de aquella, razón por la cual se condenó a particulares y a los funcionarios públicos por el delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública.¹¹

Confirmación de la sentencia del Tribunal Oral

Con motivo de los recursos interpuestos, el Tribunal Superior,¹² por unanimidad, confirmó la sentencia dictada por el tribunal de juicio en cuanto a la existencia material de los hechos objeto del proceso y su significación jurídico-penal.

En ese orden, se verificó la decisión de las autoridades de TBA de no realizar el mantenimiento de los bienes concesionados, con la colaboración necesaria de los funcionarios de la Secretaría de Transporte, quienes tenían la obligación de realizar el control y la fiscalización del sistema de transporte ferroviario, deber que deliberadamente incumplieron.

Esta práctica ocasionó un paulatino deterioro del material rodante, y la disminución de su vida útil provocó un enorme perjuicio para el patrimonio estatal.

Se determinó que el evento del 22 de febrero de 2012 no solo se produjo por la conducción negligente del maquinista, sino que además encontraba explicación en una diversidad de factores que están ampliamente descritos en la sentencia y que responden a las pésimas condiciones en que se explotaba el servicio, a partir de las políticas empresariales verificadas.

Pero también se debió a la ausencia de controles serios por parte de la Secretaría de Transporte, lo que representaba un constante peligro para la vida de las personas que a diario utilizaban los trenes que circulaban con un deficitario estándar de eficiencia y seguridad.

En conclusión, fueron numerosos los factores que se consideraron como determinantes del resultado fatal: el exceso de pasajeros, la ausencia de velocímetros en la formación y de controles de la velocidad por parte de la

.....

¹¹ Artículo 174, inciso 5°, en función del artículo 173, inciso 7°, del Código Penal.

¹² La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia este año (causa 1188/2013/TO1/CFC5).

empresa, el ineficaz sistema de reporte de fallas, la ausencia de realización de las tareas de alistamiento previas y la falta de funcionamiento del paragolpes, entre tantos otros. De esta manera, la justicia concluyó que había una estrecha vinculación entre los actos de corrupción cometidos por los funcionarios públicos y las consecuencias expuestas.

Corrupción y derechos humanos

El caso que comentamos dejó al descubierto una preocupante omisión por parte de los funcionarios del Estado que tenían el deber de ejercer el control y la fiscalización del sistema de transporte ferroviario, omisión que, sin lugar a dudas, fue decisiva para contribuir al deterioro del material rodante que concesionaba la empresa TBA.

Es fácil advertir que los actos de corrupción aquí expuestos han provocado un profundo daño social, que afectó de manera directa al erario en una dimensión moral –en tanto este tipo de actos corrompe los valores de la sociedad toda– y económica, dado que el dinero público que se desvía para financiar la corrupción reduce sensiblemente la capacidad del Estado para atender las necesidades básicas de la población en materia de salud, asistencia social, educación, vivienda, entre otras.

Pero también se han vulnerado derechos individuales de los ciudadanos, como el previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, a la seguridad y a condiciones de trato equitativo y *digno*.

A partir del reconocimiento expreso del derecho del usuario o consumidor a ser protegido, a preservar su salud y a *recibir un trato digno*, y de la obligación para el que brinda el servicio de transportar todas las precauciones que se encuentren al alcance para brindarles seguridad, el Estado debe velar por que esos derechos sean respetados y que el usuario no se vea perjudicado, dada la franca situación de desigualdad que existe entre este y el prestador del servicio.

La dignidad del ser humano es un bien absolutamente indisponible que, bajo ningún punto de vista, puede cederse, limitarse y, menos aún, transgredirse. Conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas,¹³ la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el

.....
13 San Francisco, 26 de junio de 1945.

reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

En su Resolución 1/17,¹⁴ relativa al tema *corrupción*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reafirmó, justamente, 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 y ambientales, cuya efectividad depende de las políticas y del presupuesto público.

En dicha resolución, referida principalmente a Guatemala, la Comisión señaló que la corrupción afecta no solo la legitimidad de sus gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino en forma profunda al erario, de por sí insuficiente para satisfacer los requerimientos de la ciudadanía en materia de alimentación, salud, trabajo, educación, justicia y, en especial, vida digna.

El derecho inherente de todo ser humano a recibir un trato íntegro tiene numerosos contenidos y varios derechos derivados de él, entre ellos, el derecho a no ser sometido a humillaciones y a un trato denigrante, y el derecho a no ser tratado como una cosa.

A partir de la Convención Constituyente de 1994, se incorporaron en nuestro país tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22), y, con ellos, el principio de dignidad del hombre proclamado en el sistema internacional de derechos humanos. A modo de ejemplo, en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace referencia a la dignidad como uno de los derechos fundamentales del hombre. De la misma manera, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),¹⁵ se establece que los principios de la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona. De igual forma, aparece expresamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Pacto de San José de Costa Rica),¹⁶ en cuanto dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad (art. 11. 1.).

Si razonamos acerca del concepto de *dignidad humana*, que es definido bajo dos enfoques: a) en un sentido amplio, como el valor esencial, el fundamento de todos los demás valores y, por ende, de todos los derechos

.....
14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 12 de septiembre de 2017.

15 Aprobado en nuestro país por Ley 23.313.

16 Aprobado en nuestro país por Ley 23.054.

individuales; b) en un sentido restringido, como el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano y con todos los atributos de su humanidad; se colige que este derecho puede también ser definido como el que tiene toda persona a ser considerada como un fin en sí misma, y no como un medio o un instrumento.¹⁷

Está claro que las personas que viajaban en ese tren lo hacían en condiciones indignas debido, por un lado, al exceso de pasajeros transportados y, por el otro, al estado deplorable de mantenimiento y la falta de control de las normas de seguridad que son propias del servicio de transporte. No hay duda de que, al transgredir las condiciones de seguridad propias del rubro, se destruyó el estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir y se superó el umbral de riesgo permitido propio del organizador de la actividad ferroviaria.

Tal déficit incidió directamente en la prestación del servicio público de transporte –de inmensa relevancia social– y se proyectó en el trato indigno de cada uno de los ciudadanos que recurría a él como usuario de un servicio que, por cierto, se presentaba como monopólico.

Se trataba de usuarios para quienes ese medio de transporte resultaba de vital importancia para llegar diariamente a su trabajo, al colegio o a la universidad. Esto es, el tren era parte de su vida cotidiana y las condiciones en las que viajaban hacían de su vida algo menos digno. El riesgo al que estaban expuestos era una amenaza concreta a su paz y su seguridad; y los hechos del 22 de febrero de 2012 significaron, directamente, la muerte de todos esos derechos.

La subordinación de intereses preponderantes como la vida, la dignidad humana, entre tantos otros bienes avasallados, en beneficio del rédito económico y en desmedro de los derechos mencionados, nos muestra cómo la corrupción afecta y amenaza la vigencia de los derechos humanos, que son normas jurídicas universalmente aplicables consagradas en una cantidad de instrumentos internacionales.

En este sentido, diversos estudios empíricos han demostrado la relación que existe entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos. A modo de ejemplo, se ha demostrado que, a mayor corrupción, menos derechos civiles que suponen el empoderamiento de la persona. Asimismo, las personas que viven en los países peor posicionados en cuanto a la corrupción

.....
17 Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 482.

y a las violaciones de los derechos humanos sufren de realidades totalmente distintas a los mejor posicionados.¹⁸

El caso aquí comentado deja al descubierto las nefastas consecuencias de la corrupción sobre el respeto de los derechos humanos. Están a la vista los desdichados efectos que pueden provocar estas conductas venales que solo tienen como fin la obtención de un beneficio económico y que conllevan un incremento de las desigualdades sociales por el impacto de la corrupción sobre el consumidor o el usuario final.

La vida, la paz, la dignidad y la seguridad son bienes jurídicos que atañen a la comunidad internacional, representada centralmente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Desconfianza generalizada

A partir de este lamentable suceso se patentizó que la política en materia ferroviaria por parte de la administración pública de aquel momento fue un fracaso total. La pésima calidad de los servicios que se prestaban derivó en una desconfianza social que se agudizó ante la poca transparencia, la nula facilitación para que los ciudadanos accedieran a la información, la ausencia de rendición de cuentas, la falta de evaluaciones de las políticas públicas y la opacidad en la toma de decisiones.

Estas graves faltas, además de descuidar a la población, impiden generar empatía y colaboración entre los funcionarios y la sociedad. Es decir, alejan al ciudadano de sus gobernantes y no brindan certeza acerca de lo que estos hacen con el dinero público.

Las administraciones se transforman en unas cajas negras rodeadas de un halo de misterio en el que solo se puede ver lo que entra y lo que sale pero nada se sabe de lo que ocurre dentro. Y esto, evidentemente, genera gran desconfianza y deslegitimación social. Y los culpables de esta situación son los partidos políticos, la clase política que nunca ha percibido a las administraciones públicas como instituciones democráticas, sino como un botín o un premio reservado a los que ganan las elecciones.¹⁹

.....
18 Luz Ángela Cardona *et al.*, “Corrupción y derechos humanos: de la intuición a la convicción”, *Revista de mexicana de sociología*, vol. 80, núm. 3, 2018, pp. 577-610.

19 Carles Ramio, “Corrupción y administración pública en España”, en *La regeneración del Sistema. Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, Valencia, Asociación Valenciana de Politólogos, 2015, pp. 26 y ss.

Este oscurantismo permite todo tipo de irregularidades que oscilan entre el clientelismo y la corrupción –que pueden ser excepcionales o no, pero que la falta de transparencia hace que los ciudadanos las perciban como generalizadas–. Todo ello incrementa la desconfianza y la desafección de la sociedad hacia el ámbito público.²⁰

Sobre esta última cuestión en particular, recientemente la CIDH,²¹ luego de dejar establecido que la corrupción afecta a los derechos humanos en su integralidad –derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, destacó especialmente que, además, tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y el ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza.

Los sectores vulnerables son las primeras víctimas del impacto de la corrupción.

Insuficiencia de las reformas producidas

La sensación de desasosiego de la sociedad, y la incansable lucha de los sobrevivientes y de los familiares en pos de acabar con la *maldita impunidad* y de impedir que hechos de esta naturaleza vuelvan a ocurrir, obligaron a los gobernantes –que aún en la actualidad niegan su responsabilidad– a cimentar las bases para ciertos cambios.

Sin lugar a dudas, la llamada *masacre de once* debió haber marcado un antes y un después en el manejo de los ferrocarriles del área metropolitana de Buenos Aires, pero llamativamente no fue tan así. Veamos.

Se podría decir que en el plano político se ejecutaron algunas decisiones drásticas: se removió al entonces secretario de Transporte, entre otros funcionarios; se dispuso que el área que manejaba las concesiones dejara de depender del Ministerio de Planificación para pasar a depender del Ministerio del Interior; se diseñó una página web en la que se podía ver la evolución de los millonarios subsidios al transporte; se electrificaron viejos ramales; se realizaron obras de infraestructura en la línea del Sarmiento tendientes a elevar la calidad del servicio; se sacaron de circulación coches obsoletos; se compraron vagones y locomotoras; también se inició un plan de renovación de esa línea.

Todas estas medidas, y otras tantas tendientes a potenciar y a mejorar el sistema ferroviario, deben ser consideradas como altamente positivas, desde

.....
²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ CIDH, Resolución 1/18 de 2 de marzo de 2018.

que impactan de manera directa en la calidad y la seguridad del servicio que se le brinda al consumidor y usuario.

No obstante, no puede pasar inadvertido que el plan de mejoras del sistema ferroviario incluyó, también, el soterramiento de las vías del ferrocarril Sarmiento,²² con un polémico contrato con la firma Odebrecht, la cual fue salpicada por graves hechos de corrupción en diferentes países de la región, incluido el nuestro.

Ciertamente, el exvicepresidente de la empresa Odebrecht para América Latina, Luiz Antonio Mameri, admitió que autorizó el desembolso de casi tres millones de dólares en sobornos a funcionarios argentinos e identificó a diferentes empresarios como intermediarios de estos pagos ilegales.²³ Su declaración, realizada en el marco del instituto de la “delación premiada” o “colaboración premiada” –instaurado en Brasil mediante la sanción de la Ley 12.850–, ratificaría no solo la cartelización de la obra pública en Argentina, sino también la exigencia de sobornos para trabajar en el país.

Más allá del mayor o menor valor probatorio de este testimonio y de la utilidad que pueda tener en las causas investigadas, lo cierto es que tan solo unos años después del atroz hecho que conmocionó al pueblo argentino, vuelven a asomar las sombras de la corrupción entre funcionarios públicos y el sector privado, lo que desmoraliza a la sociedad y demuestra que ni las medidas implementadas, ni la muerte de 52 personas fueron suficientes para impedir este tipo de hechos.

Política de Estado contra la corrupción

Si se pretende producir un cambio real en esta materia para prevenir con mayor efectividad los hechos de corrupción, disuadir diligentemente cualquier intento de defraudar las rentas del Estado, así como reprimir con celeridad los delitos cometidos por funcionarios públicos en connivencia con el sector privado, es imperioso encontrar acuerdos sobre ciertos principios básicos, permanentes e invariables, que comprendan a los diferentes sectores y actores sociales y políticos del Estado.

.....
22 Es un proyecto de ingeniería que encara el Estado argentino en la ciudad de Buenos Aires y la zona oeste del gran Buenos Aires que prevé la construcción de un túnel y vías bajo trinchera del Ferrocarril Domingo Faustino Sarmiento a través de una extensión de 32 km.

23 Las coimas del Sarmiento: “Yo autoricé pagos por 2,9 millones de dólares”, *La Nación*, en <https://www.lanacion.com.ar/2131656-las-coimas-del-sarmiento-yo-autorice-pagos-por-29-millones-de-dolares>

En definitiva, la cuestión del “combate” a la corrupción debe convertirse en una verdadera política de Estado, que no dependa del gobernante de turno ni de un partido político, sino que se trate de un movimiento proyectado a largo plazo, cuyos principios sean inquebrantables y acatados por todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, gobiernos provinciales y municipales, etc.) y en el que exista un férreo control por parte de la ciudadanía.

Es imperioso lograr un nuevo “pacto social” en el cual la corrupción no sea consentida ni admitida, sino que, por el contrario, sea rechazada con vehemencia. Se trata de lograr un verdadero cambio cultural que rechace cualquier manifestación de la corrupción. Es la sociedad la que debe reclamar mayor compromiso, valentía y generosidad política para emprender estas reformas.

La historia indica que los partidos políticos no lo van a hacer *motu proprio*, pues se han adaptado a esta situación que les permite aprovechar las fracturas del sistema. Debe ser la ciudadanía la que fuerce estas reformas para, de una vez por todas, abandonar la indiferencia, la apatía y luchar democráticamente en favor de una administración pública saludable.

Por supuesto, para que la sociedad se involucre es necesario garantizar el amplio derecho de acceso a la información pública y el principio de la transparencia de la gestión estatal, que promueven la apertura del Gobierno, la transparencia en todos los niveles estatales y en las políticas públicas, así como la participación ciudadana. Es imprescindible, entonces, la implementación de los principios de transparencia y de acceso a la información, con sistemas eficaces para la evaluación del rendimiento de las instituciones del Estado.

En este sentido, es sumamente auspiciosa la sanción de la Ley 27.275²⁴ de Acceso a la Información Pública, que garantiza a la ciudadanía el derecho de conocer y de involucrarse en las decisiones políticas y públicas, así como también la facultad de ejercer un control sobre los diferentes poderes del Estado. Lo que se pretende con esta ley –que entró en vigencia el 29 de septiembre de 2017– es más transparencia, más información (y no tanta propaganda política e institucional), más rendición de cuentas (en especial en el aspecto económico), más evaluación de políticas públicas, diseños organizativos más fluidos y menos burocráticos, una función pública más racional, etc.

.....

24 Sancionada en el mes de septiembre de 2016, reglamentada parcialmente por el Decreto 206/17 (publicado en el *Boletín Oficial* el 28 de marzo de 2017), cuya entrada en vigencia tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017.

También se aprecia como positiva la promulgación de la Ley 27.401,²⁵ que estableció un nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos vinculados a actos de corrupción. Más allá de los inconvenientes dogmáticos que puede plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el encendido debate académico que irremediablemente se suscitará, la ley se erige, sin lugar a dudas, como un nuevo y necesario avance para reforzar la prevención y la lucha contra la corrupción en el sector privado y en el estatal. De esta manera, el Estado argentino dio cumplimiento a las recomendaciones de los organismos internacionales y sigue el camino emprendido por diferentes textos normativos aprobados en el ámbito de la Unión Europea, que han establecido la obligación de los Estados miembros de declarar la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 5 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del 22 de julio, relativa a la Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado). También continúa el ejemplo de la legislación española, que a través de diferentes regulaciones instauró, en 2010 y 2015, un sistema amplio de responsabilidad penal de las personas jurídicas en su Código Penal.

Además, a los fines de prevenir los hechos de corrupción en las *contrataciones públicas con el Estado nacional*, se obliga a la persona jurídica a implementar un programa eficaz de integridad. Es decir, no solo se exige que la empresa ejecute un programa de cumplimiento, sino que debe ser lo suficientemente eficiente para prevenir la comisión de delitos.

Esta exigencia, al decir del profesor español de Derecho Penal, Víctor Gómez Martín, tiene una doble función, pues los códigos de buen gobierno pueden, por un lado, constituir un instrumento útil para la prevención y, por el otro, servir para que las empresas incorporen a sus actividades cotidianas principios y valores tales como la utilidad, la justicia social, además de las estrategias y los sistemas de gestión empresarial tendientes a la consecución de la mejora social, económica, ambiental y al respeto de los derechos humanos, la seguridad y la salud laboral.

Esto es así porque, justamente, en las contrataciones públicas es donde históricamente los particulares y los funcionarios llevan a cabo los abusos y los atropellos al erario. En definitiva, donde se suscitan los grandes casos de corrupción.

De más está decir que la corrupción en las contrataciones públicas erosiona todo el sistema de la licitación pública y las reglas de juego que

.....

25 Publicada en el *Boletín Oficial* el 1° de diciembre de 2017.

suponen la competencia o concurrencia a fin de escoger la oferta que más le convenga al Estado. Así, uno de los principios que se despedazan cuando desde el Estado se direcciona una licitación pública en favor de un privado es el de *transparencia de la gestión pública* –exigido por las normas para la prevención de la corrupción– y, con él, los principios de publicidad, concurrencia e igualdad de trato entre todos los interesados.

Conclusiones

No hay duda de que la corrupción arraigada en todos los niveles y los sectores del Estado, así como la sensación de impunidad de quienes obtienen un provecho económico, provoca un enorme perjuicio que debe ser visibilizado.

Este daño no es solo para el desarrollo económico y la confianza de los ciudadanos, sino también –y esto es lo grave– para los sectores más vulnerables, frágiles y desprotegidos de la sociedad, que son los más afectados por los desvíos de fondos, ya que podrían ser destinados para paliar su acuciante situación.

Es innegable también la estrecha relación que existe entre corrupción y vulneración de los derechos humanos, todo lo cual obliga a tomar medidas rigurosas y efectivas.

Es que a pesar de la gravedad de este fenómeno, en nuestro país ha habido una cultura de naturalización que ha llegado al absurdo de que se percibiera como una especie de mal necesario y, peor aún, nos ha llevado a tomarla como una práctica imposible de desterrar.

Está claro que las medidas represivas no bastan por sí solas para hacer frente de manera efectiva a este problema. No obstante, la capacidad del sistema judicial para imponer sanciones penales disuasorias desempeña un papel importante y es una fuerte señal de que en los tiempos actuales la corrupción no se tolera.

También es necesario fomentar las prácticas de transparencia en las decisiones y una política de prevención que abarque una amplia gama de aspectos: el desarrollo de las normas éticas en los negocios, la adopción de las medidas internas de prevención de la corrupción y la construcción de una cultura de la integridad en las distintas organizaciones.

En definitiva, una verdadera república demanda que todos los poderes del Estado adopten una posición inflexible contra la corrupción, que se transforme en una verdadera política de Estado, que trascienda a las personas, los gobiernos, los partidos políticos y las ideologías.

Solo así se podrán desterrar estas prácticas tan nocivas para la sociedad y para los derechos humanos.

Bibliografía

- BAKER, C. Edwin, *Media, Markets and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- CARDONA, Luz Ángela *et al.*, “Corrupción y Derechos Humanos: de la intuición a la convicción”, *Revista de mexicana de sociología*, vol. 80, núm. 3, 2018, pp. 577-610.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- MARTÍNEZ, Francesc-Andreu, “Los medios de comunicación y la lucha contra la corrupción”, *Revista vasca de administración pública*, vol. 104, núm. 2, 2016.
- RAMIÓ, Carles, “Corrupción y administración pública en España”, en *La regeneración del Sistema. Reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*, Valencia, Asociación Valenciana de Politólogos, 2015.
- VIRGOLINI, Julio E. S., *La razón ausente*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

■ UNA MIRADA A LA CORRUPCIÓN EN BOLIVIA. EL CASO DEL FONDO INDÍGENA

Soraya Santiago Salame*

Introducción

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha generado un nuevo paradigma en el marco de los Estados constitucionales actuales, que supone la integración de las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos al ámbito interno, lo que ha generado una nueva lógica integral para su comprensión, que además se materializa en las decisiones de los órganos de supervisión tanto del sistema universal como interamericano de derechos humanos.

Bolivia no ha sido ajena a la evolución de las normas internacionales y la jurisprudencia de los órganos de protección, pues de acuerdo con el artículo 410 de la Constitución Política del Estado (CPE), el bloque de constitucionalidad está integrado por “los Tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificadas por el país”; de esta manera, en Bolivia las normas contenidas en pactos internacionales sobre derechos humanos se encuentran incorporadas en el texto constitucional, y se aclara que en algunos casos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen aplicación preferente, en virtud de los criterios de interpretación de derechos humanos previstos en los artículos 13 y 256 de la CPE.

Esta preponderancia en derechos, que rige al Estado constitucional boliviano, pone en el centro de protección a las personas y refuerza la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, deber que no se agota con la compatibilización de las normas internas al derecho

.....
* sorayasantiagos@hotmail.com

internacional de los derechos humanos, sino que implica, también, la adopción de políticas, acciones, mecanismos, estrategias, etc., que hagan efectivo el ejercicio pleno de tales derechos y, por ende, combatan la impunidad frente a las vulneraciones de estos, pues es evidente que la ausencia de una investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables por violaciones de los derechos humanos genera en la sociedad un sentimiento de doble agravio: el causado por el delito y el que resulta de la frustración e impotencia ante la falta de castigo.¹

De esta manera surge el íntimo vínculo entre derechos humanos y lucha contra la corrupción, por cuanto la falta de investigación y sanción de las vulneraciones de derechos humanos genera impunidad y esta, a su vez, perpetúa los actos de corrupción,² lo que impacta directamente en el ejercicio pleno de los derechos humanos de dos formas, la primera en sentido negativo, por cuanto la corrupción puede lesionar derechos humanos de manera directa o indirecta, a través de prebendas, sobornos, desvío de fondos, etc.; y, en sentido positivo, bajo la idea de que el resguardo de los derechos humanos puede constituirse en la mejor herramienta para luchar contra la corrupción, en el entendido de que bajo el principio de igualdad, piedra angular en la que se asientan todos los derechos, la lucha contra la corrupción evita que, en el ejercicio y goce de estos, se privilegie a algunas personas basándose en distinciones ilegítimas o desproporcionadas.

En ese orden, la corrupción quebranta la democracia, el Estado de derecho y el ejercicio de los derechos humanos porque, por un lado, restringe la participación política igualitaria, la libertad de pensamiento y de expresión, entre otras; y, por otro, impide que los derechos sociales puedan hacerse efectivos, lo que agrava la situación de desigualdad de los denominados grupos de atención prioritaria, como son los indígenas, migrantes, personas privadas de libertad, mujeres, personas con discapacidad, etc.

Dado que es más que evidente el efecto negativo de la corrupción sobre el ejercicio pleno de los derechos humanos es que el tema ha cobrado importancia tanto a nivel del derecho internacional de los derechos humanos

.....
1 Juan Antonio Le Clercq Ortega y Gerardo Rodríguez Sánchez Lara (coords.), Índice Global de Impunidad México (IGI-MEX 2016), México, Universidad de las Américas Puebla (UDLAP), 2016, en http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/IGI-MEX_CESIJ_2016.pdf

2 CIDH, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción - 12 de septiembre de 2017, en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>

como en el ámbito interno de los Estados, prueba de ello es la adopción de instrumentos internacionales específicos sobre esta temática, así como la inclusión de políticas de lucha contra la corrupción en las agendas estatales. Bajo esa lógica, Bolivia, mediante Ley 1743 de 15 de enero de 1997, aprobó y ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en 1996 por los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y, posteriormente, mediante Ley 3068 de 1 de junio de 2005, se adhirió a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; ambos instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano y tienen como propósito común generar en los Estados la conciencia de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas y atenta contra la sociedad, por lo que es deber de los Estados combatirla de manera frontal y explícita.

Si bien ninguno de estos instrumentos establece expresamente el vínculo entre corrupción y derechos humanos; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su prefacio, señala que:

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.³

De igual manera, a nivel del sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha venido emitiendo una serie de informes sobre el tema, en los cuales ha establecido la relación entre corrupción, derechos humanos e impunidad;⁴ corrupción judicial;⁵ corrupción como desafío a programas de reducción de pobreza;⁶ la importancia del control ciudadano para combatir la corrupción;⁷ las obligaciones del Estado

.....

3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resolución 58/4, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003, en http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

4 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay - Informe de país, 2001, OEA/Ser.L/VII.110.Doc. 52, 9 de marzo de 2001.

5 CIDH, Ecuador - Capítulo IV, Informe Anual, 2005, OEA/Ser.L/V/II.124.Doc. 7, 27 de febrero de 2006.

6 CIDH, Pobreza y Derechos Humanos en las Américas – Informe temático, 2017, OEA/Ser.L/V/II.164.Doc. 147, 7 de septiembre de 2017.

7 CIDH, Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y Corrupción, Resolución 1/17, 2017.

en relación con la corrupción (erradicación, investigación, prevención);⁸ la obligación estatal de combatir problemas estructurales como la corrupción para prevenir la violencia contra defensores de derechos humanos⁹ y, finalmente, ha abordado el problema de la corrupción a partir de cuatro ejes temáticos: a) independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; b) transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; c) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; y d) cooperación internacional.¹⁰

El contenido de los citados pronunciamientos establece como base fundamental para la lucha contra la corrupción la implementación de una política estatal integral sobre transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas, bajo el entendido de que mientras más transparente sea la gestión pública, a través de un acceso libre a la información pública y un efectivo mecanismo de rendición de cuentas, será mucho más difícil que la corrupción permee los órganos del Estado, pues si bien está claro que todo acto de corrupción es reprochable, es también evidente que cuando este acto proviene de la propia estructura del Estado y, además, no es sancionado, la corrupción adquiere una dimensión estructural que pone en grave riesgo, no solamente el ejercicio pleno de los derechos humanos, sino que mina gravemente las propias bases de la democracia.

Marco normativo sobre transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción en Bolivia

En el marco de lo antes explicado, Bolivia ha generado un orden normativo vinculado a la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción. Esta normativa tiene sustento en la Constitución Política, que en su artículo 8.II concibe a la transparencia como un valor que sustenta al Estado; por otro lado, los artículos 180 y 232 de la Constitución contemplan a la transparencia como un principio en el que se basan la jurisdicción ordinaria y la administración pública. A su vez, la transparencia forma parte de la garantía

.....
8 CIDH, Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela, Informe de país, 2017, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 209, 31 de diciembre de 2017.

9 CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos - Informe temático, 2017, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17, 29 de diciembre de 2017.

10 CIDH, Derechos Humanos y Lucha contra la Impunidad y Corrupción, Resolución 1/17, 2017.

jurisdiccional contenida en el artículo 115.II CPE, donde expresamente se señala que el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

La Constitución, en su artículo 21.6, también relaciona el principio de transparencia con el derecho de acceso a la información y establece que las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a: “acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva”. En igual sentido, la Constitución vincula la transparencia y el acceso a la información pública con la rendición de cuentas prevista en el artículo 235 como la obligación de las servidoras y los servidores públicos a: “Rendir cuentas sobre las responsabilidades económicas, políticas, técnicas y administrativas en el ejercicio de la función pública”.

En el marco de este imperativo constitucional, en Bolivia se han promulgado normas específicas sobre transparencia y rendición de cuentas, como la Ley del Órgano Judicial, que en su artículo 30 establece que el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública: “supone procurar, ofrecer, sin infringir el derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable, facilitando la publicidad de sus actos, cuidando que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes”.

Por otro lado, la Ley 341, Ley de Participación y Control Social, en su artículo 8.9 reconoce a la rendición de cuentas como parte del derecho de participación y control social, y establece como principio esencial del mismo a la transparencia, definiéndola como el: “manejo honesto y adecuado de los recursos públicos, así como la facilitación de información pública desde los Órganos del Estado y las entidades privadas que administran recursos fiscales y/o recursos naturales, de forma veraz, oportuna, comprensible y confiable”. Esta misma Ley establece, en su artículo 6, a los actores que conforman la participación y el control social, señalando que estos están conformados por la sociedad civil organizada, sin ningún tipo de discriminación por sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, grado de instrucción y capacidades diferenciadas; en su artículo 8 enumera los derechos de dichos actores y establece, entre otros: “Acceder a información documentada y estadística, de todas las entidades públicas y de las privadas que administran recursos fiscales y/o recursos naturales”;¹¹ “Ser asistidas y

.....
11 Artículo 8.6, Ley 341.

asistidos en la búsqueda de información por las y los servidores públicos de las entidades estatales, y las y los empleados de las empresas privadas que presten servicios básicos o administren recursos fiscales y/o recursos naturales”;¹² “Participar en los procesos de rendición pública de cuentas de las entidades del Estado Plurinacional”;¹³ “Acceder a información formal y oportuna de todos los recursos económicos, programas y asistencia de los organismos de la cooperación internacional”;¹⁴ entre otros.

Ahora bien, en cuanto a la política contra la corrupción implementada a partir de la vigencia de la Constitución Política del Estado, es importante señalar que mediante Decreto Supremo (DS) 29894 se creó el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción como máxima instancia encargada del diseño y la ejecución de políticas de prevención y combate a la corrupción. De igual manera, el referido Decreto creó oficinas anticorrupción en todos los ministerios del Órgano Ejecutivo y en otras entidades importantes; estas Unidades de Transparencia tienen la responsabilidad de transparentar la gestión pública, mediante labores que permitan asegurar el acceso a la información pública, la promoción de la ética en los servidores del Estado, el desarrollo de mecanismos del control social y rendición de cuentas.

En el mismo ámbito, mediante DS 214, Bolivia aprobó la Política Nacional de Transparencia y Lucha contra la Corrupción (PNTLCC), dicha política contiene alrededor de cincuenta medidas o acciones en cuatro áreas estratégicas: participación y control social, lucha contra la corrupción, transparencia y acceso a la información, y fortalecimiento y coordinación institucional.¹⁵

Finalmente, es preciso señalar que el 31 de marzo de 2010 se promulgó la Ley 004, denominada “Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz”, que según su artículo 1 tiene como objeto:

Establecer mecanismos y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, leyes, tratados y convenciones internacionales destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción cometidos por servidoras y servidores públicos y exservidoras y exservidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, y personas naturales o jurídicas y representantes legales de personas jurídicas, pú-

.....

12 Artículo 8.7, Ley 341.

13 Artículo 8.9, Ley 341.

14 Artículo 8.10, Ley 341.

15 Información en <http://www.miplataforma.gob.bo/uploads/marcolegal/ds21431co2cca39ac7f60.pdf>

blicas o privadas, nacionales o extranjeras que comprometan o afecten recursos del Estado, así como recuperar el patrimonio afectado del Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes.

Esta Ley, conforme a su artículo 3, tiene como finalidad la “prevención, acabar con la impunidad en hechos de corrupción y la efectiva lucha contra la corrupción, recuperación y protección del patrimonio del Estado, con la participación activa de las entidades públicas, privadas y la sociedad civil”.

La Ley 004 establece los principios que la rigen, entre ellos se encuentran el de transparencia, que es “la práctica y manejo visible de los recursos del Estado por las servidoras y servidores públicos, así como personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que presenten servicios o comprometan los recursos del Estado”.

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 004, esta se aplica a los servidores y exservidores públicos de *todos los órganos del Estado*, sus entidades e instituciones del nivel central, descentralizadas o desconcentradas, y de las entidades territoriales autónomas, departamentales, municipales, regionales e indígena originaria campesina.

La Ley 004 crea los tribunales y juzgados anticorrupción para el conocimiento de los procesos penales en materia de corrupción (art. 11), así como también establece el sistema de evaluación permanente, por el cual los jueces, fiscales y policías especializados en materia de corrupción estarán sujetos a un sistema de evaluación permanente implementado en cada entidad, tomando en cuenta los lineamientos establecidos por el Consejo Nacional de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito y Legitimación de Ganancias Ilícitas, también creado por la Ley 004 y compuesto por el Ministerio de Transparencia Institucional y Lucha contra la Corrupción, el Ministerio de Gobierno, el Ministerio Público, la Contraloría General del Estado, la Unidad de Investigaciones Financieras, la Procuraduría General del Estado y representantes de la sociedad civil organizada, de acuerdo con lo establecido en los artículos 241 y 242 de la CPE.

De lo antes señalado es posible colegir que Bolivia ha cumplido con su obligación de generar un marco normativo que garantice la transparencia y la rendición de cuentas, además de haber diseñado una política nacional para combatir la corrupción a través de la creación de organismos y normativa específica; sin perjuicio de ello, en los últimos años los casos de corrupción se han incrementado, con el agravante de que la mayor parte de estos se han generado al interior del sector público, con la participación o aquiescencia de

funcionarios o autoridades públicas; así, entre los más emblemáticos pueden citarse: el caso del Fondo Indígena, Emapa, el programa Bolivia cambia, Evo cumple, Televisión Boliviana, Barcazas chinas, Aduana, Vías Bolivia, los 33 camiones, la empresa china CAMC Engineering Co, Fuerzas Armadas, Lotex, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), el multimillonario desfalco en el Banco Unión, los cinco proyectos sospechosos de corrupción en el canal estatal Bolivia TV, etc.

Los escándalos de corrupción antes mencionados hicieron que la percepción sobre la corrupción en Bolivia se mantenga entre las más altas de la región, prueba de ello es el Informe de la ONG Transparencia Internacional que en el 2017 calificó a Bolivia con 33 puntos sobre 100 posibles en el *ranking* de percepción de la corrupción; posicionándose en el puesto 112 de 180 países examinados, que la ubica de esta manera en media tabla de los países más corruptos a nivel continental.¹⁶

En este sentido, es más que evidente que el marco normativo antes explicado no ha sido suficiente para paliar el grave fenómeno de la corrupción en Bolivia; las explicaciones de la grave situación de corrupción son diversas, las más recurrentes son: la falta de independencia judicial; la designación mayoritaria de jueces provisorios; la falta de meritocracia en la designación de miembros del Órgano Judicial; la falta de institucionalidad en el Ministerio Público; las limitaciones a la libertad de pensamiento y asociación; la restricción de la libertad de prensa; la falta de una norma específica que regule el acceso a la información pública; la opacidad de la administración pública; la cooptación gubernamental de los mecanismos de participación y control social; la contratación por invitación directa de bienes y servicios del Estado; la arbitrariedad con la que se designa a las máximas autoridades de las principales entidades públicas; la promulgación de las normas básicas del sistema de administración de bienes y servicios que definen diferentes modalidades de contratación estatal, la mayoría de ellas “peligrosamente discrecionales”; la nula participación de la sociedad civil en la política de lucha contra la corrupción, la falta de investigación y sanción de los graves hechos de corrupción generados en el país, etc.¹⁷

.....
 16 Informe en https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia

17 Si bien la mayoría de estos análisis han sido publicados en espacios editoriales de medios de comunicación bolivianos, existen algunas publicaciones sobre el tema disponibles en <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/fondioc132.html> http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_dplf_elecciones_judiciales.pdf

Ahora bien, para comprender a cabalidad el impacto de la corrupción en el ejercicio de los derechos humanos y en la vigencia plena del Estado de derecho en Bolivia, es preciso analizar uno de los casos más sonados en cuanto a corrupción se refiere: el denominado caso del Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígena Originarios y Comunidades Campesinas (Fondioc) o (FDPPIOYCC) (en adelante, Fondo Indígena), que evidencia de manera clara el incumplimiento del marco normativo vigente y, por ende, demuestra la tolerancia del Estado frente a los actos de corrupción.

El caso representativo: el Fondo Indígena. Cuando la corrupción es tolerada por el Estado

Los antecedentes

Mediante DS 28571 de 22 de diciembre de 2005 se creó el Fondo Indígena, con la finalidad de financiar proyectos de desarrollo productivo y social que beneficien de manera directa a los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas;¹⁸ el Fondo Indígena fue creado como una entidad de derecho público de carácter descentralizado, con autonomía de gestión administrativa, técnica y financiera, patrimonio propio y duración indefinida, bajo tuición del Ministerio Sin Cartera responsable de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios¹⁹ (posteriormente denominado Ministerio de Desarrollo Rural Agropecuario y Medio Ambiente).

El Fondo Indígena estaba encargado de administrar y ejecutar, bajo los criterios de eficiencia, eficacia, equidad, transparencia y participación, los recursos económicos asignados de acuerdo al inciso d) del artículo 57 de la Ley 3058 de Hidrocarburos, que establecía la distribución de un porcentaje del Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH) al desarrollo productivo de los pueblos indígenas originarios campesinos. Dicho monto posteriormente fue fijado en el 5 % del IDH.

Por la coyuntura política que atravesó Bolivia entre los años 2005 a 2009, año en que fue promulgada la Constitución Política del Estado vigente, recién en mayo de 2009, el Fondo Indígena inició sus actividades oficialmente, es decir, después de tres años y cinco meses de su creación, tomando como sede de sus funciones a la ciudad de La Paz; así, en septiembre de 2010, se dio inicio al financiamiento de Proyectos del Fondo Indígena.

.....

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20150408_02.pdf
http://www.redpccs.org.bo/images/An%C3%A1lisis_PyCS_Nexos_JCV.pdf

¹⁸ Artículo 1, DS 28571.

¹⁹ Artículo 2, DS 28571.

Si bien el Fondo Indígena debía tener una representación mayoritaria de los pueblos indígena originario campesinos, en el diseño de su estructura institucional los pueblos indígenas fueron los invitados de piedra, las riendas de este proceso las tomó el Gobierno a través de los representantes de los diferentes ministerios que, con sus delegados, trabajaron el Plan Estratégico Institucional, el Reglamento de transferencias público-privadas para la ejecución de proyectos de desarrollo productivo, social y fortalecimiento de las organizaciones del Fondo Indígena.²⁰

Entre abril y marzo de 2009, se aprobó el Reglamento Interno del Fondo Indígena y se eligió y posesionó al primer Directorio, la presidenta del citado Directorio fue la entonces ministra de Desarrollo Rural y Tierras, Julia Ramos Sánchez, quien ejerció dichas funciones del 08 de febrero de 2009 hasta el 23 de enero de 2011, fecha en la que asumió la presidencia la ministra de Desarrollo Rural y Tierras, Nemesia Achacollo Tola, que fue Presidenta del Directorio del Fondo Indígena hasta la designación de la Interventora del Fondo Indígena el 24 de febrero de 2015.

Las primeras denuncias: la importancia de la libertad de prensa en la lucha contra la corrupción

Si bien en la actualidad se tiene conocimiento de que las primeras denuncias sobre irregularidades en el manejo del Fondo Indígena fueron presentadas por el diputado opositor Rafael Quispe, quien incluso es parte querellante en el caso, las irregularidades fueron de conocimiento público el 11 de noviembre de 2013, cuando el matutino boliviano *Página Siete*, en una nota de prensa titulada “Denuncian supuestos proyectos fantasmas en el Fondo Indígena”, señalaba que una reportera del referido matutino fue enviada a varias poblaciones de los departamentos de La Paz y Santa Cruz para realizar una nota de prensa sobre el avance de los proyectos financiados por el Fondo Indígena, y había comprobado “irregularidades millonarias en varios proyectos de desarrollo”.²¹

El 12 de noviembre de 2013, de acuerdo con el citado matutino, un dirigente de un grupo de Indígenas Originarios del Jach’a Omasuyos (provincia Omasuyos) del departamento de La Paz, denominados “Ponchos Rojos”, afines al Movimiento al Socialismo (MAS), partido político que lidera el

.....
20 Manuel Morales (comp.), *Fondo Indígena. La gran estafa. Denuncias y propuestas desde los pueblos indígenas*, La Paz, Viejo Topo, en https://www.somossur.net/documentos/libro_fondo_indigena.pdf

21 Página Siete, “Cronología de las denuncias de Página Siete”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/2/13/cronologia-denuncias-pagina-siete-47224.html>

presidente de Bolivia Juan Evo Morales Ayma, amenazó a la referida periodista con “ponerla en su lugar” y con tomar las instalaciones de *Página Siete*.²²

Pese a las amenazas contra el referido matutino, este medio de prensa publicó el 9 y 11 de diciembre de 2013, dos reportajes sobre las investigaciones efectuadas al Fondo Indígena, en dichos reportajes se establecía que: “Solo uno de los 894 proyectos del Fondo Indígena concluyó” y que “se desconoce el destino de 503 millones de bolivianos para los proyectos” (US\$ 73 millones), dinero que fue transferido al Fondo Indígena entre 2010 y 2013 para ejecutar 894 proyectos.²³

El 6 de noviembre de 2013, el entonces director del Fondo Indígena, Marco Antonio Aramayo, ratificó a *Página Siete* que efectivamente existían irregularidades en el Fondo Indígena, y que solamente uno de los 894 proyectos de dicho Fondo había sido ejecutado, hasta su finalización, explicando que dichas “irregularidades” se generaron por una mala administración de funcionarios y dirigentes de la entidad. “Así se administró en las anteriores gestiones, pero de aquí en adelante vamos a cambiar esto y hacer una reingeniería completa para mejorar todo”.²⁴

Los indicios de corrupción

Ante la magnitud de las denuncias presentadas por el matutino *Página Siete*, y los reclamos por parte de los partidos políticos de oposición para que se realizara una investigación sobre el Fondo Indígena, el 11 de diciembre de 2013, el presidente Juan Evo Morales Ayma pidió a la Contraloría General del Estado iniciar una investigación al Fondo Indígena, dicha investigación comenzó el 12 de diciembre de 2013 y concluyó el 12 de febrero de 2015, un año y dos meses después, fecha en la que la Contraloría elevó un informe en el que señalaba que se había detectado un daño económico de al menos 71 millones de bolivianos (US\$ 10 millones) en 153 proyectos que nunca fueron ejecutados, aunque los responsables habían recibido la totalidad de los recursos de manera anticipada. Dicho informe también establecía que existían otros 100 proyectos que recibieron 74,6 millones de bolivianos (US\$ 11

.....

22 *Idem.*

23 *Idem.*

24 *Página Siete*, “Solo uno de los 894 proyectos del Fondo Indígena concluyó”, en <https://www.paginasiete.bo/economia/2013/12/9/solo-proyectos-fondo-indigena-concluyo-8170.html>

millones), en tres pagos, pero que los mismos no fueron cerrados ni se tenía constancia de su ejecución.²⁵

Las primeras explicaciones del Gobierno y la interpelación a la ministra en el Parlamento

Una vez que se hicieron de dominio público las conclusiones elevadas por la Contraloría, incluso en un reportaje periodístico de CNN titulado: “Millonario escándalo de corrupción en Bolivia. Investigan desfalco en el Fondo Indígena”,²⁶ diversos personeros del Gobierno dieron una serie de explicaciones sobre lo que había sucedido en el Fondo Indígena, minimizando las denuncias de corrupción: “No se trata de delitos, son errores administrativos”,²⁷ “El problema es que el Fondo fue creado por neoliberales”,²⁸ “CNN está conspirando contra Evo y el proceso de cambio”,²⁹ “Es racismo, no se admite que los indígenas manejen sus propios recursos”,³⁰ etc.

Posteriormente, y ante la magnitud del escándalo, el presidente Juan Evo Morales Ayma, mediante DS 2274, de 24 de febrero de 2015, dispuso la intervención administrativa-financiera, técnica y operativa del Fondo Indígena, por un periodo de seis meses.

A solicitud de dos diputados del partido gobernante, el 13 de marzo de 2015 se efectuó la interpelación a la ministra de Desarrollo Rural y Tierras en su condición de presidenta del Directorio del Fondo Indígena por la presunta malversación de fondos de esa entidad.

En la interpelación se plantearon 15 preguntas a la presidenta; sin embargo, solamente se dio respuesta a las primeras cuatro interrogantes que estaban destinadas a desarrollar la estructura del Fondo Indígena y los diputados

.....
25 El Día, “Contraloría detecta daño económico de Bs 71 millones en el Fondo Indígena”, en https://www.eldia.com.bo/index.php?cat=1&p=3&id_articulo=165397

26 CNN Español, “Millonario escándalo de corrupción en Bolivia: investigan desfalco en el Fondo Indígena”, en <https://cnnespanol.cnn.com/2015/12/11/millonario-escandalo-de-corrupcion-en-bolivia-investigando-desfalco-en-el-fondo-indigena/>

27 Esta información fue obtenida del libro *La verdad sobre el Fondo Indígena. Un modelo “vicioso” de gestión pública*, en <http://cdi.eju.tv/wp-content/uploads/2016/01/La-verdad-sobre-el-Fondo-Indi%CC%81gena.pdf>

28 Página Siete, “El Fondo Indígena se creó antes que fuéramos Gobierno”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/12/14/fondo-indigena-creo-antes-fueros-gobierno-80187.html>

29 Correo del Sur, “Evo advierte a CNN que no se meta con él ni con el vice”, en http://correodelsur.com/politica/20151219_evo-advierte-a-cnn-que-no-se-meta-con-el-ni-con-el-vice.html

30 Esta información fue obtenida del libro *La verdad sobre el Fondo Indígena. Un modelo “vicioso” de gestión pública*, en <http://cdi.eju.tv/wp-content/uploads/2016/01/La-verdad-sobre-el-Fondo-Indi%CC%81gena.pdf>

dieron por finalizada la sesión interpelatoria. Cabe hacer notar que los únicos autorizados para realizar la interpelación fueron diputados del partido gobernante. Los opositores no lograron realizar ninguna pregunta. La ministra fue librada de cualquier cargo inculpatario y fue despedida con un aplauso sonoro de dos tercios de los asambleístas oficialistas presentes en la sesión.³¹

Los resultados de la intervención al Fondo Indígena

El 24 de agosto de 2015, la interventora del Fondo Indígena emitió el Informe Final de Intervención en el que concluyó que además de 30 proyectos fantasma, también existían 713 proyectos que recibieron recursos económicos y que vencieron los plazos de ejecución.

Los 713 proyectos, de acuerdo con el citado informe, implican un daño económico al Estado de más de 102 millones de bolivianos (US\$ 14,7 millones). En el informe también se señala:

El Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras, como órgano rector, en el marco de las atribuciones y funciones establecidas en el Decreto Supremo 28571, no ejerció el control externo posterior al FDPPIOYCC en el marco de lo dispuesto en la Ley 1178 de Administración y Control Gubernamentales, respecto a la tuición sobre entidades descentralizadas.³²

El 2 de julio de 2016, la Contraloría declaró concluida la investigación al Fondo Indígena y reafirmó el daño económico al Estado por 71 millones de bolivianos (US\$ 10 millones), por 153 proyectos inconclusos y “fantasmas” que financió el Fondo Indígena. Dicho informe estableció como responsables a tres personas que fueron directores del Fondo Indígena durante el periodo 2010-2013, además de los responsables de los proyectos. No halló ninguna responsabilidad contra la ministra de Desarrollo Rural y Tierras que presidió el Directorio del Fondo Indígena desde 2010 hasta el 31 de agosto de 2015.³³

Ante la divergencia de resultados de ambos informes, el primero, de la Contraloría General, y el segundo, de la interventora del Fondo Indígena, un grupo de parlamentarios de la oposición pidió a esta última que compareciera

.....
31 Correo del sur, “Achacollo recibe voto de confianza de asambleístas oficialistas”, en https://correodelsur.com/politica/20150313_achacollo-recibe-voto-de-confianza-de-asambleistas-oficialista.html

32 Página Siete, “Fondo Indígena avaló auditorías irregulares, según la Interventora”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/11/19/fondo-indigena-avalo-auditorias-irregulares-segun-interventora-77429.html>

33 Equipo Nizkor, “Herbas cerró el caso Fondioc sin indicios contra Achacollo”, en <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/fondioc378.html>

ante la Comisión de Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos e Interculturalidad del Senado, en dicha comparecencia la citada interventora deslindó la responsabilidad de los máximos ejecutivos del Fondo Indígena señalando que si bien los informes financieros y auditorías anuales que aprobó el Directorio tienen una serie de observaciones e irregularidades, “En los informes no había consecuencia lógica de cómo se informaba en una gestión, cómo se informaba en la otra gestión, tampoco se encontraron muchos documentos porque se los ha ocultado”, el personal técnico y administrativo de la entidad ocultó información y por esa razón las autoridades no detectaron las irregularidades en el Fondo; de esta manera, de acuerdo con la interventora, al Directorio del Fondo Indígena no le quedó más opción que aprobar los estados financieros “irregulares” porque era su obligación.³⁴

Sobre el daño económico generado al Estado, la interventora señaló que hasta que se realice una auditoría a todos los proyectos del Fondo Indígena será imposible establecer a cuánto asciende dicho daño.³⁵

Posteriormente, el mes de diciembre de 2016, el senador Óscar Ortiz Antelo, presidente de la Comisión de Naciones y Pueblos Indígena Originarios, Campesinos e Interculturalidad del Senado presentó el Informe de Fiscalización al Fondo Indígena³⁶ realizado sobre la base de la información que de forma oficial recibió el citado senador por parte de la Contraloría, de la Fiscalía, de la interventora del Fondo Indígena, de los ministerios relacionados con el Fondo y otras entidades públicas.³⁷

Dicho informe contiene información detallada sobre los antecedentes del caso del Fondo Indígena, hasta el Informe de Intervención. Entre sus conclusiones más importantes revela que pese a la normativa legal vigente que establecía que todos los recursos erogados al Fondo Indígena debían ser destinados al desarrollo productivo y social de los pueblos indígenas estos

.....
34 Página Siete, “Fondo Indígena avaló auditorías irregulares, según la Interventora”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/11/19/fondo-indigena-avalo-auditorias-irregulares-segun-interventora-77429.html>

35 *Idem.*

36 El Informe del senador Ortiz ha sido consultado a lo largo de esta investigación, por cuanto el mismo fue elaborado con documentación oficial recibida por dicho senador con las distintas solicitudes de información pública que realizó ante diversas entidades públicas. El documento contiene en sus anexos la documentación que respalda y da veracidad al Informe (ver Óscar Ortiz Antelo, *Informe de fiscalización, análisis de las responsabilidades en el mal manejo y la corrupción en el Fondo Indígena*, Santa Cruz, FDPPIOYCC, en <http://oscarortiz.com.bo/wp-content/uploads/2016/12/INFORMEFONDIOCC.compressed.pdf>).

37 *Idem.*

fueron consignados a otro tipo de proyectos que ni siquiera tenían como destinatarios a los pueblos indígena originario campesinos.³⁸

Una de las conclusiones más graves contenidas en el referido informe es la referente al desembolso de dinero proveniente del Fondo Indígena a cuentas bancarias privadas de varios dirigentes de las organizaciones sociales y otras personas particulares, cuando la normativa legal vigente prohíbe expresamente este tipo de transferencias, lo que de acuerdo con el informe posibilitó el manejo discrecional de los recursos financieros del Fondo Indígena y coadyuvó al descontrol en la fiscalización de estos, con el agravante de que los máximos responsables del Directorio del Fondo Indígena conocían de estas irregularidades y, a pesar de ello, siguieron efectuando transferencias a cuentas privadas, tal como se demuestra en la documentación anexa al informe.³⁹

El informe también señala la responsabilidad del Ministerio de Economía y Fianzas en el caso, por no dar cumplimiento al numeral 9 del DS 28421, debido a que no procedió al congelamiento de las cuentas del Fondo Indígena en su condición de beneficiario del IDH, por falta del envío de las auditorías operativas sobre el cumplimiento del presupuesto operativo anual (POA) por parte del Fondo, con pronunciamiento expreso sobre la utilización y el destino de los recursos provenientes del IDH, como lo establece el numeral 8 punto III del citado Decreto Supremo. En el mismo sentido, el informe estableció también indicios de responsabilidad contra la Contraloría General del Estado por no haber establecido las responsabilidades correspondientes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en los informes circunstanciados de acuerdo con el numeral 8 del citado DS 28421.⁴⁰

El informe en análisis llegó a la conclusión de que en el caso del Fondo Indígena no es posible cuantificar el daño económico al Estado por cuanto el Informe de la Interventora no efectuó ninguna observación con relación a los 65 proyectos denominados de “Fortalecimiento organizativo”, los mismos que según el DS 28571 y demás disposiciones legales no podían ser ejecutados por cuanto los recursos del IDH solo tenían como destino el financiamiento de proyectos de desarrollo productivo y social que beneficiaran de manera directa a los pueblos indígena originarios y comunidades campesinas.⁴¹

.....
38 *Ibid.*, Conclusión 1.

39 *Ibid.*, Conclusión 7.

40 *Ibid.*, Conclusión 9.

41 *Idem.* Posterior al Informe del senador Óscar Ortiz, hubo en Bolivia una serie de investigaciones independientes sobre el Fondo Indígena, de las cuales las más relevantes son: *Fondo Indígena. La gran estafa*, que es una compilación de denuncias y

Se debe señalar que, a la fecha,⁴² el caso del Fondo Indígena se encuentra en etapa investigativa a cargo del Ministerio Público, aun cuando ya han transcurrido más de cinco años desde las primeras denuncias y de la remisión del caso por parte de la Contraloría al Ministerio Público; tampoco se sabe con exactitud cuántas personas están siendo investigadas, los medios de comunicación hablan de 4500,⁴³ pero el número no es exacto por cuanto la etapa investigativa aún no ha concluido oficialmente.⁴⁴

Tampoco se tiene conocimiento de la magnitud del daño económico al Estado, pues, como se señaló, la Contraloría lo fijó en la suma de 71 millones de bolivianos (US\$ 10 millones), la interventora del Fondo Indígena estableció un daño de 102 millones de bolivianos (US\$ 14,7 millones) y, de acuerdo con las últimas noticias sobre el tema, la suma sería superior a los 121 millones de bolivianos (US\$ 17,5 millones); sin embargo, como no se ha realizado una auditoría global a la gestión del Fondo Indígena tampoco se sabe en qué se invirtieron los 4000 millones de bolivianos (US\$ 579 millones) erogados al mismo.⁴⁵

Finalmente, se debe señalar que el 26 de agosto de 2015, a través del DS 2493, el Gobierno creó el Fondo de Desarrollo Indígena y ordenó la liquidación del Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas; se debe observar que la estructura del nuevo Fondo Indígena es muy similar a la del anterior, por cuanto si bien se elimina el Directorio de la composición del nuevo Fondo, que ahora se encuentra a cargo de un director general ejecutivo, designado mediante Resolución Suprema, se crea el Consejo Consultivo, conformado por los titulares de los ministerios de Desarrollo Rural, Presidencia, Desarrollo Productivo, Medio Ambiente, Planificación y de Economía, además de los máximos dirigentes de los campesinos, indígenas originarios, interculturales y la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia - Bartolina

.....
propuestas de los pueblos indígenas sobre el tema, y el libro *La verdad sobre el Fondo Indígena*, que presenta pruebas de la magnitud del daño económico para el Estado, publicación que tuvo como fuente principal al diputado Rafael Quispe quien denunció penalmente a la exministra de Obras Públicas y presidenta del Fondo Indígena.

42 Este estudio fue redactado en septiembre de 2018.

43 Ver La Razón, “A un año del caso Fondioc, hay 29 encarcelados y 4.300 procesados”, en http://www.la-razon.com/nacional/ano-caso-Fondioc-encarcelados-procesados_o_2435756502.html

44 Se debe hacer notar que el Ministerio Público no brinda información o permite la consulta del caso a las personas que no son parte del mismo.

45 El Deber, “Nuevo Fondo Indígena llevó a la justicia 265 proyectos por un daño de Bs 121 millones”, en <https://www.eldeber.com.bo/economia/Destapan-mas-proyectos-millonarios-irregulares-en-el-exFondo-Indigena-20180328-9247.html>

Sisa como instancia deliberativa, participativa y de formulación de propuestas de políticas y planes para el fomento del desarrollo productivo. Es también importante señalar que el nuevo Fondo Indígena tiene como finalidad gestionar, financiar, ejecutar y fiscalizar programas de proyectos para el desarrollo productivo rural, mientras que el Fondo Indígena liquidado daba curso a proyectos de fortalecimiento para el desarrollo social y productivo.

Sobre las obligaciones del Estado en cuanto a la lucha contra la corrupción y el respeto de los derechos humanos en el caso del Fondo Indígena

En el caso analizado, el Estado no solamente no cumplió con el marco normativo internacional e interno para combatir la corrupción, explicado en páginas anteriores, sino que tampoco dio cumplimiento a su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, obligación establecida tanto en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), especialmente en cuanto a su obligación de prevención e investigación, de acuerdo con lo siguiente:

La obligación de prevenir

Si bien es cierto que el marco normativo boliviano, en cuanto a la lucha contra la corrupción, como se estableció anteriormente, se encuentra dentro de los estándares internacionales, es también evidente que no agota la responsabilidad del Estado, por cuanto para que dicho marco normativo sea suficiente es necesario que también sea efectivo y, en el caso analizado, ha quedado claramente establecido que las normas sobre transparencia y rendición de cuentas no solamente fueron incumplidas, sino que no existió ningún tipo de control, ni a las funciones ni a los recursos del Fondo Indígena, como establecía el amplio marco normativo analizado previamente.

En este mismo ámbito, es importante señalar que pese al mandato previsto en el artículo 21 de la Constitución, hasta la fecha no se ha promulgado en Bolivia una ley que regule el acceso a la información pública, lo que ha ocasionado opacidad en la función pública, por cuanto no existe una normativa legal específica que posibilite a cualquier ciudadano o ciudadana acceder a información sobre este caso o cualquier otro.⁴⁶

.....

⁴⁶ Esta situación ha sido comprobada, al momento de escribir este artículo, por cuanto para acceder a la información se hace necesario demostrar el interés en el caso o ser parte del mismo.

Por otro lado, pese a que la Ley 004 creó los tribunales y juzgados anticorrupción para el conocimiento de los procesos penales en materia de corrupción (art. 11), y estableció el sistema de evaluación permanente por el cual los jueces, fiscales y policías especializados en materia de corrupción estarían sujetos a un sistema de evaluación permanente implementado en cada entidad, a ocho años de la promulgación de la referida ley no se han materializado el total de tribunales y juzgados anticorrupción, pues únicamente se ha establecido el conocimiento de las causas sobre corrupción a juzgados mixtos, en los que los jueces no cuentan con especialidad en esta materia y, en la mayoría de los casos, no pertenecen a la carrera judicial.

En cuanto a los fiscales especializados en materia de corrupción, estas funciones las ejercen los fiscales que ya venían prestando sus funciones en el Ministerio Público y, por lo tanto, no cuentan con una especialidad específica en este campo y menos están sujetos a una evaluación permanente tal como establece la Ley 004. Aquí se debe hacer notar que no existe una carrera fiscal en Bolivia, por cuanto a la fecha ni siquiera todos los fiscales de distrito de los diferentes departamentos de Bolivia son fiscales institucionalizados.

La obligación de investigar

De igual forma, el Estado incumplió su obligación de investigar los hechos de corrupción denunciados en el caso del Fondo Indígena por cuanto, si bien de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH, la de investigar es una obligación de medios y no de resultados y, por ende, en muchos casos no es posible revelar la verdad de determinados hechos, dicho Tribunal también ha establecido que toda investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser ineficaz.⁴⁷ El caso del Fondo Indígena no contó con una investigación realizada con la debida diligencia, por cuanto:

- Hasta la fecha, a más de cinco años de las primeras denuncias sobre las irregularidades detectadas en el Fondo Indígena no se tiene conocimiento de la magnitud del daño económico al Estado, pues, como se señaló, la Contraloría lo fijó en la suma de 71 millones de bolivianos (US\$ 10 millones), la Interventora del Fondo Indígena estableció un daño de 102 millones de bolivianos (US\$ 14,7 millones), y según las últimas noticias sobre el tema, la suma sería superior a los 121 millones de bolivianos (US\$ 17,5 millones).

.....

47 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, núm. 4, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

- Se desconoce el número total de proyectos “fantasmas” que se gestionaron con recursos del Fondo Indígena, por cuanto tal como lo reconoció la propia interventora, la información sobre estos aspectos “desapareció” de las instalaciones del Fondo Indígena. Por la misma razón, tampoco se conoce con exactitud el monto de dinero que fue transferido a las cuentas de personas particulares con recursos del Fondo.
- No existe una explicación oficial de las razones por las que se desviaron los recursos del Fondo Indígena a partidas diferentes a las que tenía como finalidad, como eran los proyectos de desarrollo productivo y social que debían beneficiar de manera directa a los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando la prohibición de este tipo de transferencias es clara en la normativa vigente.
- Tampoco se conocen las razones por las que los recursos del Fondo Indígena no fueron distribuidos conforme a los principios de territorialidad, justicia y equidad según establecía el DS 28571, ya que del total de los 1100 proyectos con desembolsos, al departamento de La Paz le correspondieron 543, lo que equivale al 49,36 % del total de estos proyectos; al Beni le correspondieron 128 proyectos que equivalen al 11,64 %; mientras que los demás departamentos no llegan al 10 %.
- En igual sentido, hasta la fecha no se sabe con exactitud el total de personas responsables por la malversación de recursos del Fondo Indígena, pues a pesar de que el artículo 133 del CPP establece como plazo máximo de duración del proceso penal en Bolivia el lapso de tres años, el caso del Fondo Indígena sigue en la etapa investigativa.
- No se ha realizado hasta la fecha una auditoría global a la gestión del Fondo Indígena, tal como vienen solicitando los partidos de la oposición, la sociedad civil, la población en general, y tal como recomendó la propia interventora del Fondo Indígena.
- Si bien la presidenta del Directorio fue imputada y detenida preventivamente por el caso del Fondo Indígena y a la fecha se encuentra cumpliendo detención domiciliaria, ha sido fotografiada por diversos medios de comunicación tanto en aeropuertos como a bordo de aeronaves.⁴⁸

.....

48 Amalia Pando, “Nemesia Achacollo viaja a pesar de tener detención domiciliaria”, *Cabildeo*, en <http://www.amaliapandocabildeo.com/2018/01/nemesia-achacollo-viaja-pesar-de-la.html>

La respuesta penal en la lucha contra la corrupción a nivel interno

El caso del Fondo Indígena permite demostrar la verdadera magnitud de la ineficacia del sistema procesal penal boliviano, por lo que podríamos denominar “mora procesal estructural”, pues es evidente que una de las fallas más comunes y de mayores efectos nocivos en la administración de justicia es, precisamente, la mora en el trámite de los procesos y en la adopción de las decisiones judiciales. Así la mora judicial no solo lesiona gravemente los intereses de las partes, en cuanto conlleva pérdida de tiempo y de dinero, además de prolongar innecesariamente y más allá de lo razonable la concreción de los procesos, sino que pone en tela de juicio la eficacia de las instituciones del Estado para la solución de los conflictos. La mora injustificada afecta de modo sensible el derecho de acceso a la justicia porque este se desconoce cuando el proceso no culmina dentro de los términos razonables que la ley procesal ha establecido, pues una justicia tardía es, ni más ni menos, la negación de la propia justicia. La mora judicial constituye una conducta violatoria del derecho al debido proceso.⁴⁹

Es cierto que las crisis institucionales por las que ha atravesado el Estado boliviano dejaron en su momento muchos juzgados acéfalos, por lo que se estableció como medida de emergencia la designación de jueces provisorios regulada mediante Ley 212 de 23 de diciembre de 2011; sin embargo, a la fecha gran parte de los jueces bolivianos siguen teniendo el carácter de provisorios y, por ende, no son jueces de carrera que hayan recibido capacitación y especialización para ostentar dichas funciones; por otro lado, con el extenso marco normativo que se ha incorporado en Bolivia a partir de la promulgación de la Constitución vigente, el número de causas se ha incrementado y, no obstante, el número de jueces apenas ha aumentado en los últimos años, situación que ha influido negativamente en el funcionamiento del sistema de justicia en su conjunto por cuanto ha intensificado el problema de mora judicial.

Esta mora procesal obedece a razones estructurales, es decir, que sus secuelas alcanzan a todo el sistema de justicia –incluidos órganos coadyuvantes como el Ministerio Público, las defensorías, etc.–. En este escenario se deben buscar soluciones integrales que ataquen el problema de raíz, en lugar de paliar la situación con medidas que no generan cambios estructurales, pues no

.....

⁴⁹ Razonamiento desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia entre otras, en la Sentencia T-546/95, y aplicado por el Tribunal Constitucional boliviano en la SC 1907/2011-R de 7 de noviembre.

se debe olvidar que la debida diligencia en el ejercicio de la actividad judicial es un mandato convencional y constitucional y, por tanto, su incumplimiento genera responsabilidad para el Estado.⁵⁰

El caso del Fondo Indígena pone en evidencia lo antes explicado, por cuanto el artículo 133 del CPP fija el término fatal de tres años para la duración máxima del proceso penal en Bolivia, ya sea que se contabilice el inicio del proceso desde la denuncia o desde la imputación formal; en el caso del Fondo Indígena dicho plazo ha vencido superabundantemente, situación que puede ocasionar que los procesados soliciten la extinción de la acción penal por máxima duración del proceso, por cuanto si bien en la SC 104/2001 el Tribunal Constitucional estableció que solamente se declarará la extinción de la acción penal cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido sea atribuible al órgano judicial o al Ministerio Público, bajo parámetros objetivos, y dicha extinción no procede cuando tal dilación sea atribuible a la conducta del imputado o procesado, dicha acción podría iniciarse por cualquiera de las personas procesadas por el caso del Fondo Indígena alegando que la dilación del proceso es atribuible al Ministerio Público, situación que, en el peor de los escenarios, posibilitaría la impunidad de las personas involucradas en la malversación de los recursos económicos del Fondo.

¿Cuál es el impacto del caso del Fondo Indígena en el ejercicio de los derechos humanos y la vigencia del Estado de derecho en Bolivia?

El caso del Fondo Indígena no solamente impactó de manera negativa en los derechos de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, sino que desconoció las bases estructurales en las cuales se asienta el Estado Plurinacional boliviano; recuérdese que de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. Así, el Estado Plurinacional boliviano deviene de un pacto de pueblos y no de un Estado paternalista que reconoce derechos a los indígenas, “sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos,

.....
50 *Idem.*

tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman”.⁵¹

La plurinacionalidad, entonces, supone la construcción colectiva o “diferida” del Estado, donde la diversidad de pueblos se ve representada en la estructura del Estado, y donde se garantizan plenamente sus derechos para la construcción de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales, conforme establece el artículo 9.1 de la CPE, con fin y función del Estado.⁵²

En ese marco es preciso establecer que, si bien el Fondo Indígena fue creado antes de la promulgación de la Constitución Política del Estado, el mismo fue estructurado e inició su funcionamiento en el marco de la Constitución vigente; en este sentido, se desconoce el carácter plurinacional del nuevo Estado boliviano, por cuanto las naciones y los pueblos indígenas no participaron en la estructuración del Fondo Indígena, el cual fue construido bajo el esquema de las instituciones “occidentales”, sin tomar en cuenta las formas de organización política y económica propias de los pueblos indígenas. En suma, el Estado dio un trato paternalista a las naciones y los pueblos indígenas originario campesinos, pues no los tuvo en cuenta a la hora de definir el modelo de funcionamiento del Fondo Indígena, lo que además de quebrar el carácter plurinacional del Estado, generó la percepción en la sociedad de que los pueblos indígenas no son capaces de administrar recursos económicos por su falta de dominio en el manejo de la cosa pública, cuando en la práctica no pudieron implementar sus sistemas de administración propios por el monopolio gubernamental sobre el Fondo.

Por otro lado, el caso del Fondo Indígena se constituye en una muestra clara de que los derechos de las naciones y pueblos indígenas previstos en el artículo 30 de la Constitución Política del Estado y en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad boliviano, como son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tienen únicamente carácter declarativo, pues aun cuando el Fondo Indígena fue una conquista de dichos pueblos previa al proceso constituyente, que tenía la finalidad de fortalecer los proyectos de desarrollo productivo y social

.....
51 Raquel Yrigoyen Fajardo, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, p. 9, en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%5B1%5D.pdf

52 Tribunal Constitucional boliviano, SCP 0260 de 2014.

por la evidente exclusión y marginamiento que habían sufrido en la construcción del Estado, por lo cual fue concebido como un espacio en el que las naciones y los pueblos indígenas, a través de sus instituciones matrices podían mejorar sus condiciones de desarrollo y productividad; sin embargo, dichas organizaciones fueron descabezadas y se crearon instancias paralelas que estaban conformadas por dirigentes afines al Movimiento al Socialismo, que casualmente fueron quienes luego se beneficiaron con los recursos del Fondo Indígena en sus cuentas personales.

Finalmente, el caso del Fondo Indígena repercutió en los derechos de todos los bolivianos y bolivianas, y sobre el propio Estado de derecho, por cuanto generó un escenario de impunidad ya que, como se ha venido insistiendo en este trabajo, a más de cinco años de que se iniciaran las primeras denuncias del caso, todavía no se han identificado y menos sancionado a los responsables de los malos manejos de los recursos económicos del Estado, con el agravante de que la mayoría de dirigentes que fueron imputados en el caso han podido acceder a las medidas sustitutivas a la detención preventiva previstas en el ordenamiento procesal penal boliviano por cuanto, como también se señaló líneas arriba, el plazo para que el Ministerio Público emita acusación formal ha vencido de manera amplia. Esta situación, sin lugar a dudas, favorece la repetición de casos de corrupción en el país, pues envía el claro mensaje a la sociedad de que en Bolivia la corrupción es tolerada por el Estado. Prueba clara de lo anterior es que en el último año los casos de corrupción en entidades públicas se han incrementado de manera alarmante, alcanzando incluso a jueces y fiscales anticorrupción; así, uno de los primeros fiscales asignados a la Unidad Anticorrupción del Ministerio Público fue apartado de su cargo ante la denuncia de que recibía dinero en calidad de soborno de las partes en los procesos de corrupción;⁵³ de igual forma, la titular del Juzgado Primero Anticorrupción fue enviada a la cárcel de mujeres de Obrajes, en La Paz, con detención preventiva tras una audiencia de medidas cautelares por los graves indicios de corrupción en su contra.⁵⁴ Paradójicamente, ambos funcionarios estaban encargados de la investigación y sanción del caso del Fondo Indígena.

.....
53 Los Tiempos, “Ministerio Público aparta a fiscal Ángel Saravia por presunta corrupción”, en <http://www.lostiempos.com/actualidad/nacional/20161109/ministerio-publico-aparta-fiscal-angelo-saravia-presunta-corrupcion>

54 Correo del Sur, “La Paz: Jueza es enviada a prisión por corrupción”, en http://correodelsur.com/seguridad/20180511_la-paz-jueza-es-enviada-a-prision-por-corrupcion.html

En el marco de lo señalado, es evidente que los retos y desafíos para combatir la corrupción en Bolivia se tornan enormes y, en gran medida, pasan por la voluntad política de los gobernantes de hacer efectivo el marco normativo ya existente sobre transparencia, rendición de cuentas, control social y lucha contra la corrupción, para lo cual es imprescindible garantizar la independencia judicial, fortalecer la incipiente carrera judicial e institucionalizar el Ministerio Público. Asimismo, para que dicha labor realmente sea efectiva es necesario promover la participación de la sociedad civil organizada tanto en la política de lucha contra la corrupción como en los procesos de selección de autoridades del Ministerio Público y del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional.

Bibliografía

- CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay - Informe de país, OEA/Ser.L/VII.110.Doc. 52, 9 de marzo de 2001, en <http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>
- CIDH, Ecuador - Capítulo IV, Informe Anual, 2005, OEA/Ser.L/V/II.124.Doc. 7, 27 de febrero de 2006, en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.4b.htm>
- CIDH, Pobreza y Derechos Humanos en las Américas – Informe temático, 2017, OEA/Ser.L/V/II.164.Doc. 147, 7 de septiembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>
- CIDH, Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela, Informe de país, 2017, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 209, 31 de diciembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>
- CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos - Informe temático, 2017, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17, 29 de diciembre de 2017, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>
- CIDH, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción - 12 de septiembre de 2017, en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, Resolución 58/4, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003, en http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- LE CLERCQ ORTEGA, Juan Antonio y Gerardo RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA (coords.), Índice Global de Impunidad México (IGI-MEX 2016),

- México, Universidad de las Américas Puebla (UDLAP), 2016, en http://www.udlap.mx/igimex/assets/files/IGI-MEX_CESIJ_2016.pdf
- MORALES, Manuel (comp.), *Fondo Indígena. La gran estafa. Denuncias y propuestas desde los pueblos indígenas*, La Paz, Viejo Topo, en https://www.somossur.net/documentos/libro_fondo_indigena.pdf
- ORTIZ ANTELO, Óscar, *Informe de fiscalización, análisis de las responsabilidades en el mal manejo y la corrupción en el Fondo Indígena*, Santa Cruz, FDPPIOYCC, en <http://oscarortiz.com.bo/wp-content/uploads/2016/12/INFORMEFONDIOC.compressed.pdf>
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Índice de Percepción de la Corrupción*, 2017, en https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia
- YRIGOYEN, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%5B1%5D.pdf

Resoluciones Judiciales (naciones e internacionales)

- CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, núm. 4, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_o4_esp.pdf
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-546, de 23 de noviembre de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO, SC 1907/2011-R de 7 de noviembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO, SCP 0260/2014.

Noticias

- BOLIVIA TV, en <http://www.boliviavtv.bo/sitio/economia/03-09-2015/846229cf8f23afa70f58ec15c3ae189f/vicepresidente-considera-que-casofondo-indigena-es-una-mezcla-de-ambicion-e-ingenuidad-administrativa.html>
- CNN ESPAÑOL, “Millonario escándalo de corrupción en Bolivia: investigan desfalco en el Fondo Indígena”, en <https://cnnespanol.cnn.com/2015/12/11/millonario-escandalo-de-corrupcion-en-bolivia-investigan-desfalco-en-el-fondo-indigena/>
- CORREO DEL SUR, “Evo advierte a CNN que no se meta con él ni con el vice”, en http://correodelsur.com/politica/20151219_evo-advierte-a-cnn-que-no-se-meta-con-el-ni-con-el-vice.html
- CORREO DEL SUR, “Achacollo recibe voto de confianza de asambleístas oficialista”, en https://correodelsur.com/politica/20150313_achacollo-recibe-voto-de-confianza-de-asambleistas-oficialista.html

- CORREO DEL SUR, “La Paz: Jueza es enviada a prisión por corrupción”, en http://correodelsur.com/seguridad/20180511_la-paz-jueza-es-enviada-a-prision-por-corrupcion.html
- DERECHOS.ORG, en <http://www.deechos.org/nizkor/bolivia/doc/fondioc378.html>
- EL DEBER, “Nuevo Fondo Indígena llevó a la justicia 265 proyectos por un daño de Bs 121 millones”, en <https://www.eldeber.com.bo/economia/Destapan-mas-proyectos-millonarios-irregulares-en-el-exFondo-Indigena-20180328-9247.html>
- EL DÍA, “Contraloría detecta daño económico de Bs 71 millones en el Fondo Indígena”, en https://www.eldia.com.bo/index.php?cat=1&pla=3&id_articulo=165397
- FEPC, en <http://www.fepc.org.bo/index.php/resumen-diario-de-noticias/754-resumen-de-prensa-04-de-marzo-de-2015>
- LA RAZÓN, “A un año del caso Fondioc, hay 29 encarcelados y 4.300 procesados”, en http://www.la-razon.com/nacional/ano-caso-Fondioc-en-carcelados-procesados_o_2435756502.html
- LOS TIEMPOS, “Ministerio Público aparta a fiscal Ángel Saravia por presunta corrupción”, en <http://www.lostiempos.com/actualidad/nacional/20161109/ministerio-publico-aparta-fiscal-angelo-saravia-presunta-corrupcion>
- PÁGINA SIETE, “Solo uno de los 894 proyectos del Fondo Indígena concluyó”, en <https://www.paginasiete.bo/economia/2013/12/9/solo-proyectos-fondo-indigena-concluyo-8170.html>
- PÁGINA SIETE, “Cronología de las denuncias de Página Siete”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/2/13/cronologia-denuncias-pagina-siete-47224.html>
- PÁGINA SIETE, “El Fondo Indígena se creó antes que fuéramos Gobierno”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/12/14/fondo-indigena-creo-antes-fueramos-gobierno-80187.html>
- PÁGINA SIETE, “Fondo Indígena avaló auditorías irregulares, según la Interventora”, en <https://www.paginasiete.bo/nacional/2015/11/19/fondo-indigena-avalo-auditorias-irregulares-segun-interventora-77429.html>
- PANDO, Amalia, “Nemesia Achacollo viaja a pesar de tener detención domiciliaria”, *Cabildeo*, en <http://www.amaliapandocabildeo.com/2018/01/nemesia-achacollo-viaja-pesar-de-la.html>

■ A CORRUPÇÃO ELEITORAL REVELADA PELA LAVA JATO E OS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL

Michael Freitas Mohallem*

Introdução

Os efeitos da corrupção podem ser sentidos de diversas formas nas sociedades contemporâneas: na atividade econômica, no acesso a direitos sociais e nos processos democráticos. No Brasil o principal elemento do debate público é a ineficiência do sistema de justiça. São comuns as referências à impunidade – materializada no baixo índice de condenações criminais – como grande responsável pelo fracasso na luta contra a corrupção.¹

Segundo essa visão, as reformas legislativas recentes teriam oferecido novos e mais eficazes instrumentos de investigação às polícias e ao Ministério Público, mas não teriam enfrentado a lentidão e a incapacidade de punir do judiciário brasileiro.² A percepção popular que parece prevalecer no país

.....
* michael.mohallem@fgv.br

1 Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras, *Corrupção e controles democráticos no Brasil*, Brasília, DF, Cepal. Escritório no Brasil/IPEA, 2011. (Textos para Discussão Cepal-IPEA, 32), pp. 26-27 (“[...] o Judiciário tem se mostrado ineficiente em relação à corrupção; em particular, em relação aos crimes que envolvem o foro especial. Apesar da sucessão de casos de corrupção na vida pública brasileira, é baixo o índice de condenações criminais, criando uma sensação de impunidade que paira sobre a política brasileira”).

2 Marques Lorente, *Corrupção no Brasil e estratégias de combate*, Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 14, maio/ago (2016), pp. 245-246 (“[...] a maior transparência do governo brasileiro tornou mais fácil descobrir a corrupção na esfera pública, mas não cobriu as deficiências do Judiciário, que permanece lento no julgamento dos processos. O conhecimento da corrupção e a sensação de um regime de impunidade alimentam uma política de escândalos sucessivos que desencanta a população, podendo fazê-la perder interesse na política e até deslegitimar as instituições públicas, e não necessariamente melhora as condições de informação dos eleitores”).

– e claramente manifestada durante o processo eleitoral de 2018 – é que a prática da corrupção, associada à impunidade, se consolida como elemento de imobilidade da política, de freio da mudança e de bloqueio ao acesso de novos agentes políticos supostamente capazes de atuar com integridade. A não punição dos agentes políticos que competem em vantagem no processo eleitoral com recursos ilegais levaria à sua perpetuação como parlamentares eleitos ou, ao menos, como candidatos com maior chance de sucesso.

Embora a ênfase no papel do judiciário como garantidor da integridade política denote expectativa possivelmente exagerada sobre o papel das instituições, e, por sua vez, minimize as responsabilidades das escolhas políticas individuais, é uma visão que reconhece o impacto da corrupção nos direitos políticos. Como se discutirá a seguir, ao se identificar óbices estruturais na competição político-partidária, em grande medida alimentados pela corrupção, transfere-se o problema da esfera de mera escolha política para o campo dos direitos políticos, sobre os quais é natural a expectativa de atuação do Poder Judiciário.

Este capítulo pretende explorar a relação entre um campo dos direitos humanos – os direitos civis e políticos (especificamente os direitos de (i) participar na direção dos assuntos públicos e (ii) de votar em eleições autênticas) – e a corrupção praticada por agentes públicos, partidos políticos e grandes empresas do setor de construção civil brasileiro em tempos recentes, tal como revelada pelas investigações da Operação Lava Jato.³ Argumenta-se que o Estado brasileiro falhou na garantia de tais direitos ao não impedir a disseminação de recursos ilegais nas eleições nacionais e locais ao longo das últimas décadas.

Na primeira parte deste texto será apresentado o quadro normativo brasileiro relativo à corrupção e direitos humanos. Na segunda, será discutido o impacto da corrupção nos direitos de participação política, tendo como referência principal o estudo do caso “Lava Jato”. Na terceira parte se discute

.....

3 Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a “operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa”. Na página do MPF <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>, último acesso em 19/01/2019.

as medidas adotadas até o momento, bem como as perspectivas sinalizadas pelos atores relevantes. Por fim, serão avaliadas as consequências do caso e propostas recomendações.

As transformações legislativas e as normas anticorrupção no Brasil

O Brasil experimentou, nos últimos anos, intensas transformações no que se refere ao enfrentamento da corrupção. Uma década de marcantes reformas legislativas resultou, dentre outras normas, a Lei de combate às Organizações Criminosas,⁴ a Lei Anticorrupção⁵ e a Lei de Acesso à Informação.⁶ O ambiente jurídico criado se tornou adequado às investigações que revelaram um dos maiores esquemas de corrupção já descobertos.⁷ A evolução institucional pela qual passaram o Ministério Público, os órgãos de controle interno e externo da administração pública, e o próprio Judiciário, também contribuiu para esses esforços de investigação, tornados notórios com a Operação Lava Jato (2014).

O avanço no combate à corrupção no país está distante de atingir patamar consistente e o sucesso das reformas das últimas décadas permanece incerto. Nos últimos anos, o Brasil caiu no ranking de percepção da corrupção e hoje ocupa a 96ª colocação, entre 180 países.⁸ A confiança dos brasileiros

.....

4 Michael Mohalem, Carlos Ragazzo, Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 58, em <http://hdl.handle.net/10438/18167>. Acesso em 18/01/2019. A Lei nº 12.850/2013 detalha o procedimento da colaboração premiada: “a ampliação do emprego da colaboração premiada pode ser atribuída tanto à maior precisão das normas aplicáveis quanto a uma mudança cultural pela qual passaram as autoridades públicas envolvidas na investigação.”

5 Michael Mohalem, Carlos Ragazzo, Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, em <http://hdl.handle.net/10438/18167>. Acesso em 18/01/2019. A principal inovação da Lei nº 12.846/2013 foi “estabelecer de modo amplo a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas (PJs) nos âmbitos civil e administrativo.”

6 A Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso a informações, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm, último acesso em 20/01/2019.

7 O jornal The Guardian (UK) especula se a operação Lava Jato é o maior escândalo de corrupção da história. Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history? em <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>, último acesso em 20/01/2019.

8 “O Brasil caiu 17 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior. A pontuação passou de 40 para 37. Apenas Libéria e Bahrein mostraram recuo maior que o brasileiro, de 32 e 33 posições, respectivamente. Esse resultado acende um alerta de que os esforços notáveis do país contra a corrupção podem de fato estar em risco.

nas instituições políticas atingiu recordes negativos,⁹ o que coloca em risco a própria estabilidade democrática conquistada em 1988.

O direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil adotou os principais instrumentos jurídicos internacionais voltados ao combate à corrupção, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE);¹⁰ a da Convenção Interamericana contra a Corrupção, celebrada no âmbito da Organização de Estados Americanos (OEA);¹¹ e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).¹² Do ponto de vista formal, portanto, o Brasil se integra aos mais relevantes sistemas jurídicos internacionais de combate à corrupção embora existam ainda desafios de implementação efetiva no contexto doméstico.¹³

Em relação aos tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro, além de possibilitarem a responsabilização internacional do Brasil perante seus pares nos respectivos foros do sistema internacional, são perfeitamente aplicáveis por particulares perante tribunais nacionais, tal como qualquer outra norma doméstica.

A Constituição Federal brasileira faz menção expressa à promoção e proteção dos direitos humanos quando afirma que sua prevalência constitui princípio que rege as relações internacionais do Estado brasileiro (artigo 4º), além do art. 50 § 20, que determinam que os direitos e garantias expressos

.....
Não houve, em 2017, qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país”, em <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>, último acesso em 20/01/2019.

9 Ibope. Confiança no presidente, governo federal e Congresso Nacional é a menor em 9 anos, em <http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-no-presidente-governo-federal-e-congresso-nacional-e-a-menor-em-9-anos/>.

10 Adotada em 17 de dezembro de 1997, ratificada pelo Brasil em 2000, promulgada e publicada pelo Dec. nº 3.678/2000.

11 Adotada em 29 de março de 1996, ratificada pelo Brasil em 2002, promulgada e publicada pelo Dec. nº 4.410/2002.

12 Adotada em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 2005, promulgada e publicada pelo Dec. nº 5.687/2006.

13 Cf. Samantha Ribeiro Meyer-Plug, Vítor Oliveira, O Brasil e o combate internacional à corrupção, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46, n. 181, jan./mar. 2009. Ver também Marcio Bonini Notari, As Convenções Internacionais Ratificadas pelo Brasil no Combate à Corrupção, Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica, Vol 1, nº 1, jan-jun, 2017.

na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, mais conhecida como Reforma do Poder Judiciário, elucidou a possibilidade do status constitucional dos tratados de direitos humanos, desde que aprovados em rito de emenda constitucional: art. 50 § 30. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal manifestou novo entendimento sobre a incorporação de tratados de direitos humanos, já tendo por referência a nova redação constitucional. Em exame aos Recursos Extraordinários (REs) nº 349703 e nº 466343, estendeu a proibição de prisão civil por dívida (art. 5º, inc. LXVII CF) ao caso do depositário infiel. É no contexto de tais decisões que firmou entendimento de que os tratados possuem status de supralegalidade. Nesse sentido, apenas os tratados que forem aprovados em conformidade com o parágrafo 3º do art. 5º é que adquirem status constitucional.

Portanto, os tratados internacionais e suas interpretações autorizadas pelos respectivos tribunais e órgãos quase-judiciais aos quais estejam vinculados produzem efeito normativo no sistema judiciário brasileiro. Ainda que não exista prática corrente de trazê-los perante os tribunais pátrios, o texto constitucional e sua interpretação atualizada pelo Supremo Tribunal Federal autorizam sua adoção tanto internacional quanto nacionalmente.

O Brasil é considerado um país com elevado comprometimento com o sistema internacional de direitos humanos. Dentre os 18 principais tratados e protocolos facultativos de âmbito internacional, o Brasil ratificou 16.¹⁴ Já em relação aos tratados vinculados à Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil é parte dos principais tratados de direitos humanos, além de guardar histórico de ativo envolvimento na construção dos documentos. Para a presente análise serão relevantes dois tratados internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁵ e a

.....

14 A análise comparativa dos países pode ser feita em <http://indicators.ohchr.org/>, último acesso em 21/01/2018.

15 O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1992 e passou a reconhecer a competência do Comitê de Direitos Humanos criado pelo Pacto em 25 de setembro de 2009, a partir de quando passou a ser possível que o Comitê

Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH),¹⁶ ambos reconhecidos como importantes referências internacionais na proteção dos direitos de participação política e das garantias democráticas.

Embora existam sólidos instrumentos jurídicos de combate à corrupção e significativa adesão brasileira ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, são poucos os elos formais entre os dois conjuntos normativos. Essa associação, entretanto, é feita pelo recente Decreto nº 9.571/2018, que define as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para empresas com atividades no País.¹⁷ Trata-se da incorporação dos “United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights” ao direito brasileiro, instituindo programa de adesão voluntária para empresas. Ao aderirem, empresas assumem a responsabilidade de “estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos, e reparar as violações”, além de “adequar a empresa e suas coligadas, suas controladas, suas subsidiárias, suas parceiras e seus fornecedores às exigências e às proibições legais em relação ao combate à corrupção, aos comportamentos antiéticos e ao assédio moral, dentre outros”.

O programa prevê ainda o fomento à cultura de ética e de respeito às leis, manutenção de programa de integridade autônomo, procedimentos de controle interno, sistema de atendimento de denúncias e transparência em relação ao controle de corrupção.

A corrupção e os direitos políticos garantidos pelos tratados de direitos humanos: o caso “Lava Jato”

A corrupção e os Direitos Humanos relacionam-se em muitos níveis. A corrupção obstrui, local e globalmente, a promoção dos Direitos Humanos, e seus impactos incluem o desvio de verbas destinadas às políticas públicas, a queda de credibilidade das leis e instituições, a distorção dos sistemas de justiça, as interferências em processos políticos e a diminuição da capacidade de atendimento dos serviços públicos. Quando são considerados, por exemplo,

recebesse reclamações individuais sobre eventual descumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em relação ao direitos estabelecidos no Pacto.

16 A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil em 1992 e teve a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecida em 1998, em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm, último acesso em 20/01/2019.

17 Decreto nº 9.571/2018, de 21 de novembro de 2018, que Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm, último acesso em 20/01/2019.

os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, a corrupção se coloca como “um obstáculo à conquista, não apenas do ODS 16, mas da Agenda 2030 como um todo”.¹⁸

No contexto brasileiro também seria possível argumentar pela incidência de múltiplas ações ou omissões estatais que invariavelmente se configurariam fissuras nos compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil. A corrupção se relaciona diretamente com a pobreza, pois alimenta o ciclo da distribuição desigual de poder e de riqueza na sociedade. Isso ocorre, dentre outros fatores, pelo desvio ou concentração dos recursos financeiros que deveriam ser utilizados na promoção de políticas públicas e na garantia dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição.¹⁹

A corrupção sistêmica no Brasil talvez seja emblemática em relação ao impacto nos direitos sociais. Segundo o “Relatório de Corrupção”, em 2008, 27% do valor gasto pelo setor público com educação equivalia ao montante de dinheiro perdido com corrupção no Brasil. Quando a comparação é direcionada à saúde, estima-se que a corrupção equivaleria a 40% de todos os investimentos públicos nesta área.²⁰ Entretanto, por relevante que seja a análise sobre a relação entre direitos humanos sociais e corrupção, pretende-se nesta análise avaliar o contexto de violações de direitos de participação política diante do qual surge a Operação Lava Jato.

A Operação Lava Jato

Em 2014, o Brasil presenciou o início da investigação que em pouco tempo se desdobraria em dezenas de fases, atingindo todos os principais partidos políticos do país, além das maiores empresas do setor de construção civil e da Petrobrás. As investigações se iniciaram sob os cuidados da Polícia Federal e do Ministério Público Federal perante a Justiça Federal em Curitiba. O foco da investigação era, no início, doleiros suspeitos de operar ilegalmente o mercado paralelo de câmbio e de se utilizarem de postos de combustíveis para a lavagem de recursos. Deste fato surgiu o nome que consagrou a operação, mesmo nas suas etapas subsequentes.

.....
18 Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law. The Nexus Between Anti-Corruption and Human Rights, Lund, Raoul Wallenberg Institute, 2018, em <https://rwi.lu.se/publications/nexus-anti-corruption-human-rights/>. Acesso em: 10 dez. 2018 p. 5

19 Rogério Gesta Leal, e Caroline Fockink Ritt, As consequências negativas da corrupção nos direitos sociais fundamentais no Brasil: as pessoas mais pobres como as principais vítimas, João Pessoa, Rev. Direito e Desenvolvimento, v.8, n.1, p.115, 2017.

20 Fiesp, Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate, São Paulo, pp. 1-35, 2012.

Ao longo de 57 operações (até dezembro de 2018), a operação Lava Jato se tornou “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”.²¹ O gigantismo da operação pode ser resumido em alguns números: quando considerada a atuação em primeira instância, apenas no estado de origem, o Paraná (atualmente há desdobramentos ativos em diversos estados do país), houve solicitação do ressarcimento de 39 bilhões de reais, tendo sido emitidos 1072 mandados de prisão e firmados 11 acordos de leniência. Quando considerado apenas o Supremo Tribunal Federal (STF), que abriga apenas autoridades detentoras do foro por prerrogativa de função e pessoas conexas, foram abertos 193 inquéritos e acusados 100 indivíduos.

O esquema revelado pela megainvestigação consistia, em síntese, na manutenção de um amplo acordo entre os partidos políticos de sustentação da base dos governos do período – estima-se que o esquema tenha se iniciado por volta do ano de 2004 – para que agentes públicos em cargos de decisão na empresa Petrobrás mantivessem ativo um sistema de concorrência fictício entre as grandes empreiteiras brasileiras, que na verdade formavam um cartel. Em contrapartida, as empresas ofereciam sistematicamente generosas doações em períodos eleitorais, por meio do caixa oficial e do chamado “caixa 2” (caixa oculto). Também há casos de pagamentos regulares feitos fora de períodos eleitorais.

A operação recebeu enorme apoio justamente por desempenhar o papel que se esperava de forma geral do Poder Judiciário. Ao punir agentes políticos ocupantes de importantes cargos públicos, sinalizou que o judiciário poderia efetivamente responsabilizar pelo crime de corrupção. Ao processar centenas de políticos e empresários, comunicou que poderia pôr fim à impunidade para crimes de corrupção.

O financiamento ilegal de campanhas e a interferência na democracia brasileira

A complexa estrutura montada para desvios de recursos da Petrobrás tornou as campanhas eleitorais beneficiadas altamente competitivas. Apenas uma das empresas envolvidas, a construtora Odebrecht, entre 2008 e 2014 realizou pelo menos 645 contribuições ilegais a políticos, totalizando R\$ 246 milhões.²² A empresa JBS, recordista de doações em 2014, inundou o processo

.....
 21 Ministério Público Federal, operação Lava Jato, “Entenda o Caso”, em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>, último acesso em 19/01/2019.

22 Jornal Valor Econômico, “Veja lista de políticos que teriam recebido caixa 2 da Odebrecht”, por Estevão Taiar, em <https://www.valor.com.br/politica/4938504/>

eleitoral com aproximadamente R\$ 600 milhões, sendo R\$ 433 milhões em doações oficiais e R\$ 145 milhões entre pagamentos a empresas indicadas por políticos e dinheiro vivo.²³

Estatisticamente, um dos determinantes do sucesso em campanhas eleitorais é o volume de recursos gasto pelos candidatos e seus partidos. Via de regra, quanto mais cara é uma campanha eleitoral, maiores são as chances de sucesso eleitoral. Quando são analisadas as votações em relação ao financiamento recebido, invariavelmente os candidatos vencedores recebem “várias vezes o valor médio dos demais concorrentes”.²⁴ No caso brasileiro havia recursos ilegais sendo direcionados para o caixa oficial de campanha – numa espécie de lavagem de dinheiro via campanha eleitoral –, como também recursos de origem lícita sendo distribuídos para o caixa 2 (ou doação oculta) das campanhas. Nos dois casos se caracteriza a ilegalidade e a impossibilidade de que a sociedade e os agentes da Justiça Eleitoral façam a fiscalização sobre eventual abuso do poder econômico e desequilíbrio da disputa eleitoral. A presença de recursos financeiros em campanhas eleitorais é, ao mesmo tempo, uma necessidade e um risco:

Democracia e dinheiro coexistem sob tensão quando o assunto é campanha eleitoral. Ainda que a realização da democracia em contextos atuais dependa de vultosos recursos financeiros, seu uso excessivo ou desigual arrisca corroê-la. O princípio de que os indivíduos são igualmente partícipes do processo de construção da política depende de que suas capacidades de controle e influência sejam também equivalentes. Mas o acesso desigual a recursos financeiros durante a disputa eleitoral permite o surgimento de espaços privilegiados de acesso ao poder.²⁵

Evidentemente, mesmo em contextos como o que existia no Brasil, a relação entre financiamento e sucesso eleitoral não é de absoluta causalidade.

.....

veja-lista-de-politicos-que-teriam-recebido-caixa-2-da-odebrecht, último acesso em 21/01/2018.

23 Revista Época, As provas da JBS, por Diego Escosteguy, em 29/07/2017, em <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/07/provas-da-jbs-trecho.html>, último acesso em 21/01/2019.

24 Bruno W. Speck, O financiamento político e a corrupção no Brasil, em Rita de Cássia Biason (org.), Temas de corrupção política no Brasil, São Paulo, Balão Editorial, p. 67, 2012.

25 Michael Freitas Mohallem, Doação ou investimento? Alternativas ao financiamento desigual de campanhas eleitorais, em Joaquim Falcão (org.), Reforma eleitoral no Brasil: Legislação, democracia e internet em debate, 1ª edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, p. 103, 2015.

O maior volume de recursos permite uma campanha com mais alcance e mais sofisticação, possivelmente resultando em influência mais ampla sobre eleitores. É de se considerar, contudo, a possibilidade de “candidatos com mais chance de se eleger atraírem mais recursos. No caso, teríamos uma espécie de efeito inverso, em que o sucesso eleitoral esperado produz mais financiamento”.²⁶

Portanto, as eleições brasileiras nos últimos anos se caracterizaram por um forte desequilíbrio de aporte financeiro em campanhas ligadas aos grupos empresariais posteriormente investigados. Neste contexto, é razoável afirmar que algum grau de distorção dos resultados eleitorais deva ter ocorrido, o que nos permite estabelecer o elo direto entre a distribuição dos valores obtidos por meio da corrupção e a violação dos direitos políticos de cidadãos brasileiros.

Os direitos humanos e o direito de participação política

Os direitos políticos costumam ser vistos por sua face mais conhecida e direta: o direito de votar e ser votado. Mas os dois principais tratados de direitos humanos a vincular o Brasil sobre o tema de direitos políticos – o PIDCP e a CADH – trazem outras regras de caráter abrangente com efeito igualmente importante sobre as democracias. O artigo 25 do PIDCP divide o direito de participação política em 3 regras: (i) participar da condução dos assuntos públicos; (ii) votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; e (iii) ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

O artigo 23 da CADH tem redação muito similar, e igualmente estabelece as regras de: (i) participar na direção dos assuntos públicos; (ii) votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual, e por voto secreto; e (iii) acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A “condução” dos assuntos públicos, segundo o próprio Comitê de Direitos Humanos do Pacto – órgão quase-judicial encarregado de conduzir os processos originados em reclamações individuais e de interpretar o Pacto –, é “um conceito amplo que se relaciona com o exercício do poder político, em particular o exercício de poderes legislativos, executivos e administrativos. Abrange todos os aspectos da administração pública e a formulação

.....
26 *Ibid.*, Bruno W. Speck, p. 77.

e implementação de política nos níveis internacional, nacional, regional e local”.²⁷

A presença dos vultosos recursos de origem ilegal nas eleições e na política brasileira nos últimos anos fragilizou a garantia de direção ou condução dos assuntos públicos, na medida em que poucas empresas e indivíduos passaram a exercer influência sobre os assuntos de Estado de modo absolutamente desigual em relação à enorme maioria de indivíduos que não tinham mais do que a unidade do voto como parâmetro de igualdade democrática formal.²⁸

Assim, a afronta ao direito de conduzir ou dirigir os assuntos públicos pode ser caracterizada ao menos de duas formas: primeiro, a concentração em poucos doadores da maior parte do financiamento eleitoral privado – cuja origem é, no mais das vezes, ilegal – resulta o estabelecimento de “pontes de confiança” e de acesso aos mandatários eleitos. Naturalmente, as doações são úteis na eleição do momento, assim como serão valiosas no próximo ciclo eleitoral, de modo que permitir seu direcionamento a candidatos e partidos de forma descontrolada quebra uma das mais poderosas regras da democracia: a *accountability*. Políticos passam a ser *accountable* para quem lhes amplia sobremaneira as chances de êxito eleitoral e não para um eleitorado difuso.

A segunda forma de violação ao direito de conduzir os assuntos públicos se dá na transmutação das prioridades políticas. Se, por um lado, como dito acima, as pontes de acesso especial são estabelecidas desde o momento do aporte financeiro (legal ou ilegal, desde que volumoso), por outro haverá enorme pressão para que a agenda política e os projetos de governo sejam, ao menos em parte, coincidentes com os projetos dos financiadores. Ainda que não exista pedido específico, acordo ou qualquer tipo de ilegalidade explícita, o simples fato de que determinado agente político necessitará no futuro de aporte financeiro é capaz de transformar sua agenda de prioridades para que passe a incluir ações que levem a novas doações eleitorais futuras.

Tome-se como exemplo os megaeventos recentemente promovidos pelo Brasil, como a Copa do Mundo de Futebol da FIFA, em 2014, e as

.....
27 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº25, The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service, Article 25, (Fifty-seventh session, 1996), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (1996), para. 5.

28 Julio Terracino, Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights. Working Paper. International Council on Human Rights Policy, 2007, em http://www.ichrp.org/files/papers/130/131_-_Julio_Bacio_Terracino_-_2007.pdf, último acesso em 20/01/2019. Neste sentido, “trading in influence in an election process infringes upon the free expression of the will of the electorate, and as such, violates the rights of all citizens, be they voters or candidates”.

Olimpíadas do Rio de Janeiro, em 2016. Nos dois casos a sociedade brasileira debateu seriamente sobre qual seria o melhor uso de recursos públicos, se para construção de arenas esportivas ou para serviços públicos básicos.²⁹ Há argumentos coerentes e defensáveis para qualquer decisão a ser tomada em casos como esse. Mas o caminho adotado pelo Estado, de custear parte das obras, pode tanto ter sido fruto de autêntica conclusão sobre o potencial impacto futuro de tal investimento, como também pode ter sido mero cálculo pragmático de que optar pelas grandes obras significará favorecimento aos financiadores políticos, que por sua vez terão mais recursos disponíveis para futuras doações. A possível transmutação das prioridades políticas de eleitores pelas prioridades de financiadores é forma perversa, por seu aspecto subjetivo, e uma vez mais retira da população o direito previsto nos artigos 23 e 25 da CADH e PIDCP, respectivamente, de conduzir ou dirigir os assuntos públicos.

Outro aspecto incluído na proteção à participação política é o exercício de voto em eleições autênticas. Por óbvio, ao condicionar a realização do direito de participação à autenticidade de uma eleição, projeta-se para o campo das interpretações a eventual afronta ou cumprimento do direito. Afinal, como medir o grau de autenticidade? Apenas fraudes evidentes seriam capazes de descaracterizar a participação política legítima? Ou podemos compreender que em eleições nas quais há excessivo aporte de recursos financeiros ilegais, pelas razões discutidas acima, a formação da vontade popular autêntica estaria inexoravelmente comprometida?

Segundo o Comitê de Direitos Humanos, o artigo 25 do PIDCP se “situa no centro da governança democrática baseada em consentimento dos cidadãos e em conformidade com os princípios do Pacto” e deve ser interpretado em seu sentido mais amplo e protetor do processo democrático.³⁰ O Comitê também opinou sobre o potencial deletério do excesso de recursos (ou recursos ilícitos) em eleições:

Voters should be able to form opinions independently, free of violence or threat of violence, compulsion, inducement or manipulative interference of any kind. Reasonable limitations on campaign expendi-

29 Governo divulga valores finais da Copa: R\$ 8,3 bilhões em estádios, dos quais uma parcela significativa de recursos públicos. Matéria de 04/01/2015, em <http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo/noticia/2015/01/governo-divulga-valores-finais-da-copa-r-83-bilhoes-em-estadios.html>, último acesso em 20/01/2019.

30 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº25, The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service, Article 25, (Fifty-seventh session, 1996), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (1996), para. 01.

ture may be justified where this is necessary to ensure that the free choice of voters is not undermined or the democratic process distorted by the disproportionate expenditure on behalf of any candidate or party.³¹

Embora o mencionado trecho faça uma recomendação interpretativa em favor da possibilidade de regras restritivas ao financiamento eleitoral legal ilimitado, sua lógica se aplica aos casos em que há recursos ilegais. A destinação da alínea “b” do art. 25 do PIDCP é garantir que “a livre escolha dos eleitores não seja prejudicada ou o processo democrático distorcido por gastos desproporcionais em favor de qualquer candidato ou partido”, seja o recurso de origem legal ou ilegal. A proteção se volta contra o recurso excessivo, sem especificar a sua origem.³²

O combate à corrupção pode violar os direitos políticos dos cidadãos investigados?

Na introdução deste capítulo, tratava-se da percepção predominante de brasileiros sobre a impunidade de corruptos ser o principal desafio de toda a agenda de medidas anticorrupção. Em que pesem os argumentos sobre a importância de medidas preventivas, que podem inviabilizar futuros casos de corrupção, os últimos anos se notabilizaram por uma certa impaciência cívica com o judiciário, especialmente o de cúpula, e as dificuldades de responsabilizar indivíduos da classe política por crimes contra a administração pública.

Neste contexto de frustração pública, a atuação do então juiz federal titular da 13.^a Vara Criminal Federal de Curitiba, Sérgio Moro, se destacou rapidamente. Atuando à frente de uma vara especializada em crimes financeiros e de lavagem de dinheiro, ele se tornou nacionalmente conhecido por conduzir com rigor os julgamentos a si trazidos por uma igualmente destacada força tarefa de procuradores do MPF e de policiais federais. O caso de maior destaque foi, sem dúvida, o julgamento do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

O julgamento de Lula, além da fama aos seus algozes, fez emergir importante debate no país sobre se a expectativa nacional de combate à impunidade e a proximidade das eleições teriam reduzido a duração do processo de Lula e, conforme entendimento de sua defesa e apoiadores, levado à sua injusta condenação.³³ Os processos contra Lula tornaram-se, assim, os

31 *Ibid.*, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº25, para. 19.

32 *Ibid.*, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº25, para. 19.

33 *Jornal Digital Poder360*, A prisão do ex-presidente Lula foi cercada de contróversias. Um dos ministros do STF se manifestou no sentido de sua ilegalidade:

principais motores do debate sobre direitos humanos e corrupção, mas sob a igualmente importante ótica do réu e não da sociedade, como se tentou avançar neste trabalho.

A reboque dos argumentos de seus advogados, o país debateu se deveria ser mantido o entendimento do STF que permitia a execução da pena de prisão após condenação em segunda instância, mesmo que o processo ainda não tivesse chegado ao seu final.³⁴ Também se debateu se Lula poderia concorrer ao cargo de presidente tendo sido condenado em segunda instância, e, portanto, incidindo no impedimento de concorrer previsto na Lei da Ficha Limpa.³⁵ O caso Lula também se desdobrou em uma sua reclamação perante o Comitê de Direitos Humanos, alegando que Sérgio Moro não era um juiz imparcial, que sua prisão era arbitrária e que seus direitos de ser presumido inocente e ter sua privacidade preservada haviam sido violados.³⁶

A reclamação de Lula ainda não foi analisada em seu mérito, mas o Comitê emitiu, em agosto de 2018, uma medida interina concluindo que

os fatos relatados indicam a existência de possível dano irreparável aos direitos do autor previstos no artigo 25 do Pacto. Portanto, estando o comunicado do autor sob exame pelo Comitê, conforme a regra processual nº 92, o Comitê requisita ao Estado-Parte a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar que o requerente usufrua e exerça todos os seus direitos políticos enquanto está na prisão, na qualidade de candidato nas eleições presidenciais de 2018, o que inclui o acesso

.....
 “Prisão de Lula é ‘ilegal’ e ‘viola a Constituição’”, diz ministro do STF, em <https://www.poder360.com.br/justica/prisao-de-lula-e-ilegal-e-viola-a-constituicao-diz-ministro-do-stf/>, último acesso em 20/01/2019. Também houve manifestações de solidariedade internacional: Dez juristas internacionais denunciam ‘injustiça e parcialidade’ no caso Lula. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/politica/1533836703_194165.html, último acesso em 20/01/2019.

34 STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Por maioria, o Plenário do STF entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

35 Chico Whitaker, *Ficha Limpa - uma lei a defender?* Estudos Avançados, São Paulo, v. 30, n. 88, pp. 231-245, Dez., 2016. A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº. 135 de 2010) passou a permitir que a justiça eleitoral impedisse o registro quando o candidato tivesse sido julgado culpado por um colegiado de juízes, segundo uma série específica de crimes, indicados em 21 incisos.

36 Comunicado nº 2841/2016, apresentado ao Comitê de Direitos Humanos para análise à luz do Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em favor do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva.

adequado à imprensa e aos membros de seu partido político; requisi-ta também que o Estado-Parte não impeça o autor de concorrer nas eleições presidenciais de 2018 até que todos os recursos impetrados contra a sentença condenatória sejam julgados em processos judiciais justos e a sentença esteja transitada em julgado.³⁷

Em resposta à medida do Comitê, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) afastou a interpretação do Comitê, tendo votado pela inelegibilidade de Lula. O voto condutor foi do ministro Luís Roberto Barroso, entendendo que a inelegibilidade de Lula decorria da lei da Ficha Limpa diante de sua condenação criminal. A grande surpresa do julgamento foi o voto dissidente do ministro Edson Fachin, autorizando a candidatura de Lula. O voto reconheceu tanto a eficácia da medida interina do Comitê como também o direito de participação política (art. 25 do PIDCP) de Lula.³⁸

Medidas para garantia do direito efetivo de participação política em âmbito nacional

A operação Lava Jato expôs as vísceras do amplo esquema de corrupção que envolvia financiamento de campanhas, pagamentos a partidos políticos e cartéis empresariais. Mas nem todas as revelações foram surpreendentes. O Brasil já havia vivenciado casos de financiamento ilegal de campanhas eleitorais anteriormente e conhecia especialmente o modo de operação desnudado no julgamento do caso conhecido como “Mensalão”.³⁹ Desde então, mesmo antes da eclosão da Lava Jato, diferentes medidas foram adotadas por instituições brasileiras com o propósito de garantir o direito de efetiva participação política em processos eleitorais não viciados pelo aporte excessivo de recursos privados ilegais.

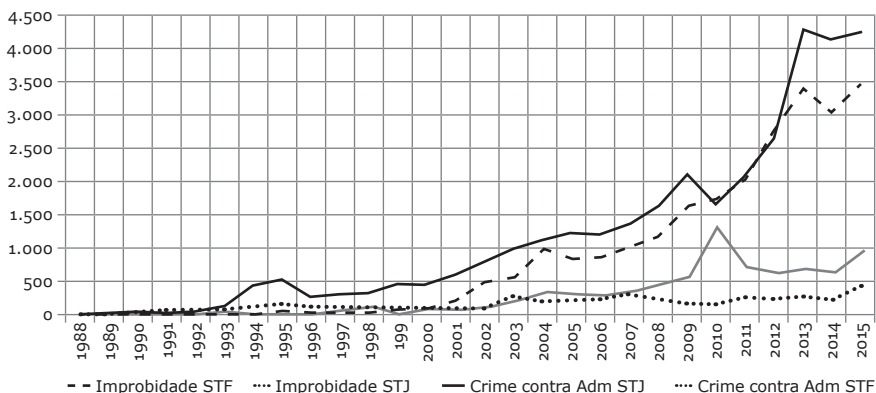
O resultado de novas legislações, mudanças de práticas institucionais e aprimoramento dos órgãos de investigação pode ser percebido. A análise quantitativa de processos judiciais perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) evidencia que houve crescimento

.....
37 Comitê de Direitos Humanos, Medida Interina, G/SO 215/51 NRA (1), 2841/2016.

38 ONU rejeita pedido de medidas cautelares de Lula para ser solto, Exame, 22/05/2018, em <https://exame.abril.com.br/brasil/onu-rejeita-pedido-de-lula-para-sair-da-prisao-diz-jornal/>, último acesso em 20/01/2019.

39 Notícias UOL, O caso mobilizou o STF durante anos e condenou importantes políticos e empresários brasileiros: “Mensalão julgou 37 e condenou 24; relembre o caso dez anos depois”, em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/06/05/dez-anos-depois-relembre-o-caso-mensalao.htm>, último acesso em 20/01/2019.

IMAGEM 1: Evolução da quantidade de processos de improbidade e de crime contra a administração pública no STF e no STJ (1988-2015)



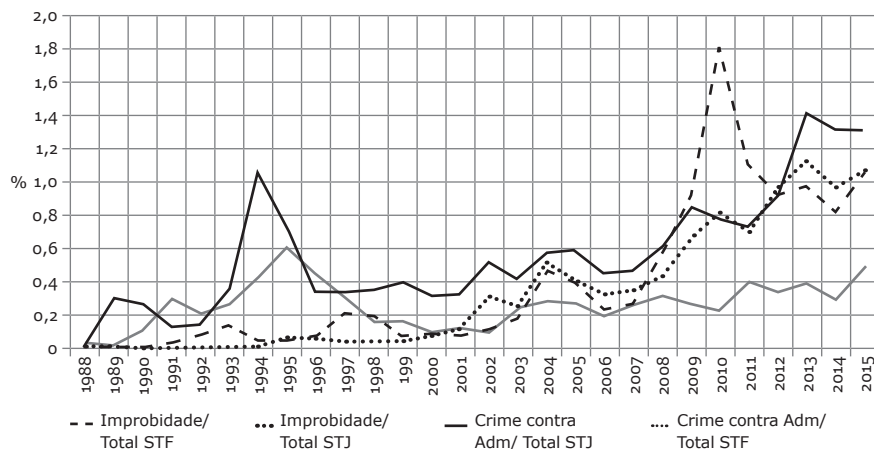
FONTE: Michael Mohallem, Carlos Ragazzo, Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, p. 71-73, 2017, em <http://hdl.handle.net/10438/18167>. Acesso em 18/01/2019. Os gráficos foram gerados pelo projeto “Supremo em Números”, da FGV Direito Rio, por meio da produção de “estudo empírico sobre os crimes cometidos contra a administração pública, bem como sobre as medidas de combate a essas condutas”. O método utilizado são análises descritivas censitárias com relação aos processos de crimes contra a administração pública e improbidade administrativa no STF e no STJ.

do número de casos relacionados à corrupção em trâmite nos tribunais superiores.

Quando analisamos a proporção de processos que tratam de crimes contra a administração pública e improbidade em relação ao total de processos no STF e STJ, verifica-se que há uma ampliação em ambos os tribunais. Apesar do pico de processos de improbidade no STF em 2010, o crescimento foi tendencial e chegou, em 2015, a 1,3% de todos os processos no STJ no caso de crimes contra a administração pública, pouco mais de 1% em casos de improbidade no STJ e STF, e por volta de 0,5% do total de casos do STF em se tratando de crimes contra a administração pública.

Portanto, mudanças processuais e regimentais, associadas ao aumento do número absoluto de casos relacionados à corrupção, parecem indicar uma resposta institucional do Poder Judiciário, ao menos em relação à absorção e processamento de casos perante os tribunais mais altos do país. Nesta oportunidade não será feita a análise do impacto desses números no combate à corrupção ou mesmo na busca pela redução da sensação de impunidade.

IMAGEM 2: Evolução percentual da quantidade de processos de improbidade e de crime contra a administração pública sobre o total de processos do STF e do STJ (1988-2015)



FONTE: *Ibid.*, p. 74, em <http://hdl.handle.net/10438/18167>. Acesso em 18/01/2019.

Cabe, entretanto, apresentar duas medidas específicas cujo impacto na diminuição dos efeitos da corrupção política se destacaram: (i) a aprovação e posterior implementação da Lei da Ficha Limpa; e (ii) a decisão do STF que proibiu doações eleitorais por empresas. Há, ainda, uma importante articulação da sociedade civil pela aprovação de um conjunto de projetos de lei denominado “Novas Medidas contra a Corrupção”, que será apresentado, não como medida específica já adotada, mas como medida em perspectiva futura.

A Lei da Ficha Limpa

A primeira medida de grande impacto foi a Lei da Ficha Limpa, que torna inelegíveis por oito anos os candidatos que renunciarem aos seus mandatos para evitar a cassação, tiverem o mandato cassado ou ainda forem condenados por decisão de órgão colegiado, ainda que o processo ainda não tenha transitado em julgado e possa ser revertido por meio de recursos.⁴⁰

A legislação foi aprovada depois de significativa mobilização social, liderada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que é uma rede de entidades da sociedade civil, movimentos e organizações

.....

40 Lei Complementar nº. 135 de 2010, que estabelece casos de inelegibilidade, prazos de cessação para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm, último acesso em 20/01/2019.

sociais e religiosas voltadas ao enfrentamento da corrupção. A legislação foi apresentada à Câmara dos Deputados como iniciativa popular que reuniu aproximadamente 1,6 milhão de assinaturas. Movimentos de ativismo online, como Avaaz, também reuniram assinaturas e organizaram atos em apoio à Lei.

Apesar da controvérsia em torno da inelegibilidade de Lula, as novas regras trazidas pela legislação foram capazes de impedir, só nas últimas eleições de 2018, aproximadamente 100 candidaturas.⁴¹ A lei provocou debates sobre seu aspecto tutelar, na medida em que retira parte da responsabilidade da escolha política dos eleitores e a transfere para tribunais.⁴² De qualquer forma, a legislação tem o potencial de contribuir com a garantia do direito de participação política de cidadãos na medida em que retire do processo justamente os candidatos que, mesmo envolvidos em casos de corrupção, conseguem postergar seus processos indefinidamente em tribunais e, com recursos financeiros nem sempre lícitos, são capazes de garantir votos suficientes para voltar aos parlamentos do país.

O impacto da Lei da Ficha Limpa tende a ser ampliado após a decisão do STF, em 2018, que restringiu significativamente a abrangência da regra do Foro por Prerrogativa de Função, conhecido como Foro Privilegiado.⁴³ Ao longo dos anos, o foro representou uma trava às investigações de parlamentares e agentes públicos de mais alto escalão. Com a flexibilização das regras de foro, muitos processos hoje parados deverão ser remetidos a instâncias inferiores e possivelmente retomar o curso de julgamento.

.....
41 Revista VEJA, Justiça Eleitoral já barrou 99 candidatos com base na Lei da Ficha Limpa, em <https://veja.abril.com.br/politica/justica-eleitoral-ja-barrou-99-candidatos-com-base-na-lei-da-ficha-limpa/>, último acesso em 20/01/2019.

42 Diogo Rais, Ficha Limpa: a origem e os efeitos de uma lei contra a impunidade, em <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/07/16/Ficha-Limpa-a-origem-e-os-efeitos-de-uma-lei-contra-a-impunidade>, último acesso em 21/01/2019. “Quanto maior o filtro de candidatos, menos independência e liberdade de escolha terá o eleitor. Além disso, temos que lembrar que se candidatar é um direito fundamental, tal qual o direito à liberdade, à vida, etc., então não me parece adequado restringi-lo por qualquer motivo, como por exemplo ter sido expulso do conselho de classe. Concordo que devam existir certos critérios, mas entendo que quanto mais o Estado filtra, mais ele retira do eleitor a decisão”.

43 Michael Mohallem, Menos foro, mais pressão sobre o Supremo. Piauí, 2018, em <http://hdl.handle.net/10438/23912>. “A solução encontrada pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, foi mudar a interpretação atual da Constituição – que alcança todos os crimes comuns, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não têm relação com o seu exercício – para uma leitura restritiva da regra de foro, de modo que apenas crimes praticados no cargo e em razão do cargo seriam levados ao tribunal de última instância”.

Proibição das doações eleitorais por empresas

Talvez a medida com o maior impacto na preservação da igualdade em eleições tenha sido a decisão do STF de vedar a participação de empresas no processo eleitoral através de doações financeiras. Em setembro de 2015, por maioria, o Tribunal promoveu as mudanças “mais abrangentes no sistema de financiamento, desde a modificação das regras de competição política entre 2003 e 2007”.⁴⁴ A decisão, de certa forma, se sobrepunha ao tema mais sensível da prometida reforma política, que tinha dificuldade de avançar na Câmara dos Deputados.

Os ministros buscaram “corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo” além de desobstruir as “vias de expressão e os canais de participação política”.⁴⁵ Estava clara para o Tribunal a responsabilidade de trazer de volta ao sistema eleitoral a influência dos eleitores, antes ofuscada por doações de empresas. A decisão deveria ser capaz de amenizar a “captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada ‘plutocratização’ do processo político”.⁴⁶ A ação de inconstitucionalidade foi iniciada pela Ordem dos Advogados do Brasil e recebeu amplo apoio da sociedade.

Em relação aos seus efeitos diretos, quando comparados os valores arrecadados por partidos e candidatos nas eleições de 2014 – anteriormente à nova regra – e nas eleições de 2018, já sob os efeitos da decisão do STF, verifica-se a queda em 50% dos valores captados.⁴⁷ Parte da crítica à decisão se dirigia ao fato de que empresas poderiam continuar a fazer doações ilegais, sem que a nova interpretação as pudessem evitar. De fato, a decisão enfrenta apenas o universo das doações em legalidade, mas com isso espera causar influência reflexa nas doações ilegais. Neste sentido, vale destacar que quando empresas são impedidas de oferecer até mesmo doações para o caixa oficial das campanhas, minimiza-se o risco de doações cuja origem é ilegal, mas que seguem para o caixa oficial de campanha, o que ficou conhecido como lavagem de dinheiro eleitoral. O sistema de financiamento, até 2014, era, de

.....
44 Bruno Wilhelm Speck, *Game over: duas décadas de financiamento de campanhas com doações de empresas no Brasil*, REB: Revista de Estudios Brasileños, Salamanca, v. 3, n. 4, p. 131 jan./jun., 2016.

45 STF, ADI 4650-DF, relatoria de Luiz Fux, acórdão publicado em 24-02-2016.

46 STF, ADI 4650-DF, relatoria de Luiz Fux, acórdão publicado em 24-02-2016.

47 Jornal Estadão, *Gastos de campanha no 1º turno das eleições caem pela metade em comparação a 2014*, em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/impactos-do-novo-modelo-de-financiamento-de-campanha/>, último acesso em 21/01/2019.

certa forma, tolerante ou pouco motivado para evitar as doações de caixa 2 e jamais tinha havido tentativa organizada de fiscalização efetiva.

A redução da média de valor arrecadado para campanhas eleitorais criou um ambiente de maior competitividade eleitoral. O ambiente criado pela operação Lava Jato também vem sendo decisivo para que as empresas deixem de contribuir via caixa 2. As fiscalizações e investigações passaram a ser mais comuns nas vidas dos partidos e empresas, aumentando assim o risco de punição da corrupção.

A perspectiva de novas reformas legislativas

O avanço das instituições contra a corrupção no Brasil ao longo dos últimos anos aponta para um cenário positivo. Entretanto, as inovações legislativas feitas nas duas últimas décadas foram apenas parcialmente capazes de oferecer todas as ferramentas de que se necessita hoje. A agenda anticorrupção exige vigilância e aprimoramento permanente, seja porque legislações se aperfeiçoam conforme são testadas, seja porque muitos instrumentos passarão a existir conforme a tecnologia e o desenvolvimento institucional permitam. O anseio da sociedade por respostas rápidas “por vezes, ignora o efeito causal das reformas do passado nos avanços nem sempre aparentes do presente. O tempo de resposta de instituições reformadas ou o intervalo até que novas leis sejam implementadas com eficácia é maior do que se possa desejar”.⁴⁸

Esse entendimento vem mobilizando centenas de organizações da sociedade civil brasileira a avançar na direção de reformas legislativas que preencham as novas lacunas recentemente identificadas. Dentre diversas importantes iniciativas se destaca o pacote de 70 propostas legislativas desenvolvido por 200 dos principais especialistas brasileiros, conhecido como as Novas Medidas contra a Corrupção. As Novas Medidas são um “conjunto de 70 projetos de lei, propostas de emenda constitucional e resoluções que oferece uma resposta sistêmica para a corrupção no Brasil – segundo a Transparência Internacional é o maior pacote de medidas anticorrupção já produzido no mundo”.⁴⁹

.....
48 Michael Freitas Mohallem, Beto Vasconcelos; Guilherme de Jesus France. *Integridade e transparência de empresas estatais no Brasil*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, p. 7, 2017.

49 Fabiano Angélico, Ana Luiza Aranha, Michael Freitas Mohallem, *Os desafios da implementação de reformas anticorrupção no Brasil*. INTERESSE NACIONAL, ano 11, n. 43, outubro–dezembro de 2018, pp. 66-77, em <http://hdl.handle.net/10438/25689> p. 71.

Embora o pacote trate de 12 frentes temáticas, vale destacar algumas das propostas direcionadas ao fortalecimento de direitos humanos, particularmente os direitos políticos tratados neste capítulo. Um dos projetos de destaque é o que prevê a ampliação da transparência financeira e das regras democráticas internas de partidos políticos, para que filiados e a sociedade possam fazer o controle social da corrupção e evitar a cooptação por grupos criminosos ou pelo interesse econômico.

Outro projeto que incide no financiamento ilegal de campanhas políticas prevê a criação de um teto para o valor que um candidato poderá doar para sua própria campanha eleitoral, além de propor a extinção do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (que trouxe aos candidatos 1.75 bilhão de reais adicionais nas eleições de 2018). O Fundo, embora seja público, elevou drasticamente os valores disponibilizados em campanhas eleitorais, diminuindo a importância e capacidade de influência de indivíduos e pequenos doadores individuais.⁵⁰

Por fim, vale destacar proposta que procura solucionar o problema discutido acima, da utilização de caixa 2 ou caixa oculto de campanhas eleitorais. Uma das razões segundo as quais o caixa 2 é tão utilizado é a pequena perspectiva de punição. De modo diferente ao do que recorrentemente afirmam políticos acusados, “a prática é grave e coloca em risco a democracia por corromper as perspectivas políticas, desequilibrar o pleito e deslegitimar os pleitos eleitorais”.⁵¹ Por isso, a proposta cria a responsabilidade administrativa, civil e eleitoral para partidos políticos envolvidos com caixa 2, além

.....
50 Michael Freitas Mohallem, Bruno Brandão [*et al.*], *Novas Medidas contra a Corrupção*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018, em <http://hdl.handle.net/10438/23949> p.186. Os organizadores do pacote reconhecem a dificuldade de regulamentar campanhas eleitorais, mas entendem que no Brasil é necessário limitar o volume de dinheiro na política: “Parte significativa dos escândalos de corrupção descobertos nos últimos anos tinha como um de seus objetivos obter recursos para financiar ilicitamente as campanhas eleitorais de políticos brasileiros. Da mesma forma, doações eleitorais – como se viu abundantemente nos escândalos do “Mensalão” e Lava Jato – são focos de origem de grandes esquemas de corrupção que se ramificam em diferentes áreas da administração pública e cartéis privados. Ainda que existam dificuldades de regulamentar o ingresso de recursos públicos e privados no universo de campanhas eleitorais, partimos da premissa de que é essencial para a nossa democracia que as campanhas tenham recursos suficientes para estabelecer o diálogo de ideias com a sociedade sem que exista presença abusiva, ilegal ou desequilibrada de recursos financeiros. Aprimorar a legislação brasileira sobre financiamento eleitoral é, portanto, um passo essencial no combate à corrupção, e esta proposta caminha nessa direção, fazendo esforços para limitar o poder do dinheiro na política”.

51 *Ibid.*

de estabelecer multa no valor de 10% a 40% do valor de repasses do fundo partidário e criminalizar a prática, prevendo pena de reclusão de 2 a 5 anos.

O futuro da Lava Jato e do direito de participação política

A operação Lava Jato acabará. É, inclusive, bom que assim seja. Se não há mais dúvidas sobre seu sucesso em investigar e punir, resta agora saber se suas lições serão um legado de reformas legislativas que assimilem seu sucesso como regra.

Os cidadãos do Brasil são vítimas da corrupção. O Estado brasileiro descumpre diversos compromissos assumidos em tratados internacionais de Direitos Humanos por não ser capaz de manter a corrupção em níveis mínimos. O Brasil costuma destacar-se internacionalmente com casos de corrupção, tal como outrora se destacava com o futebol. A corrupção brasileira, como se descobriu com a operação Lava Jato, não ocorre episodicamente, mas se desenvolve como uma teia, sistêmica e organizada.

O argumento central deste texto é que os direitos políticos foram profundamente afetados nos últimos anos pela ausência de controle efetivo do ingresso de recursos financeiros excessivos no processo eleitoral. O resultado foram eleições potencialmente enviesadas em favor de candidatos receptores dos recursos financeiros ilegais e, como consequência, a impossibilidade de outros participarem da condução dos assuntos públicos.

Para chegar a essa conclusão se demonstrou que a legislação brasileira anticorrupção avançou nos últimos anos, sem ser capaz, no entanto, de enfrentar a séria impunidade que protege os envolvidos em corrupção. A Lava Jato representou uma ruptura nessa percepção e abriu caminho para o enfrentamento da corrupção sistêmica que envolvia a quase totalidade do sistema político brasileiro. Os direitos políticos ficam no meio da disputa de narrativas: a sociedade espera eleições sem o enviesamento provocado pelos recursos ilícitos, mas os réus desses mesmos processos de corrupção também esperam ver seus direitos políticos garantidos contra a forte expectativa punitivista.

Para além da operação Lava Jato, tomaram-se importantes medidas legislativas – como a Lei da Ficha Limpa – e decisões judiciais – como a que proibiu o financiamento eleitoral por parte de empresas. Aprimorou-se também o contexto jurídico brasileiro e foi criada uma perspectiva mais positiva em relação aos direitos de participação política efetiva. A janela de oportunidade continua aberta, à espera de uma nova geração de reformas legislativas capaz de consolidar certas práticas de sucesso nas investigações

da corrupção, bem como de fortalecer a igualdade entre cidadãos ricos e pobres no processo eleitoral.

Bibliografia

- ANGÉLICO, Fabiano, ARANHA, Ana Luiza, MOHALLEM, Michael Freitas, Os desafios da implementação de reformas anticorrupção no Brasil, *Interesse Nacional*, ano 11, n. 43, outubro/dezembro de 2018. Disponível em <http://hdl.handle.net/10438/25689>
- AVRITZER, Leonardo, FILGUEIRAS, Fernando, *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. Brasília, DF, Cepal, Escritório no Brasil/IPEA, (Textos para Discussão Cepal-IPEA, 32), 2011.
- CARNEIRO, Lucas Sachsida Junqueira, BORGES, Paulo César Corrêa, Os Contornos da Corrupção Sistêmica no Brasil e seus Efeitos na Proteção dos Direitos Humanos, *Rev. Direito Administrativo e Gestão Pública*, Brasília, v.2, n.1, 2016.
- COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, Medida Interina, G/SO 215/51 NRA (1), 2841/2016.
- COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral nº25, The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service, Article 25 , (Fifty-seventh session, 1996), U.N, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 (1996).
- Comunicado nº 2841/2016, apresentado ao Comitê de Direitos Humanos para análise à luz do Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em favor do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm, último acesso em 20/01/2019.
- CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas, adotada em 31 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 2005, promulgada e publicada pelo Dec. nº 5.687/2006.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO, adotada em 29 de março de 1996, ratificada pelo Brasil em 2002, promulgada e publicada pelo Dec. nº 4.410/2002.
- CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS, adotada em 17 de dezembro de 1997, ratificada pelo Brasil em 2000, promulgada e publicada pelo Dec. nº 3.678/2000.

- DECRETO nº 9.571/2018, de 21 de novembro de 2018, que Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm, último acesso em 20/01/2019.
- FIESP, Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate, São Paulo, 2012
- FILGUEIRAS, Fernando, A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social, *Opin. Publica*, Campinas, v. 15, n. 2, Nov. 2009.
- GLOBOESPORTE, “Governo divulga valores finais da Copa: R\$ 8,3 bilhões em estádios”, em <http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo/noticia/2015/01/governo-divulga-valores-finais-da-copa-r-83-bilhoes-em-estadios.html>, último acesso em 20/01/2019.
- IBOPE, Confiança no presidente, governo federal e Congresso Nacional é a menor em 9 anos, em <http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-no-presidente-governo-federal-e-congresso-nacional-e-a-menor-em-9-anos/>
- JORNAL DIGITAL PODER360, “Prisão de Lula é ‘ilegal’ e ‘viola a Constituição’, diz ministro do STF, em <https://www.poder360.com.br/justica/prisao-de-lula-e-ilegal-e-viola-a-constituicao-diz-ministro-do-stf/>, último acesso em 20/01/2019.
- JORNAL EL PAÍS, “Dez juristas internacionais denunciam ‘injustiça e parcialidade’ no caso Lula” em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/politica/1533836703_194165.html, último acesso em 20/01/2019.
- JORNAL ESTADÃO, “Gastos de campanha no 1º turno das eleições caem pela metade em comparação a 2014”, em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/impactos-do-novo-modelo-de-financiamento-de-campanha/>, último acesso em 21/01/2019.
- JORNAL THE GUARDIAN, “Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history?”, em <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>, último acesso em 20/01/2019.
- JORNAL VALOR ECONÔMICO, “Veja lista de políticos que teriam recebido caixa 2 da Odebrecht”, por Estevão Taiar, *jornal Valor Econômico*, em <https://www.valor.com.br/politica/4938504/veja-lista-de-politicos-que-teriam-recebido-caixa-2-da-odebrecht>, último acesso em 21/01/2018.
- LEAL, Rogério Gesta, RITT, Caroline Fockink, As consequências negativas da corrupção nos direitos sociais fundamentais no Brasil: as pessoas

- mais pobres como as principais vítimas, João Pessoa: Rev. Direito e Desenvolvimento, v.8, n.1, 2017
- LEI COMPLEMENTAR nº. 135 de 2010, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm, último acesso em 20/01/2019.
- LEI nº 12.527/2011, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm, último acesso em 20/01/2019.
- LORENTE, Marques, Corrupção no Brasil e estratégias de combate, Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, Fórum, ano 5, n. 14, maio/ago. 2016.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, OLIVEIRA, Vitor, O Brasil e o combate internacional à corrupção, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, operação Lava Jato: “Entenda o Caso”, em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>, último acesso em 19/01/2019.
- MOHALLEM, Michael Freitas, RAGAZZO, Carlos Emmanuel, Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/18167>.
- MOHALLEM, Michael Freitas, Doação ou investimento? Alternativas ao financiamento desigual de campanhas eleitorais, em FALCÃO, Joaquim (org.), Reforma eleitoral no Brasil: Legislação, democracia e internet em debate, 1ª edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2015.
- MOHALLEM, Michael Freitas; BRANDÃO, Bruno [*et al.*], Novas Medidas contra a Corrupção, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2018, em <http://hdl.handle.net/10438/23949>.
- MOHALLEM, Michael Freitas, VASCONCELOS, Beto, FRANCE, Guilherme De Jesus, Integridade e transparência de empresas estatais no Brasil, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2017.
- MOHALLEM, Michael, Menos foro, mais pressão sobre o Supremo, Piauí, 2018, em <http://hdl.handle.net/10438/23912>
- MPF <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>, último acesso em 19/01/2019.
- NOTARI, Marcio Bonini, As Convenções Internacionais Ratificadas pelo Brasil no Combate à Corrupção, Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 1, jan/jun 2017.
- NOTÍCIAS UOL, “Mensalão julgou 37 e condenou 24; relembre o caso dez anos depois”, em <https://noticias.uol.com.br/politica/>

- ultimas-noticias/2015/06/05/dez-anos-depois-relembre-o-caso-men-salao.htm, último acesso em 20/01/2019.
- PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Organização das Nações Unidas, - Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, em vigor desde 23 de março de 1976.
- RAIS, Diogo, <https://www.nexojournal.com.br/explicado/2018/07/16/Ficha-Limpa-a-origem-e-os-efeitos-de-uma-lei-contra-a-impunidade>, último acesso em 21/01/2019
- RAOUL WALLENBERG INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW, Anti-corruption and Human Rights - How to become mutually reinforcing? Report, Lund, Roundtable 13 a 14 nov., 2017, em <https://rwi.lu.se/app/uploads/2018/02/Anti-Corruption-and-Human-Rights-RWI.pdf>
- REVISTA ÉPOCA, “As provas da JBS”, por Diego Escosteguy, em 29/07/2017, em <https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/07/provas-da-jbs-trecho.html>, último acesso em 21/01/2019.
- REVISTA EXAME, “ONU rejeita pedido de medidas cautelares de Lula para ser solto”, 22/05/2018, em <https://exame.abril.com.br/brasil/onu-rejeita-pedido-de-lula-para-sair-da-prisao-diz-jornal/>, último acesso em 20/01/2019.
- REVISTA VEJA, “Justiça Eleitoral já barrou 99 candidatos com base na Lei da Ficha Limpa, em <https://veja.abril.com.br/politica/justica-eleitoral-ja-barrou-99-candidatos-com-base-na-lei-da-ficha-limpa/>, último acesso em 20/01/2019.
- SOUZA, Francisco de Assis Diego Santos de, Desenvolvimento e Desigualdade: função do Direito e das Políticas Públicas ante a existência da Corrupção no Brasil, Rev. Direito Administrativo e Gestão Pública, Brasília, v.3, n.1, 2017.
- SPECK, Bruno W, O financiamento político e a corrupção no Brasil, em Rita de Cássia Biason (org.), Temas de corrupção política no Brasil, São Paulo, Balão Editorial, 2012.
- SPECK, Bruno Wilhelm, Game over: duas décadas de financiamento de campanhas com doações de empresas no Brasil, REB: revista de estudios brasileños, Salamanca, v. 3, n. 4, jan./jun. 2016.
- STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44, Relator Ministro Marco Aurélio Mello.
- STF, ADI 4650-DF, relatoria de Luiz Fux, acórdão publicado em 24-02-2016.

TERRACINO, Julio, *Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights*, Working Paper, International Council on Human Rights Policy, 2007, em http://www.ichrp.org/files/papers/130/131_-_Julio_Bacchio_Terracino_-_2007.pdf, último acesso em 20/01/2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, “O Brasil caiu 17 posições no IPC este ano em comparação ao ano anterior, em <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>, último acesso em 20/01/2019.

WHITAKER, Chico, *Ficha Limpa - uma lei a defender?*, Estudos Avançados, São Paulo, v. 30, n. 88, Dez., 2016.

■ CORRUPCIÓN, ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS. ALGUNAS LECCIONES DEL CASO CHILENO

Claudio Nash*

Introducción

Durante años Chile ha encabezado, junto con Uruguay, la lista de países en América Latina con la percepción más baja de corrupción, de acuerdo con los índices de percepción de corrupción publicados por Transparencia Internacional.¹ A diferencia de otros países latinoamericanos, en Chile, la corrupción no se encuentra en la cotidianidad,² de ahí que este fenómeno no haya jugado un rol relevante en la historia reciente del país, pese a que claramente es un problema instalado desde hace décadas.³

El objetivo de este estudio es demostrar que la corrupción política es un fenómeno estructural en Chile, que tiene un fuerte impacto en el sistema democrático y afecta el Estado de derecho y los derechos humanos y, por tanto, es urgente una respuesta integral frente a esta situación que a la fecha aún no se da satisfactoriamente.

El estudio está estructurado de la siguiente forma: 1) un contexto de la situación general del país en materia de corrupción; 2) un caso representativo de la corrupción política: el financiamiento ilegal de la política; 3) el

.....
* cnash@derecho.uchile.cl

1 Transparencia Internacional, “Índice de Percepción de la Corrupción 2015”, en http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf

2 En los términos planteado por Barr *et al.*, lo que no se da es la “petty”, corrupción que involucra actos diarios, pero eso oculta la corrupción a gran escala que está en el sistema político de alto nivel. (Joshua Barr, Edgar Pinilla y Jorge Finke, “A legal perspective on the use of models in the fight against corruption”, en *South Carolina Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 267-273).

3 Una completa historia de la corrupción en Chile, en Daniel Matamala, *Poderoso Caballero. El peso del dinero en la política chilena*, Santiago, Editorial Catalonia – UDP, Chile, 2015.

impacto de la corrupción política en los derechos humanos; 4) algunas breves reflexiones sobre las respuestas institucionales; 5) conclusiones.

Contexto general

Durante la dictadura militar se dieron formas de corrupción de diversa naturaleza. Por una parte, actos individuales aprovechando posiciones de poder y, por otra, se crearon las condiciones para una corrupción estructural mediante la captura del Estado por parte de intereses económicos ligados a la dictadura.⁴ Esta captura del Estado se estructuró, principalmente, a partir de las privatizaciones de las empresas públicas en ese periodo, que fueron a parar a las manos de los civiles más cercanos al entorno militar.⁵ Infortunadamente para los chilenos, estos hechos fueron escondidos durante años en el contexto de una transición cuya estabilidad tenía que pagar un alto precio: el de la impunidad. La impunidad fue parte de una política de Estado en el modelo transicional chileno.⁶

Al no asumir que Chile tenía una experiencia de corrupción relevante, y que los modelos político y económico eran tributarios de estos actos, se abonó el campo para ir construyendo un entramado de corrupción que tardó casi un cuarto de siglo en ser develado.⁷ El poder político se transformó es un botín, pero en el caso chileno no fue necesario acceder a él directamente, sino que bastó con cooptar a quienes accedían a espacios de poder relevantes, tal como dan cuenta los casos que se analizan en este informe.

Fue durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) cuando este tema emergió a la luz pública en toda su magnitud. A partir de algunas investigaciones por delitos tributarios se abrió una arista que, hasta

.....
4 Patricio Orellana, “Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre”, *Polis Revista Latinoamericana*, núm. 8, 2004, en <https://polis.revues.org/6120?lang=en>

5 Ver informe de la Cámara de Diputados, en <http://www.carlosmontes.cl/senador/las-privatizaciones-informe-comision-investigadora-de-la-camara-de-diputados/>

6 En Chile se dictó sentencia sobre el caso del general Pinochet (ver El Mostrador, en <http://www.elmostrador.cl/media/2018/08/RIGGS-SUPREMA.pdf>) y su entorno cercano (Cooperativa.cl, “Caso Riggs: Ballerino y otros 5 oficiales (r) fueron condenados por malversación”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/augusto-pinochet/patrimonio/caso-riggs-ballerino-y-otros-5-oficiales-r-fueron-condenados-por/2015-05-07/144036.html>).

7 Muy dicente de esta visión autocomplaciente en materia de corrupción es el informe de la Comisión sobre Modernización del Estado, del año 1994, en el que se señala que en Chile no existía una forma de corrupción estructural o sistémica, sino que solo había casos puntuales de corrupción. Ver Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, 1994, en <http://www.proaceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf> (este link no funciona)

el día de hoy, continúa sin cerrarse: el financiamiento ilegal de la política.⁸ Se ha hecho público que, además del financiamiento legal, los partidos y sus candidatos utilizaron mecanismos tributarios fraudulentos, que les permitieron obtener recursos ilícitos para financiar campañas y el funcionamiento ordinario de la política; paralelamente, las empresas aportantes obtenían importantes beneficios tributarios a través de la baja en su base tributaria por los gastos hipotéticamente realizados. Además, en el marco de estas investigaciones han salido a la luz prácticas de cohecho absolutamente desconocidas en la historia reciente del país.⁹ Se ha sabido de empresas que pagaban “sueldos” mensuales a parlamentarios para que defendieran sus intereses en el parlamento y de leyes que al parecer tenían un claro origen ilícito para beneficiar a ciertas industrias como minería¹⁰ y pesca.¹¹

Este escenario marcó una nueva relación entre corrupción y democracia en Chile. El tema de la corrupción dejó de ser visto como un simple problema de casos aislados de abusos y se comienza a asumir que en el país se ha desarrollado una forma de corrupción estructural, con claros signos de un Estado capturado por intereses privados.¹² Por ello, es muy entendible que últimamente la ciudadanía indique que una de sus tres preocupaciones principales es la corrupción.¹³

.....
8 Un detalle con los principales casos, en Claudio Nash, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica* (REDIAJ), núm. 8, 2017, pp. 353-408.

9 Estos casos se analizan *infra*.

10 Un exdiputado y exministro del gobierno de M. Bachelet ha sido investigado por delito de cohecho al recibir un pago mensual por empresas del grupo Luksic mientras era presidente de la Comisión de Minería de la Cámara de Diputados (Ahora Noticias, “Tribunal rechaza solicitud de sobreseimiento del exministro Jorge Insunza”, en <http://www.ahoranoticias.cl/noticias/politica/195441-tribunal-rechaza-solicitud-de-sobreseimiento-del-ex-ministro-jorge-insunza.html>).

11 En juicio abreviado fue condenado el representante de una empresa pesquera por pagos reiterados a los parlamentarios Isasi y Orpis, quienes enfrentarán juicio oral sobre estos hechos (Economía y Negocios, “Tribunal condena a ex gerente general de Corpesca por delitos tributarios y sobornos reiterados”, en <http://www.economiay-negocios.cl/noticias/noticias.asp?id=501882>).

12 Siguiendo a Sandoval, “definiremos ‘corrupción estructural’ como una forma específica de dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural en la que predominan el abuso, la impunidad y la apropiación indebida de los recursos de la ciudadanía” (Irma Sandoval, “Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, 2016, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032016000100119).

13 Es un dato entregado por uno de los estudios de opinión más influyentes en Chile: EncuestaCep, de agosto de 2016 (EncuestaCEP, “Estudio Nacional de

A continuación, describiremos los principales casos que han estado en el centro del debate sobre corrupción política en Chile.

Casos representativos de corrupción en Chile: el financiamiento legal, ilegal y delictual de la política

En el caso de Chile, la corrupción no es un conjunto de hechos aislados, sino que esta tiene un aspecto estructural, ya que ha sido la forma en que se diseñó el financiamiento de la política posdictadura, con base en aportes privados y sin ningún control efectivo, lo que permitió generar diversas formas de corrupción. En efecto, en los últimos años, los principales problemas que han salido a la luz pública en materia de corrupción política son: financiamiento ilegal de la política y cohecho. Si bien estos no son los únicos problemas en la materia, sí son los que han centrado la atención y, por tanto, han motivado procesos de reforma legal que hoy se encuentran en curso.

El financiamiento legal e ilegal de la política en Chile

En la elección presidencial y parlamentaria de 2013, las empresas podían realizar contribuciones *legales* para las campañas políticas. Esto se hacía a través de un mecanismo “reservado”, esto es, se podían financiar campañas políticas haciendo aportes que –en teoría– no eran conocidos por la candidatura beneficiada. Este mecanismo, obviamente, se basaba en la buena fe de los intervinientes. Como se ha hecho evidente, esta opacidad en el mecanismo de financiamiento abrió espacios para formas de influencia ilegítima en la actividad política.¹⁴ En el caso chileno ha quedado en evidencia de que el financiamiento reservado no era tal, sino que había diversas formas a través de las cuales las empresas hacían saber a los candidatos de su apoyo y estos buscaban estas ayudas reservadas de forma permanente y directa.¹⁵ Así, la

.....

Opinión Pública N° 77”, en http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep_julio_agosto2016.pdf).

¹⁴ Siempre los empresarios y los sindicatos, entre otros actores económicos y sociales, buscan influir en la actividad política; así, lo que provoca la captura del Estado mediante el financiamiento de la política es, precisamente, una ventaja ilegítima en este proceso natural en una sociedad democrática (Lessig, *Republic, Lost: how money corrupts congress*, *op. cit.*).

¹⁵ Uno de los casos que causó mayor impacto fue el de un candidato al Senado, Iván Moreira, que le enviaba correos al administrador de Penta solicitando recursos en términos muy poco republicanos: “raspado de olla”, “cupón combustible” (El Mostrador, “Los correos donde Moreira le pide plata a Hugo Bravo: ‘Tú crees que se pueda un raspado de la olla para los últimos 100 m de campaña’”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/01/04/los-correos-donde-moreira-le-pide-plata-a-carlos-eugenio-lavin-tu-crees-que-se-pueda-un-raspado-de-la-olla-para-los-ultimos-100-m-de-campana/>).

reserva de los aportes era ilusoria y los mismos se transformaban en una fuente probable de influencia sobre los procesos políticos en el país.

Pero no hay duda alguna de que en Chile el principal problema de corrupción que acapara la atención pública desde 2014 es el del financiamiento *ilegal* de la política. Con procesos electorales cada vez más costosos, el financiamiento legal no fue suficiente. La necesidad de recursos por parte de los candidatos era muy superior a lo que permitía la ley. Ahí fue cuando políticos y empresarios idearon una particular forma de evadir la ley y, colateralmente, generar un grave perjuicio fiscal.¹⁶ El “mecanismo” se basaba en que los políticos, directamente o a través de terceros, emitían instrumentos tributarios falsos (boletas y facturas), que daban cuenta de trabajos que jamás eran realizados y que solo tenían como objetivo respaldar los pagos de las empresas para financiar campañas políticas. Estos instrumentos, además, eran utilizados por las empresas para aumentar sus gastos y, con ello, disminuir su carga tributaria.¹⁷

Este modelo ilícito de financiamiento de la política fue transversal. Prácticamente todos los partidos con representación parlamentaria recurrieron a esta forma de financiamiento de las campañas de sus candidatos, así como también para el financiamiento ordinario de la actividad partidaria. En efecto, si bien las investigaciones se iniciaron a partir del vínculo entre un grupo económico y el partido de extrema derecha en Chile (grupo Penta y el partido Unión Demócrata Independiente), al poco tiempo la investigación dio cuenta de que esta era una práctica habitual entre importantes empresas del país (SQM, Copec, Endesa, Aguas Andinas, Grupo Angelini, entre otras) y los principales partidos representados parlamentariamente (Renovación Nacional, Partido por la Democracia, Partido Socialista, Democracia Cristiana) e importantes movimientos con presencia en el debate público¹⁸ y con candidatos en el pasado proceso

.....
16 Ver un completo análisis en Ciper, “Caso Penta: la caja negra de las platas políticas que sacude a la UDI”, en <http://ciperchile.cl/2015/01/05/caso-penta-la-caja-negra-de-las-platas-politicas-que-sacude-a-la-udi/>

17 Una breve descripción del procedimiento en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-09502015000200023

18 Para un estudio sobre las diversas empresas ligadas al financiamiento ilegal de la política, ver Ciper, “La lista completa: la verdad sobre las 1.123 empresas que financian la política en Chile”, en <http://ciperchile.cl/2015/04/23/la-lista-completa-la-verdad-sobre-las-1-123-empresas-que-financian-la-politica-en-chile/>

electoral (Movimiento PRO, de Miguel Enríquez-Ominami,¹⁹ precandidato presidencial Andrés Velasco²⁰).

La arista más compleja de esta investigación ha sido el financiamiento de los principales candidatos en el proceso de elección presidencial chileno de 2013. Actualmente, se está investigando la candidatura de dos abanderados de la derecha, el precandidato Laurence Golborne²¹ y el candidato Pablo Longueira,²² por el financiamiento ilegal de sus campañas a través del mecanismo de instrumentos tributarios falsos. Asimismo, se está investigando la responsabilidad penal del encargado del financiamiento de la candidatura de la actual presidenta, Michelle Bachelet, que habría recurrido al mismo mecanismo ilegal para financiar la fase previa a la elección.²³

La investigación de estos casos ha estado a cargo del Ministerio Público, que ha tomado la arista tributaria para poder desarrollar su investigación (cohecho excepcionalmente²⁴). Esta vía tiene un inconveniente y es que para que exista una investigación criminal por delito tributario por parte del Ministerio Público, es menester que el Servicio de Impuestos Internos, que es un órgano que depende del ministro de Hacienda, presente una querrela

.....

19 Sobre su formalización, ver 24 Horas, “Marco Enríquez-Ominani es re-formalizado por su participación en el caso SQM”, en <https://www.24horas.cl/politica/marco-enriquez-ominani-es-reformalizado-por-su-participacion-en-el-caso-sqm-2722688#>

20 Ver T13, en <http://www.t13.cl/etiqueta/velasco-y-caso-penta>

21 El excandidato presidencial de derecha, Laurence Golborne, fue formalizado en junio de 2016 por delitos tributarios vinculados al financiamiento ilegal de su candidatura (Cooperativa.cl, “Laurence Golborne es formalizado en el marco del caso Penta”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-penta/laurence-golborne-es-formalizado-en-el-marco-del-caso-penta/2016-06-29/072001.html>), que debió abandonar por diversos escándalos financieros (DiarioUchile, “Laurence Golborne sale por la ‘puerta trasera’ y da paso a elección de Longueira”, en <https://radio.uchile.cl/2013/04/29/laurece-golborne-baja-candidatura-presidencial/>).

22 El excandidato presidencial de derecha, que reemplazó a Golborne en la carrera presidencial de 2013, también está siendo investigado por financiamiento ilegal y ha sido formalizado por el mismo sistema tributario ilícito (Ciper, “Así operó la máquina que armó Longueira para financiar su actividad política”, en <https://ciperchile.cl/2017/09/13/asi-opero-la-maquina-que-armo-longueira-para-financiar-su-actividad-politica/>).

23 El encargado de finanzas del comando de la presidenta Bachelet también ha sido formalizado por los mismos mecanismos ilícitos del periodo de “precamapaña” o periodo anterior al permitido legalmente para la candidatura 2013 (Cooperativa.cl, “Giorgio Martelli es reformatizado en caso SQM”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-sqm/giorgio-martelli-es-reformatizado-en-caso-sqm/2016-06-08/102840.html>)

24 Ver análisis completo en La Tercera, “Cohecho: el esquivo delito de los casos de platas políticas”, en <https://www.latercera.com/reportajes/noticia/cohecho-esquivo-delito-los-casos-platas-politicas/198982/#>

criminal. Si esta querrella no se presenta, no se puede investigar el ilícito. Esto ha generado polémica en Chile ya que las investigaciones por corrupción en el financiamiento de la política terminan dependiendo de la actuación de un órgano político, como es el Ministerio de Hacienda.²⁵ A fines de 2018 se comenzaron a cerrar una serie de investigaciones precisamente por no contar con la querrella respectiva.²⁶

Actualmente existe una condena al exsenador e importante político de la UDI, Jovino Novoa quien, frente a la contundencia de las pruebas sobre la recepción de dineros del grupo Penta a través de facturas y boletas falsas para el financiamiento de campañas políticas, reconoció su responsabilidad penal y fue condenado a tres años de pena remitida por delitos tributarios, a una multa en beneficio fiscal y a la suspensión legal de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.²⁷ Los socios principales de Penta y directos responsables del financiamiento ilegal asociado a dicha empresa, Carlos Délano y Carlos Lavín, llegaron a un cuestionado acuerdo con el Ministerio Público (fiscal Manuel Guerra) para un procedimiento abreviado que evitaba un juicio oral, mediante el cual se reconocen los hechos ligados con delitos tributarios y se dispone una pena de 4 años remitidos (sin cárcel efectiva), además de una multa a beneficio fiscal.²⁸

En definitiva, el financiamiento ilegal transversal da cuenta de que las empresas no solo tenían un fin político-partidista, sino que dicho financiamiento transversal era una forma de inversión en los actores relevantes que luego podrían actuar en beneficio de los intereses privados que les permitieron ser electos.²⁹

.....
25 La propia Contraloría General de la República ha cuestionado el actuar del SII en los casos de financiamiento ilegal de la política (La Tercera, “Contraloría cuestiona decisión del SII de no presentar querellas por financiamiento a campañas políticas”, en <http://www2.latercera.com/noticia/contraloria-cuestiona-decision-del-sii-no-presentar-querellas-financiamiento-campanas-politicas/>

26 Detalle con las investigaciones que no pudieron ser continuadas (La Tercera, “Fiscalía cierra causas contra dos tercios de los imputados en caso SQM”, en <https://www.latercera.com/politica/noticia/fiscalia-cierra-causas-dos-tercios-los-imputados-caso-sqm/58495/#>).

27 Para revisar el fallo del 8° Juzgado de Garantía de 02 de diciembre de 2015, ver <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Sentencia-Jovino-Novoa-caso-Penta.pdf>

28 Ver los alcances del acuerdo en La Tercera, “Contraloría cuestiona decisión del SII de no presentar querellas por financiamiento a campañas políticas”, en <http://www2.latercera.com/noticia/contraloria-cuestiona-decision-del-sii-no-presentar-querellas-financiamiento-campanas-politicas/>

29 Para un completo análisis de los problemas del financiamiento privado de la política, ver Lessig, *Republic Lost: how money corrupts congress*, op. cit.

El financiamiento delictual de la política, los casos de cohecho

Pero la influencia del dinero en la política chilena, que capturó la voluntad de los legisladores y miembros del Ejecutivo generadores de políticas públicas, también se da de una manera directa a través de ilícitos penales, como el cohecho.³⁰ Esta es una práctica que ha generado un gran impacto en Chile ya que no había antecedentes –al menos explícitos– de este tipo de conductas en la historia democrática reciente del país.

Uno de los casos que ha causado indignación pública ha sido el cohecho en el que habrían incurrido empresas vinculadas a la industria pesquera para obtener la aprobación de una ley que los benefició directamente. Los antecedentes que se han conocido en el marco de la investigación criminal llevada adelante por el Ministerio Público, dan cuenta de pagos a parlamentarios, la entrega de minutas sobre cómo votar cada artículo del proyecto de ley, y el nombramiento como asesores parlamentarios de representantes de la industria pesquera.³¹

Algo similar ocurrió con industrias vinculadas a la minería, siendo el caso más complejo en esta materia el del exministro y excandidato presidencial, Pablo Longueira, quien ha sido imputado por cohecho en la tramitación de un proyecto de ley que benefició directamente los intereses de una empresa minera, la que incluso redactó la norma que luego fue propuesta en el debate parlamentario cuando el señor Longueira era senador de la República.³² En el mismo sentido, hay abiertas investigaciones respecto de otros parlamentarios que también habrían recibido dinero por parte de empresas a fin de

.....
30 Delito que comete un empleado público que solicita o acepta recibir un beneficio económico indebido (conocido coloquialmente como “coima” o “soborno”) para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, por omitirlo, por infringir sus deberes, por ejercer influencia o cometer un delito funcionario (arts. 248, 248 bis, 249 del Código Penal). Ver file:///Users/clauidionash/Downloads/Cohecho%20comparado_revMMG_v3_v5.pdf

31 Sobre los antecedentes de los casos vinculados con la industria pesquera, ver Ciper, “Urgencia máxima para nueva Ley de Pesca: solo limita a 20 años licencias perpetuas”, en <https://ciperchile.cl/tag/corpesca/>

32 El exsenador, ministro de Estado y candidato presidencial ha sido formalizado por cohecho en 2018 (Cooperativa.cl, “Fiscal Gómez y caso SQM: Existen antecedentes para imputar a Longueira por cohecho”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-sqm/fiscal-gomez-y-caso-sqm-existen-antecedentes-para-imputar-a-longueira/2018-07-10/081946.html>

obtener beneficios en la tramitación de los proyectos de ley vinculados con sus áreas de interés.³³

En estos casos, la captura de voluntades políticas es mucho más evidente y directa. Esta es la forma más brutal que toma la corrupción para lograr beneficios privados usando el poder estatal. Aquí la sensación de impunidad es clave; solo es posible desarrollar esta práctica cuando se tiene la certeza de que no será descubierta ni sancionada. De ahí, que este sea el espacio privilegiado para legitimar la respuesta penal. En la medida que exista la idea de que estos actos serán investigados y sancionados, se produce un auténtico efecto inhibitorio.

Además, estas prácticas solo son posibles cuando no hay un efectivo control de los patrimonios de los funcionarios públicos y su entorno. A mayor control y transparencia es más difícil este tipo de prácticas ilícitas. Por ello, las declaraciones de intereses y patrimonios no pueden ser una mera formalidad, sino la base de un control eficaz.

Captura del Estado

Conocido este entramado de corrupción en altas esferas del poder político y económico del país, surge la discusión sobre la captura del Estado chileno por diversos intereses privados.³⁴ En efecto, sin la captura del Estado por parte de intereses privados no es posible explicarse las medidas tomadas en el gobierno de Ricardo Lagos de despenalizar la colusión entre empresarios para alterar las condiciones de mercado,³⁵ que ha sido la base de varios escándalos posteriores que han quedado impunes.³⁶ Tampoco se podría explicar una ley de pesca que ha entregado los recursos marítimos de Chile a un grupo de

.....

33 El exsenador de la Unión Demócrata Independiente (UDI), Jaime Orpis, ha sido formalizado por el delito de cohecho, delitos tributarios y fraude al fisco en 2016 y ampliada la formalización en 2018 (DiarioUchile, “Justicia amplía desafuero de senador Jaime Orpis por delitos tributarios”, en <https://radio.uchile.cl/2017/05/17/justicia-amplia-desafuero-de-senador-jaime-orpis-por-delitos-tributarios/>).

34 Según Hellman y Kaufmann, por captura entendemos “los intentos de las empresas para influir en la formulación de las leyes, las políticas y la reglamentación del Estado a cambio de pagos ilícitos —con carácter privado— a los funcionarios públicos”, públicos” (Joel Hellman y Daniel Kaufmann, “La captura del Estado en las economías en transición”, *Revista Finanzas y Desarrollo*, 2001, en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>).

35 Ver norma legal en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>

36 Una relación de los casos en El Mostrador, “El top five de la colusión y la evasión de impuestos”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/02/02/el-top-five-de-la-colusion-y-la-evasion-de-impuestos/>

familias, precisamente, aquellas que financian a amplios sectores políticos, o el intento por entregar a manos privadas las riquezas nacionales del litio.³⁷

La captura del Estado por parte de intereses privados solo es posible en la medida que exista un bajo control de las relaciones público-privadas.³⁸ En tanto no exista una clara separación entre el interés público y el privado, se abren espacios para confundir los intereses. La influencia de intereses privados puede ir desde la participación privilegiada en el debate de leyes que beneficien directamente a actores privados, hasta los casos donde directamente se desarrollan actos de cohecho, esto es, pago por favores políticos.

En un Estado capturado, las autoridades están disponibles para usar todo su poder en beneficio de intereses privados. Estas prácticas habían estado presentes en toda la historia,³⁹ pero no habían sido asumidas críticamente y, por lo mismo, no existió un escrutinio estricto sobre la forma en que se toman las decisiones en el aparato público. Si a ello se suman ciertas garantías de impunidad, la fórmula era perfecta para alinear los intereses espurios.

Hay un elemento adicional que debe ser considerado. La falta de transparencia y control de la actividad pública ha sido el espacio propicio para desarrollar esta captura del Estado. Cuando hay un control eficaz, las posibilidades de corrupción disminuyen; en Chile, en aquellos campos en los que no existe una institucionalidad fuerte de control de la actividad pública, las posibilidades de ocurrencia de ilícitos aumentan, como es el financiamiento de la política. Asimismo, este actuar ilícito se ha basado en la inexistencia de órganos públicos que puedan/quieran controlar la actividad del Estado de manera eficaz, y que cuenten con la independencia, la capacidad técnica y el financiamiento suficientes para cumplir con sus funciones. El caso de la política y su financiamiento es un buen ejemplo de que, al no contar con una institucionalidad fuerte en materia de control, los espacios para generar actos de corrupción que tiene ropaje de legalidad y licitud se han hecho una práctica arraigada y normalizada en el actuar político.

.....
37 Sobre el caso, ver Ciper, “Gobierno invalida licitación de litio y renuncia subsecretario de Minería”, en <http://ciperchile.cl/radar/gobierno-invalida-licitacion-del-litio-y-renuncia-subsecretario-de-mineria/>

38 Lo que Johnston ha llamado “interest group bidding”, esto es, un síndrome donde hay fuertes intereses privados, élites accesibles y competencia política y económica (Michael Johnston, “Public officials, private interests, and sustainable democracy: When politics and corruption meet”, en Kimberly Ann Elliott (ed.). *Corruption and the global Economy*, Peterson Institute for International Economics, en <http://book-store.piie.com/book-store/12.html>).

39 El más completo análisis está en: Matamala, *Poderoso Caballero. El peso del dinero en la política chilena*, op. cit.

El impacto de la corrupción política en el Estado de derecho y los derechos humanos

La vigencia del ideal democrático es parte del acuerdo constitucional chileno (el art. 4 señala que Chile es una república democrática) y, por tanto, deben adoptarse todas aquellas medidas necesarias para darle plena vigencia. Una de las medidas que debe adoptar la autoridad es generar las condiciones para que el mecanismo electoral permita el goce y ejercicio de los derechos político-electorales en condiciones de igualdad y, para ello, una de estas condiciones es, precisamente, el financiamiento de la actividad política.⁴⁰ De ahí que la corrupción política que se ha dado en Chile nos deba preocupar como sociedad democrática. En los casos de corrupción política mediante el financiamiento ilegal de las campañas electorales, no estamos ante un tema de beneficios ilícitos que obtiene un funcionario o un privado a través de distintas formas de ejercicio del poder donde no hay víctimas, es decir, ante un acto que se produce en forma inocua, sin efectos negativos en la población.⁴¹ La corrupción política sí tiene efectos en el sistema democrático, el Estado de derecho y los derechos humanos.

En efecto, lo relevante para una sociedad democrática es que la corrupción mediante financiamiento ilegal de campañas electorales rompe el principio de igualdad⁴² y afecta la garantía de derechos humanos en un Estado de derecho.⁴³ En general, en una sociedad democrática, las decisiones que toman las autoridades se basan en la búsqueda del bien común y en el trato de los individuos en condiciones de igualdad.⁴⁴ Los actos que desvían las decisiones desde el bien común a beneficios privados rompen esa base de la convivencia

.....
40 Sobre el tema del financiamiento político y su impacto en el sistema democrático, ver un interesante estudio comparado de Magnus Ohman preparado en 2015 para la Fundación IDEA, *Partidos políticos, participación y representación*, en <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/el-financiamiento-de-los-partidos-politicos-y-las-campanas-electorales.pdf>

41 Michael Johnston, *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, New York: Cambridge University Press, 2006. En el mismo sentido: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *The Global Program against Corruption*. Vienna: Organización de las Naciones Unidas, 2004), en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpano20658.pdf>

42 Sobre la discusión de la corrupción y la igualdad en una sociedad democrática, ver Yasmin Dawood, "Classifying corruption", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2014.

43 Robert Lutz, "On combating the culture of corruption", *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas*, núm. 263, 2004, pp. 263-265.

44 Sobre una visión compleja de la igualdad política, ver Ronald Dworkin, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 206-230.

democrática al generar privilegios en el acceso a la toma de decisiones con base en el poder que generan los actos de corrupción.⁴⁵ Esto tiene un impacto directo en el Estado de derecho, en tanto sistema de reglas comunes donde el poder está controlado por instituciones reguladas legalmente. Alterar los equilibrios de poder, la integración del parlamento, el natural funcionamiento de las instituciones públicas, todo ello afecta seriamente el Estado de derecho.

A continuación se desarrollan algunos de estos impactos en el principio de igualdad como base del sistema político democrático en el Estado de derecho, mediante el principio de primacía de la ley (confianza en las instituciones y el bien común) y los derechos políticos.

Financiamiento ilegal de la política y principio de igualdad

En primer lugar, el financiamiento de la política genera amplios debates en materia de igualdad, base de un Estado democrático y social de derecho.⁴⁶ En efecto, el financiamiento legal de la política por parte de actores privados es cuestionado por el efecto distorsionador de la igualdad democrática.⁴⁷ Con mayor razón, las formas ilegales no solo generan distorsiones, sino que directamente dejan entrelazados en un esquema ilícito a los actores políticos con los intereses económicos.

La dependencia que se produce del poder político respecto del económico a través del financiamiento ilícito termina por distorsionar la democracia representativa que pasa a ser una mascarada de participación. En la práctica, la voluntad colectiva pasa a ser una mera forma (todos/as

.....
45 Dawood, "Classifying corruption", *op. cit.*, pp. 108-109. Por su parte, Casas-Zamora y Zovatto señalan tres afectaciones: la igualdad entre los partidos y sus candidatos para transmitir su mensaje a la ciudadanía, la posibilidad que se da a ciertos sectores de influir en forma desproporcionada en la toma de decisiones colectivas crea condiciones para intercambio de favores y, a lo menos, continuas situaciones de conflicto de intereses (Kevin Casas-Zamora y Daniel Zovatto, "El costo de la democracia: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina", 2015, en <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/The-Cost-of-Democracy-CasasZamora-Zovatto-Spanish.pdf>).

46 Una de las discusiones más interesantes es la que se ha dado en la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la materia. Ver Richard Hasen, "Buckley is dead, long live Buckley: The new campaign finance incoherence of McConnell v. Federal Election Commission", 153 *U. Pa. L. Rev.* 31, 2004, en http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol153/iss1/3; Susan Rose-Ackerman, "Political corruption and democracy", 14 *Conn. J. Int'l L.*, 372, 1999, pp. 368-372.

47 Dawood realiza un excelente estudio de las formas en que el financiamiento de la política puede generar formas de corrupción que afectan los principios de igualdad que subyacen al sistema democrático (Dawood, "Classifying corruption", *op. cit.*).

participamos en la elección de los representantes), pero sin sustancia (solo algunos deciden lo que los representantes votan una vez que son electos).⁴⁸

El caso chileno es un buen ejemplo del impacto que produce la corrupción en el principio de igualdad como base de un sistema democrático⁴⁹ y cómo la corrupción termina socavando la base igualitaria sobre la que se construye la idea de democracia.

Financiamiento ilegal de la política y principios de supremacía de la ley y bien común

Al incurrir en actos ilícitos y otros directamente delictuales, el principio de primacía de la ley propio de un Estado de derecho se afecta gravemente. La gravedad está en que quienes incurren en estos actos son aquellos que se postulan para representar a los individuos en el ejecutivo y legislativo, es decir, quienes van a dictar las leyes, ejecutarlas y controlar otros poderes. El efecto negativo que esto produce en la legitimidad de las instituciones y la confianza ciudadana en el Estado de derecho es evidente y daña el sistema democrático.⁵⁰

Además de tener estos actos un impacto directo en materia de igualdad formal, también lo tienen en materia de igualdad sustantiva vinculada a la búsqueda del bien común propia de un Estado democrático de derecho.⁵¹ En efecto, la captura del Estado a través del financiamiento ilegal de la política y el cohecho afectan el deber del Estado de tomar decisiones que pueden contrariar intereses privados, lo que puede tener un impacto en las políticas públicas para la concreción de los derechos humanos.⁵² En sociedades excluyentes y desiguales como la chilena, esto es particularmente grave ya que se requieren medidas redistributivas y correctivas del *statu quo* que pueden

.....
48 Lessig, *Republic Lost: how money corrupts*, op. cit., pp. 125-171.

49 El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ha reconocido explícitamente dicho impacto en su Informe Anual 2015 (INDH, *Informe Anual 2015: situación de los Derechos Humanos en Chile*, Santiago de Chile, INDH, p. 29).

50 García, en el mismo estudio citado, ha señalado que es en este contexto donde se produce “la aparición de *outsiders*, movimientos espontáneos, *saudade* por ejercicio autoritario del poder, aumento del abstencionismo electoral, desencanto, desconcierto, y graves crisis de gobernabilidad, son síntomas de un desarreglo generalizado, que alimenta un rechazo a los partidos, a la participación política y a la política en general, lo que erosiona en su conjunto al régimen democrático” (Jorge García, “Dinero y Política. La cuadratura del círculo de la democracia en Latinoamérica”, 2001, p. 8, en https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XIX-2001-Participacion_politica/JORGE%20M.%20GARCA%20LAGUARDIA.pdf).

51 Dworkin, *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, op. cit., pp. 206-230.

52 Hellman y Kaufmann, “La captura del Estado”, op. cit., p. 31.

entrar en tensión con los intereses de grupos de poder. Con un sistema político capturado por intereses privados esto es imposible. Asimismo, se rompe el principio de independencia de las autoridades, quienes por diversos mecanismos pasan a estar comprometidas con los intereses privados. En efecto, las políticas redistributivas pueden ser fácilmente bloqueadas en Estados donde los intereses privados influyan en las decisiones políticas. En el caso de Chile es evidente cómo los intereses económicos desdibujaron por completo una reforma tributaria impulsada por el gobierno de la presidenta Bachelet que estaba dirigida no solo a una mayor recaudación, sino también a una profunda redistribución de la carga tributaria en el país.⁵³

Como es evidente, mediante la captura de la voluntad de los representantes del pueblo, el fin de la actividad política deja de ser el bien común y pasa a ser la mejor representación de los intereses de quienes financian la política y a los políticos.⁵⁴

Financiamiento ilegal de la política y derechos políticos

De la misma forma, en los casos de corrupción política mediante el financiamiento ilegal de las campañas, hay una afectación de los derechos políticos de los que participan como candidatos/as y de la ciudadanía. Los derechos político-electorales se consagran en todos los instrumentos generales de derechos humanos vigentes en Chile⁵⁵ y tienen un alcance amplio que comprende tres dimensiones: a) participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes; b) votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, y c) acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.⁵⁶ El ejercicio de los derechos político-electorales (literal b) supone condiciones

.....
53 Ver proyecto, el cual comienza con esta idea de igualdad como base de la reforma, en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=9500&prmTIPO=INICIATIVA>

54 Sobre esta materia, ver García, “Dinero y política”, *op. cit.*, pp. 15-16.

55 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.

56 Corte IDH, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 288, párr. 221. En el mismo sentido: Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127, párrs. 195 a 200, y Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párr. 106.

de igualdad para su ejercicio,⁵⁷ las que deben ser garantizadas por el Estado a fin de que todos los partícipes tenga real “oportunidad” de ejercerlos.⁵⁸ Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que este es un derecho que no solo se consagra a favor de los individuos, sino que es un derecho que se le reconoce a los ciudadanos, en tanto electores en los procesos electorales a los que son convocados para tomar decisiones colectivas.⁵⁹

El sistema democrático chileno se basa en procesos electorales donde se delibera para tomar una decisión colectiva (quién debe representarnos en la Presidencia y en el Parlamento). Para ello, se regula un periodo de campaña electoral donde los distintos candidatos pueden exponer y difundir sus ideas públicamente y así los ciudadanos toman sus decisiones y las expresan en el voto. El financiamiento ilegal de la política lo que produce es una distorsión en el goce y ejercicio de este derecho ya que, por una parte, se distorsionan las condiciones de igualdad entre los candidatos/as que fija la propia ley y, por otro lado, se distorsiona la información que llega a los electores para que se informen y tomen sus decisiones.

De esta forma, un sistema que basa su legitimidad en el hecho de que los intervinientes en el proceso actúen dentro de la ley y no saquen provecho ilegítimo utilizando mayores recursos que los permitidos, se ve afectado. Al distorsionar los gastos de las candidaturas por actos de corrupción, se rompen las reglas del juego democrático y las decisiones colectivas (a quién se elige) pierden legitimidad. Este es un aspecto interesante, ya que muestra una forma en que la corrupción (financiamiento ilegal de las campañas políticas) genera un impacto directo en el goce de un derecho humano (derecho a participar en el proceso electoral en condiciones de igualdad). Además, despeja otro tema que tiende a ser controvertido y es el de la causalidad, esto es, la posibilidad de establecer un vínculo directo entre el acto de corrupción y la violación de

.....
57 Fernando Ojesto ha señalado que debe existir un principio de equidad en la contienda electoral que consiste en “el establecimiento de parámetros y mecanismos para generar mínimos de igualdad de oportunidades en el desarrollo de la competencia política o electoral. Esta equidad no busca maximizar derechos de grupos vulnerables, sino permitir una competencia sin ventajas injustas” (Fernando Ojesto, “Derechos políticos, equidad e igualdad en la contienda electoral”, *Revista Derecho Electoral*, núm. 22, 2016, p. 11), para lo cual se deben adoptar medidas precisamente en materia de financiamiento que permitan dicha equidad electoral (*ibid.*, p. 12).

58 Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184, párr. 145.

59 *Idem.*

los derechos humanos.⁶⁰ Es así porque en los casos de financiamiento ilegal de la política el impacto de la corrupción en el proceso electoral es directo (el dinero ilícito altera las condiciones de la propaganda electoral permitida). De esta forma, también se resuelve otro tema importante y es el de la proporcionalidad de las sanciones frente a un acto de corrupción. En los casos de financiamiento ilegal de la política, la sanción razonable y proporcional sería la pérdida de los cargos obtenidos mediante actos ilícitos,⁶¹ ya que existe un vínculo directo entre la sanción y el beneficio ilícitamente obtenido y el perjuicio causado a los otros intervinientes (otros candidatos y ciudadanía que participó en el proceso electoral).

También se produce un impacto indirecto, porque las circunstancias en las cuales la ciudadanía toma sus decisiones ven afectadas, ya que esta no recibe información en condiciones de igualdad para tomar una decisión mediante una doble distorsión. Por una parte, tienen recursos más allá de lo pactado para entregar su mensaje y, por otro lado, estos candidatos/as distorsionan su mensaje al ocultar el financiamiento ilícito de su campaña, cuestión que sería relevante que conociera la ciudadanía al momento de emitir su preferencia electoral.

* * *

En síntesis, el financiamiento ilegal de la política afecta no solo a quienes intervienen directamente como candidatos/as en los procesos electorales, sino también a los electores y a la legitimidad misma del sistema democrático y el Estado de derecho. De esta forma, es evidente que no estamos ante un ilícito que no tenga víctimas. Claramente, hay víctimas directas e indirectas del actuar ilícito de los candidatos/as y quienes los financian ilegalmente.

Respuestas frente a la corrupción política en Chile

Para lograr una respuesta efectiva en casos de corrupción estructural es necesario que concurren dos elementos: indignación ciudadana que dé sustento a las modificaciones estructurales⁶² y liderazgo político que promueva reformas

.....
60 Anne Peters, "Corruption and human rights", *Working Serie Papers*, núm. 20, 2015.

61 La Constitución fue modificada en 2015 para imponer como sanción la pérdida del cargo parlamentario cuando se hayan "infringido gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral" (arts. 60 y 125, conforme Ley 20.870 promulgada el 9 noviembre de 2015).

62 Para una mirada de estos cambios desde la sociedad civil, ver <http://blog.ciudadanointeligente.org/post/138020644734/fundación-ciudadano-inteligente-el-azote-de-la>

con la profundidad necesaria. A continuación, se analizan algunas medidas tomadas en Chile durante los últimos años frente a los casos de corrupción política.⁶³

La respuesta desde los partidos políticos ha sido la tramitación de los proyectos de ley propuestos por el gobierno de Michelle Bachelet en el marco de la implementación de las medidas recomendadas por el Consejo Asesor Presidencial de 2015.⁶⁴ A la fecha ha sido aprobada una nueva ley de financiamiento de los partidos políticos (Ley 20.900), cuyo principal objetivo es fijar un financiamiento estatal para estos y prohibir los aportes de personas jurídicas o empresas. En todo caso, la ley mantiene la posibilidad de aportes menores de personas privadas en la medida en que sean sin publicidad. Además, la ley dispone una rebaja en el límite del gasto electoral. Esta nueva regulación va asociada a una sanción que es la pérdida del cupo parlamentario a quienes cometan infracciones graves a la legislación sobre el control y gasto electoral; asimismo, se establece una pena de carácter criminal para quienes obtengan aportes para candidaturas o partidos políticos que excedan en un 40 % los topes legales. En este mismo sentido, cabe destacar que en 2018 se aprobó una ley para aumentar las penas en casos de cohecho.⁶⁵ Un aspecto que parece criticable desde la institucionalidad anticorrupción es que, ha quedado muy clara la insuficiencia de la institucionalidad de control de la actividad electoral por parte del Servicio Electoral de Chile (Serval).⁶⁶

Desde el punto de vista sancionatorio, frente a los casos de corrupción denunciados y teniendo en cuenta el alto perfil político y poder económico de los involucrados, es fundamental el rol del Poder Judicial para dar garantías

.....
63 Seguimos en este punto la aproximación de Maldonado y Berthin, sobre los tres pilares de la respuesta eficaz: reformas institucionales y políticas; cambios de actitudes sociales; y, capacidad del Estado de fortalecer el Estado de derecho (Patricio Maldonado y Gerardo Berthin, "Transparency and developing frameworks to combat corruption in Latin America", *Southwestern Journal of International Law*, 2004, pp. 244-261).

64 El Informe completo del Consejo Asesor está en http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/04/Consejo_Anticorrupcion_Informe_Final.pdf

65 Sobre el proyecto, ver <http://www.minjusticia.gob.cl/proyecto-de-ley-agenda-de-probidad/>. Sobre el estado de tramitación en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11173

66 En 2015 se le dio autonomía constitucional (<https://www.servel.cl/presidenta-promulga-autonomia-constitucional-del-servel/>), pero aún no se ha hecho una reforma integral que le dé verdadera capacidad de control. Los aspectos transparencia y control sancionatorio han sido relevados como elementos fundamentales para la correcta regulación de la financiación de la política, ver en este sentido Casas-Zamora y Zovatto, "El costo de la democracia", *op. cit.*, pp. 15-17.

a la sociedad de que estos casos serán juzgados de forma independiente e imparcial. Afortunadamente, no se ha registrado ninguna denuncia que de alguna manera pudiera afectar la credibilidad de los tribunales de casos de corrupción, aun aquellos de alto perfil. No obstante, donde sí hay problemas es en el marco de la persecución penal de casos de corrupción política. En Chile, la principal responsabilidad está en el Ministerio Público, quien debe garantizar que la investigación de casos de corrupción sea eficaz e independiente,⁶⁷ pero infortunadamente, durante los últimos años, este organismo ha tomado medidas que parecieran ir en un sentido contrario al del sólido impulso investigativo que caracterizó el actuar de dicho Ministerio durante 2014 y 2015.⁶⁸

Desde el punto de vista de la respuesta de la sociedad civil debe tenerse presente que Chile es un país con una alta concentración de medios, todos ellos vinculados con importantes grupos económicos.⁶⁹ Sin perjuicio de este

.....
67 Constitución Política, artículo 83 inciso 1º: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

68 El cierre del caso Penta sin investigar la arista sobre cohecho (fiscal Guerra), la ausencia de investigación de empresas vinculadas con la arista de financiamiento ilegal de las candidaturas que no sea el caso SQM (Bibiochile.cl, “Caso SQM: Daza afirma que acusación de fiscal Gómez ‘no es garantía absolutamente de nada’”, en <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/entrevistas/2018/07/09/caso-sqm-daza-afirma-que-acusacion-de-fiscal-gomez-no-es-garantia-absolutamente-de-nada.shtml>), y las acusaciones de discriminación en la persecución del fiscal Gómez a cargo del caso SQM (Estrategia, “Caso SQM: Abogado de Pablo Longueira denuncia al fiscal Gómez ante Ministerio Público y solicita se abra sumario en su contra”, en <http://www.estrategia.cl/texto-diario/mostrar/1142384/caso-sqmabogado-pablo-longueira-denuncia-fiscal-gomez-ante-ministerio-publico-solicita-abra-sumario-contr>) han abierto una serie de críticas e incluso conflictos al interior de la institución (El Mostrador, “Abbott intenta bajarle el perfil a conflicto en Fiscalía: ‘No hay ninguna crisis’”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/30/abbott-intenta-bajarle-el-perfil-a-conflicto-en-la-fiscalia-no-hay-ninguna-tesis>). De ahí lo importante de la continuidad de la investigación en el caso de financiamiento ilegal y cohecho vinculados con la industria de la pesca (Corpesca).

69 Un reciente informe elaborado por el experto Luis Adolfo Breull para el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) a fines de 2015, revela que los grupos El Mercurio y Copesa (La Tercera) concentran el 80 % de la lectoría y el 83 % de la inversión publicitaria. Le sigue en importancia el grupo Metro, de distribución gratuita, que supera el 10 %. El informe usa un indicador llamado CR4 que mide la concentración de medios. El CR4 del mercado de la prensa se ubica en el 98 % (Observacom, “Informe revela que la concentración de medios en Chile es una de las más altas de la región”,

escenario de concentración de medios, no hay duda de que, a la fecha, los principales casos de corrupción han surgido y se han mantenido vigentes a partir de investigaciones periodísticas. Por otra parte, el rol jugado por la sociedad civil organizada es incipiente en materia de lucha contra la corrupción. No existen organizaciones fuertes dedicadas a este tema con capacidad de control efectivo. Está por verse si la sensación de impunidad que va instalándose a medida que se cierran los casos más llamativos de corrupción política sin sanciones efectivas y proporcionales será suficiente para reencantar a la ciudadanía con demandas de efectiva sanción y modificaciones institucionales en materia anticorrupción.

A modo de conclusión

El caso de Chile es un buen ejemplo del error que se comete al no asumir una postura más decidida en la investigación de los actos de corrupción ocurridos en la dictadura. Al no enfrentarlos, se generó un manto de impunidad que dio base para un proceso de captura del Estado por parte de intereses privados.

En este estudio se ha sostenido que la corrupción política no es un acto ilícito menor o sin víctimas, sino que tiene un enorme impacto en la idea de igualdad que es la base de la democracia chilena: el Estado de derecho tanto en la legitimidad de las instituciones como en la búsqueda del bien común; finalmente, hemos visto que la corrupción política impide que el Estado cumpla con la obligación de garantizar efectivamente los derechos político-electorales en condiciones de igualdad. Los casos de corrupción política que aquí hemos reseñado son un claro ejemplo de que la corrupción es mucho más que una cuestión de dinero.

Frente al destape de esta situación a través de varios escándalos mediáticos sobre corrupción política, se ha ido generando una respuesta desde distintos actores relevantes que configura un modelo de lucha contra la corrupción caracterizado por un fuerte énfasis en las reformas legislativas, una baja institucionalidad en materia anticorrupción y pocos mecanismos de control efectivo de la autoridad política. En materia de persecución penal, esta no ha demostrado una política criminal claramente dirigida a perseguir y castigar los principales casos de corrupción política, por lo que queda en la sociedad una sensación de impunidad que afecta la credibilidad del sistema

.....

en <http://www.observacom.org/informe-revela-que-la-concentracion-de-medios-en-chile-es-una-de-las-mas-altas-de-la-region/>).

punitivo, particularmente, del Ministerio Público. En cuanto al control ciudadano, el desarrollo de un periodismo de investigación aún es incipiente, la concentración de los medios no ayuda a su credibilidad y la sociedad civil organizada aún no está preparada para liderar la indignación ciudadana.

En síntesis, Chile aún tiene un enorme desafío para poder decir con propiedad que existe un camino cierto sobre cómo combatirá la corrupción política para que los escándalos que han sacudido a la sociedad no vuelvan a repetirse.

Bibliografía

- BARR, Joshua, Edgar PINILLA y Jorge FINKE, “A legal perspective on the use of models in the fight against corruption”, en *South Carolina Journal of International Law & Business*, 2012, pp. 267-273.
- CASAS-ZAMORA, Kevin y Daniel ZOVATTO, “El costo de la democracia: apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina”, 2015, en <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/The-Cost-of-Democracy-CasasZamora-Zovatto-Spanish.pdf>
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (Chile), *Informe final Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción*, 2015, en http://consejoanticorruptcion.cl/wp-content/uploads/2015/04/Consejo_Anticorruptcion_Informe_Final.pdf
- DAWOOD, Yasmin, “Classifying corruption”, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2014.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- GARCÍA, Jorge. “Dinero y Política. La cuadratura del círculo de la democracia en Latinoamérica”, 2001, en https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XIX-2001-Participacion_politica/JORGE%20M.%20GARCA%20LAGUARDIA.pdf
- HASEN, Richard, “Buckley is Dead, Long Live Buckley: The New Campaign Finance Incoherence of McConnell V. Federal Election Commission”, 153 *U. Pa. L. Rev.* 31, 2004, en http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol153/iss1/3
- HELLMAN, Joel y Daniel KAUFMANN, “La captura del Estado en las economías en transición”, *Revista Finanzas y Desarrollo*, 2001, en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>

- JOHNSTON, Michael, "Public officials, private interests, and sustainable democracy: When politics and corruption meet", en Kimberly Ann Elliott (ed.). *Corruption and the global Economy*, Peterson Institute for International Economics, en <http://bookstore.piie.com/book-store/12.html>).
- KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción*, La Paz, Editorial Quipus, 1990.
- LESSIG, Lawrence, *Republic Lost: How money corrupts congress – And a plan to stop it*, USA, Grand Central Publishing, 2011.
- LUTZ, Robert, "On combating the culture of corruption", *Southwestern Journal of Law and Trade in Americas*, núm. 263, 2004, pp. 263-265.
- MALDONADO, Patricio y Gerardo BERTHIN, "Transparency and developing frameworks to combat corruption in latin america", *Southwestern Journal of International Law*, 2004.
- MATAMALA, Daniel, *Poderoso Caballero. El peso del dinero en la política chilena*, Editorial Catalonia – UDP, Chile, 2015.
- NASH, Claudio, "Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno", *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica (Rediaj)*, núm. 8, 2017, pp. 353-408.
- OJESTO, Fernando, "Derechos políticos, equidad e igualdad en la contienda electoral", *Revista Derecho Electoral*, núm. 22, 2016.
- ORELLANA, Patricio, "Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre", *Polis Revista Latinoamericana*, núm. 8, 2004, en <https://polis.revues.org/6120?lang=en>
- PETERS, Anne, "Corruption and human rights", *Working Serie Papers*, núm. 20, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, "Political corruption and democracy", *14 Conn. J. Int'l L.*, núm. 372, 1999, pp. 368-372.
- SANDOVAL, Irma, "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, núm. 1, 2016, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-25032016000100119

Informes

- INFORME DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS en: <http://www.carlosmontes.cl/senador/las-privatizaciones-informe-comision-investigadora-de-la-camara-de-diputados/>
- INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA SOBRE LA PROBIDAD PÚBLICA Y LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN, 1994, en <http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH), *Informe Anual 2015: Situación de los Derechos Humanos en Chile*, INDH, Santiago de Chile, 2016.

Noticias

24 HORAS, “Marco Enríquez-Ominani es reformatizado por su participación en el caso SQM”, en <https://www.24horas.cl/politica/marco-enriquez-ominani-es-reformatizado-por-su-participacion-en-el-caso-sqm-2722688#>

AHORA NOTICIAS, “Tribunal rechaza solicitud de sobreseimiento del exministro Jorge Insunza”, en <http://www.ahoranoticias.cl/noticias/politica/195441-tribunal-rechaza-solicitud-de-sobreseimiento-del-ex-ministro-jorge-insunza.html>

BIBLIOCHILE.CL, “Caso SQM: Daza afirma que acusación de fiscal Gómez ‘no es garantía absolutamente de nada’”, en <https://www.biobiochile.cl/noticias/opinion/entrevistas/2018/07/09/caso-sqm-daza-afirma-que-acusacion-de-fiscal-gomez-no-es-garantia-absolutamente-de-nada.shtml>

CIPER, “Laurence Golborne sale por la ‘puerta trasera’ y da paso a elección de Longueira”, en <https://radio.uchile.cl/2013/04/29/laurece-golborne-baja-candidatura-presidencial/>

CIPER, “Caso Penta: La caja negra de las platas políticas que sacude a la UDI”, en <http://ciperchile.cl/2015/01/05/caso-penta-la-caja-negra-de-las-platas-politicas-que-sacude-a-la-udi/>

CIPER, “Así operó la máquina que armó Longueira para financiar su actividad política”, en <https://ciperchile.cl/2017/09/13/asi-opero-la-maquina-que-armo-longueira-para-financiar-su-actividad-politica/>

CIPER, “Financiamiento irregular de la política”, en <https://ciperchile.cl/especiales/financiamiento-irregular-politica/>

CIPER, “Gobierno invalida licitación de litio y renuncia subsecretario de Minería”, en <http://ciperchile.cl/radar/gobierno-invalida-licitacion-del-litio-y-renuncia-subsecretario-de-mineria/>

Ciper, “La lista completa: la verdad sobre las 1.123 empresas que financian la política en Chile”, en <http://ciperchile.cl/2015/04/23/la-lista-completa-la-verdad-sobre-las-1-123-empresas-que-financian-la-politica-en-chile/>

CIPER, “Urgencia máxima para nueva Ley de Pesca: solo limita a 20 años licencias perpetuas”, en <https://ciperchile.cl/tag/corpesca/>

CIPER, en <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Sentencia-Jovino-No-voa-caso-Penta.pdf>

- COOPERATIVA.CL, “Caso Riggs: Ballerino y otros 5 oficiales (r) fueron condenados por malversación”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/augusto-pinochet/patrimonio/caso-riggs-ballerino-y-otros-5-oficiales-r-fueron-condenados-por/2015-05-07/144036.html>
- COOPERATIVA.CL, “Fiscal Gómez y caso SQM: Existen antecedentes para imputar a Longueira por cohecho”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-sqm/fiscal-gomez-y-caso-sqm-existen-antecedentes-para-imputar-a-longueira/2018-07-10/081946.html>
- COOPERATIVA.CL, “Giorgio Martelli es reformado en caso SQM”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-sqm/giorgio-martelli-es-reformalizado-en-caso-sqm/2016-06-08/102840.html>
- COOPERATIVA.CL, “Laurence Golborne es formalizado en el marco del caso Penta”, en <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-penta/laurence-golborne-es-formalizado-en-el-marco-del-caso-penta/2016-06-29/072001.html>
- DIARIOUCHILE, “Autora de libro sobre Fuerzas Armadas: ‘La cultura militar es un enclave intocable’”, en <http://radio.uchile.cl/2014/09/28/autora-de-libro-sobre-fuerzas-armadas-la-cultura-militar-es-un-enclave-intocable/>
- DIARIOUCHILE, “Justicia amplía desafuero de senador Jaime Orpis por delitos tributarios”, en <https://radio.uchile.cl/2017/05/17/justicia-amplia-desafuero-de-senador-jaime-orpis-por-delitos-tributarios/>
- ECONOMÍA Y NEGOCIOS, “Tribunal condena a ex gerente general de Corpesca por delitos tributarios y sobornos reiterados”, en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=501882>
- EL MOSTRADOR, “Abbott intenta bajarle el perfil a conflicto en Fiscalía: ‘No hay ninguna crisis’”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/30/abbott-intenta-bajarle-el-perfil-a-conflicto-en-la-fiscalia-no-hay-ninguna-crisis>
- EL MOSTRADOR, “El top five de la colusión y la evasión de impuestos”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/02/02/el-top-five-de-la-colusion-y-la-evasion-de-impuestos/>
- EL MOSTRADOR, “Los correos donde Moreira le pide plata a Hugo Bravo: ‘Tú crees que se pueda un raspado de la olla para los últimos 100 m de campaña’”, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/01/04/los-correos-donde-moreira-le-pide-plata-a-carlos-eugenio-lavin-tu-crees-que-se-pueda-un-raspado-de-la-olla-para-los-ultimos-100-m-de-campana/>

EL MOSTRADOR, en <http://www.elmostrador.cl/media/2018/08/RIGSS-SUPREMA.pdf>

ENCUESTA CEP, “Estudio Nacional de Opinión Pública N° 77”, en http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuesta-cep_julio_agosto2016.pdf

ESTRATEGIA, “Caso SQM: Abogado de Pablo Longueira denuncia al fiscal Gómez ante Ministerio Público y solicita se abra sumario en su contra”, en <http://www.estrategia.cl/texto-diario/mostrar/1142384/caso-sqma-bogado-pablo-longueira-denuncia-fiscal-gomez-ante-ministerio-publico-solicita-abra-sumario-contr>
<https://www.latercera.com/politica/noticia/fiscalia-cierra-causas-dos-tercios-los-imputados-caso-sqm/58495/#>

LA TERCERA, “Cohecho: el esquivo delito de los casos de platas políticas”, en <https://www.latercera.com/reportajes/noticia/cohecho-esquivo-delito-los-casos-platas-politicas/198982/#>

LA TERCERA, “Contraloría cuestiona decisión del SII de no presentar querellas por financiamiento a campañas políticas”, en <http://www2.latercera.com/noticia/contraloria-cuestiona-decision-del-sii-no-presentar-querellas-financiamiento-campanas-politicas/>

LA TERCERA, “Fiscalía cierra causas contra dos tercios de los imputados en caso SQM”, en Observacom, “Informe revela que la concentración de medios en Chile es una de las más altas de la región”, en <http://www.observacom.org/informe-revela-que-la-concentracion-de-medios-en-chile-es-una-de-las-mas-altas-de-la-region/>

T13, en <http://www.t13.cl/etiqueta/velasco-y-caso-penta>

Jurisprudencia

CORTE IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párr. 106.

CORTE IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127.

CORTE IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 184.

CORTE IDH, Caso Argüelles y otros vs. Argentina, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 288.

■ EL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (PAE) EN COLOMBIA: DE LA CORRUPCIÓN A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Vivian Newman Pont*

María Paula Ángel Arango**

Introducción

Colombia obtuvo un puntaje de 37/100 en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparencia Internacional, siendo 100 percepción de ausencia de corrupción y 0 percepción de muy corrupto. En esa medida, ocupó el puesto 96 entre 180 países.

¿Cómo hemos llegado a alcanzar ese deshonroso lugar? En el caso de Colombia, la corrupción se debe tanto a condiciones sociopolíticas y culturales como a condiciones institucionales que favorecen o facilitan la reproducción de la corrupción en el país.¹ En lo que respecta al primer grupo de condiciones, en el país contamos con una debilidad institucional del Estado que, en conjunto con el clientelismo y el narcotráfico que han imperado por años, desembocan en lo que se conoce como la “cultura del incumplimiento de reglas”.² Esto se explica porque “estos fenómenos generan una concepción flexible y negociable de la ley, y por ende, una determinada disposición cultural frente a las reglas”.³

.....

* vnewman@dejjusticia.org

** mp.angel139@uniandes.edu.co

1 Para un análisis completo sobre estas condiciones, ver Vivian Newman Pont y María Paula Ángel Arango, “Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, *Cuadernos de Fedesarrollo*, núm. 56, Bogotá, Fedesarrollo, 2017.

2 Mauricio García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009.

3 Newman Pont y Ángel Arango, “Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, *op. cit.*, p. 21.

Por su parte, las condiciones institucionales que favorecen o facilitan la reproducción de la corrupción en el país pueden resumirse en la siguiente fórmula:⁴ $C = M + D - A - S$, en donde: C = corrupción, M = poder monopólico, D = discrecionalidad del funcionario, A = rendición de cuentas (*accountability*) y S = probabilidad de investigación y sanción. En concreto, en Colombia tenemos determinados escenarios de poder monopólico y de generación de rentas competitivas (M), como la contratación estatal o el otorgamiento de licencias y permisos para actividades económicas, en donde a pesar de que se ha intentado reducir el margen de discrecionalidad de los funcionarios públicos (D), se han creado mecanismos legales e ilegales que logran burlar la competitividad y objetividad pretendida en esos escenarios. Asimismo, si bien el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una gran cantidad de normas y entidades públicas encaminadas a aumentar la rendición de cuentas (A) y la probabilidad de investigación y sanción (S), su eficacia se ha encontrado con varios obstáculos de implementación y coordinación.

Este panorama propicio para la corrupción es a su vez perjudicial para la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la corrupción distorsiona la democracia representativa, pues genera privilegios injustificados para influenciar la toma de decisiones.⁵ Así, por ejemplo, los congresistas corruptos, cuando tienen acceso al desglose del presupuesto de inversión, abusan del poder de proponer su direccionamiento y tienen en cuenta sus propios intereses y los de sus aliados, y no necesariamente los intereses comunitarios y públicos que representan. Igualmente, impacta el Estado de derecho, pues al disminuir la confianza de los ciudadanos en las instituciones, hace que estos busquen remedios alternativos a los provistos por el Estado. Incluso, esta pérdida de legitimidad institucional genera un efecto perverso de disminución en el pago de impuestos, pues “las personas afectadas no ven por qué deben pagar al

.....

4 Esta fórmula fue inicialmente propuesta por Robert Klitgaard, quien planteó que la corrupción (C) florece cuando un decisor detenta un poder monopólico sobre un conjunto de decisiones (M), existe discrecionalidad para que este decisor tome dichas decisiones (D), y en el sistema hay pocos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (A, de *accountability*). Al respecto, ver Robert Klitgaard, *International Cooperation Against Corruption. Finance and Development*, vol. 35, núm. 1, 1998, pp. 3-6. Sin embargo, siguiendo lo planteado por Arvind Jain, a esta fórmula inicial le añadimos el énfasis en la probabilidad de que el acto corrupto sea investigado y sancionado (S). Al respecto, ver Arvind Jain, “Corruption: a Review”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp. 71-121.

5 Yasmin Dawood, *Classifying Corruption*, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, núm. 9, 2014, pp. 103-133.

Gobierno dos veces –una vez a través de impuestos y otra vez directamente a funcionarios gubernamentales corruptos–”⁶

Por último, la corrupción afecta de muchas maneras los derechos humanos de los colombianos. Por un lado, los actos de corrupción dan lugar a violaciones directas de derechos humanos, porque se impide cumplir con la prestación respectiva, como cuando hay menos medicamentos para garantizar el derecho a la salud, por efecto de la corrupción. Asimismo, la corrupción es un obstáculo para la protección de los derechos humanos, pues al generar la pérdida de recursos, limita la capacidad del Estado de garantizar esos derechos con el máximo de sus recursos disponibles. Finalmente, afecta el deber del Estado de tomar decisiones que beneficien a la ciudadanía de manera general y equitativa, sin consideraciones o privilegios especiales (más allá de las acciones afirmativas). Como resultado, se formulan políticas públicas (p. ej., Agro Ingreso Seguro) que favorecen solo a quienes tienen influencias o poder económico para ofrecer un soborno. En conclusión, la corrupción “constituye [...] –en un sentido muy general– la negación de la idea de los derechos humanos”⁷, pues evade la condición necesaria para que estos sean respetados, y se constituye en el imperio de la ley.

A pesar de ello, en Colombia son escasas las referencias que se hacen al vínculo entre corrupción y derechos humanos.⁸ De hecho, ni siquiera la

6 Anne Peters, *Corrupción y Derechos Humanos*, Heidelberg, Basel Institute on Governance, 2015, p. 20.

7 *Ibid.*, p. 9.

8 Dentro de las existentes, se resalta la relación explícita que hizo la Corte en la Sentencia T-466 de 2016, en donde señala a la corrupción como una de las tres causas que impiden que las medidas existentes y las recientemente tomadas por el Estado evidencien avances en la resolución de la crisis humanitaria que vive la niñez wayúu en el departamento colombiano de La Guajira y que vulnera sus derechos fundamentales. Sin embargo, por su relación con el caso de estudio aquí analizado, el contenido de esta sentencia será abordado más adelante en el texto.

También contamos, aunque de manera menos clara y contundente, con el pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 27 de abril de 2016 (Radicado 25000232600020110047901). En esa sentencia, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado por desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales practicadas por bandas de agentes de la policía que instalaban retenes a la madrugada, obligaban a las víctimas a descender del vehículo y ejecutaban a los conductores, quienes luego aparecían en otra zona de la región. La Corte consideró que en ese caso el daño antijurídico sufrido por las demandantes configuraba una vulneración grave y flagrante de derechos humanos, y que el título de imputación de la responsabilidad del Estado correspondía a la falla de servicio por la omisión de la Policía Nacional respecto del control y vigilancia sobre los hombres a su cargo, y, en particular, respecto del deber de “examinar el proceder de sus hombres con el fin de prevenir y enfrentar todo tipo de actos de corrupción”. Así, si bien en este caso se

Procuraduría General de la Nación suele hacerlo, a pesar de contar con la doble calidad de ser uno de los abanderados de la lucha contra la corrupción, y quien tiene la función constitucional de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad.⁹

Por eso mismo –y porque los órganos de control (Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación) y la Fiscalía General de la Nación ni siquiera han establecido con certeza cuáles son los casos que se consideran corrupción–, tampoco es fácil identificar los derechos humanos que más se violan en Colombia por cuenta de la corrupción. Si acaso, se podría pensar que la identificación de los sectores administrativos en donde más se dan actos de corrupción podría darnos luces sobre los principales derechos violados.¹⁰ En ese sentido, los resultados del Índice de Transparencia Nacional (ITN) elaborado por Transparencia por Colombia podrían ofrecernos alguna tenue luz. De acuerdo con los resultados de las vigencias 2013-2014 y 2015-2016, los sectores administrativos de Colombia con mayores riesgos de corrupción son los de Agricultura y Desarrollo Rural, Justicia y del Derecho, Vivienda, Ciudad y Territorio, e Interior. De esta manera, se podría suponer –basados en el vínculo indirecto entre transparencia y corrupción– que en Colombia los derechos humanos con mayor tendencia a la vulneración por la corrupción pueden ser, entre otros, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, los derechos a un juicio justo y a una reparación eficaz, el derecho a una vivienda digna y adecuada, el derecho a la propiedad y el derecho al agua. Sin embargo, esta lista de derechos es solo ilustrativa, pues además de que una gran dificultad en el estudio de la corrupción es su carácter oculto, tal y como lo plantea el Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, “la interdependencia de todos los derechos humanos debe tenerse presente. En la práctica, la corrupción puede afectar el disfrute de varios derechos simultáneamente”.¹¹

.....
habla tanto de violaciones de derechos humanos como de actos de corrupción, en ningún momento se llega a reconocer de manera explícita que dichos actos son los que generan las mencionadas vulneraciones.

⁹ Artículo 277 de la Constitución Política.

¹⁰ Esto, pues tal y como lo señala Anne Peters, “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 - Pidesc); en el sector educativo, el derecho a la educación (art. 13 Pidesc) está en juego” (Peters, *Corrupción y Derechos Humanos*, op. cit., p. 12).

¹¹ Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el Vínculo*, Monterrey, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2009, p. 35.

Entonces, dada la ausencia de una relación establecida entre actos de corrupción y vulneraciones de derechos humanos, y, en general, de una perspectiva de derechos humanos en el análisis y el abordaje de los casos de corrupción de Colombia, en el presente capítulo pretendemos explorar, con fines ilustrativos, un caso de corrupción de nuestro país desde la perspectiva de los derechos humanos.

Caso representativo de la corrupción en Colombia

Dentro de los múltiples casos de corrupción que ha enfrentado Colombia resalta, por su gran impacto sobre los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el caso del Programa de Alimentación Escolar (PAE). El PAE es una estrategia del Gobierno nacional de Colombia encaminada a brindar un complemento alimentario a niños, niñas y adolescentes de todo el territorio nacional registrados como estudiantes oficiales. Al asegurar la alimentación de los niños en la escuela, este programa tiene como objetivos inmediatos “contribuir a mejorar las tasas de matrícula escolar, estabilizar las de asistencia, reducir el ausentismo y mejorar la capacidad de concentración y asimilación de información por parte de los niños”.¹² Lo anterior, pues se parte de la base de que los programas de alimentación escolar incentivan a los padres a enviar a sus hijos a la escuela y contribuyen a que estos mejoren su rendimiento.

Con el fin de alcanzar coberturas universales, la orientación, ejecución y articulación del PAE pasó del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a estar a cargo del Ministerio de Educación Nacional (MEN), de manera concurrente con las entidades territoriales (art. 136, Ley 1450 de 2011). Sin embargo, la reglamentación de dicho artículo solo se dio hasta 2015, cuando por medio del Decreto 1852 y de la Resolución 16432 se reglamentó la operación descentralizada total del PAE, que empezaría a operar a partir del año 2016. Desde entonces, el MEN está encargado de dictar los lineamientos técnico-administrativos y los estándares del programa, y de realizar seguimiento y acompañamiento para su preparación y ejecución, a partir de la generación de alertas y la gestión de acciones de mejora con cada una de las entidades territoriales. Por su parte, las Entidades Territoriales Certificadas (ETC) están a cargo de adelantar los procesos de selección y contratación de

.....

¹² Ministerio de Educación Nacional de Colombia, *Lineamientos técnico administrativos y estándares del Programa de Alimentación Escolar (PAE)*, Bogotá, Ministerio de Educación, 2013, p. 9.

los operadores del programa, y de garantizar la prestación del servicio de alimentación desde el primer día del calendario escolar y durante la respectiva vigencia. Además, se estableció que la financiación del programa se haría a través de un sistema de cofinanciación que estaría a cargo de la nación, los departamentos, los distritos y los municipios.

Hechos

Los hechos de corrupción sucedidos alrededor del PAE fueron conocidos entre los meses de julio de 2015 y julio de 2018, a través de denuncias de docentes, de investigaciones periodísticas o de informes de las autoridades de vigilancia y control. Sin embargo, no es posible hablar de un único conjunto de hechos. Por el contrario, los abusos o las desviaciones del poder delegado para beneficio privado¹³ que ocurrieron en relación con el PAE pueden clasificarse en cinco *modalidades de actuación*, distintas. A continuación se expone cada una de ellas, con ejemplos ilustrativos¹⁴ identificados a partir de la revisión de prensa de los principales medios de comunicación del país.

a) Cartelización de oferentes del PAE en Bogotá

En septiembre de 2017 salió a la luz un “cartel de las frutas” entre oferentes del PAE en Bogotá.¹⁵ Su *modus operandi* consistía en boicotear la licitación de frutas y hortalizas del PAE para declararla desierta y que las entidades se vieran obligadas a abrir un nuevo proceso con precios más elevados. Además, las empresas involucradas se coordinaban para impedir que otros proponentes participaran, y se asociaron para no competir entre ellas, mantener precios altos y repartirse el mercado.

Casi dos años después, en julio de 2018, se conoció otro escándalo similar también en la ciudad de Bogotá.¹⁶ En esta ocasión se encontró que desde el 2007 hasta el 2017, un grupo de contratistas se habría encargado de manipular 21 procesos de contratación pública relacionados con el PAE de

.....
13 Esta definición de corrupción ha sido propuesta por Transparencia Internacional y es la más utilizada en la literatura en la materia.

14 Si bien en el presente escrito se incluyen ejemplos de 13 departamentos, en un balance dado por la Fiscalía General de la Nación en noviembre del 2017 se reveló que son alrededor de 24 los departamentos afectados por la corrupción en programas del Gobierno destinados a los niños. Ver Caracol, “Ya son 24 los departamentos con corrupción en el PAE”, 25 de noviembre de 2017.

15 El Espectador, “SIC formula pliegos a presunto ‘cartel de las frutas’ en alimentación escolar”, 1 de septiembre de 2017.

16 El Tiempo, “Los chats de la repartija de \$ 1,5 billones en refrigerios”, 06 de julio de 2018.

Bogotá, con el fin de acceder a los contratos, lo que afectó el mercado y la libre competencia.¹⁷

b) Captura del proceso de selección de operadores del PAE en el Valle del Cauca

En marzo de 2017 se supo el caso de corrupción de Cartago, Valle del Cauca,¹⁸ en donde el proceso de adjudicación del contrato del PAE, por un valor de \$2132 millones, fue inicialmente revocado, solo para entregarlo al otro contratista con el que ya habían coordinado el fraude. Sumado a ello, los funcionarios de la Alcaldía le permitieron al propio contratista que elaborara los pliegos de condiciones a la medida de su empresa. Asimismo, le pidieron a ese empresario que manejara la interventoría del contrato que ejecutaría. Incluso, ese mismo contratista fue el que seleccionó a la nutricionista que en una junta evaluó las propuestas de los interesados en el contrato de desayunos escolares.

c) Sobrecostos en los contratos del PAE en La Guajira, Amazonas y Bolívar

En agosto de 2015 se conoció el caso de Uribia, La Guajira,¹⁹ en donde se encontró que el municipio pagó un costo injustificado por cada ración de complemento alimentario dentro de los contratos bajo examen para las vigencias 2014 y 2015. Por su parte, en mayo de 2017 se detectaron sobrecostos superiores a los \$297 millones de pesos (US\$ 96 mil) en un contrato de alimentación para estudiantes de internados de Leticia y Puerto Nariño, Amazonas. “La Contraloría logró establecer la existencia de graves irregularidades en la estructuración de los estudios y documentos previos que sirvieron de base para el cálculo del valor del contrato, y que dieron lugar al pago de sobrecostos en varios de los ítems contratados”.²⁰ Finalmente, en noviembre de

.....

17 Con el fin de no competir por cada una de las zonas objeto de adjudicación, los miembros del cartel: i) se presentaban como proponentes únicos en una determinada zona; ii) aparentaban estar en competencia, pero uno de ellos ofrecía el ahorro mínimo permitido según las reglas de la licitación y su contraparte (y aliado), simulando competir, renunciaba a realizar cualquier contraoferta; o, iii) en caso de enfrentarse a uno o varios oferentes que no fueran parte del cartel, por medio de presiones y tutelas eliminaban a la competencia. Incluso, llegaron a presentar acciones de tutela encubiertas a nombre de sus trabajadores para solicitar que se cambiaran las reglas de adjudicación alegando un supuesto riesgo de desempleo.

18 Revista Semana, “Así se roban la plata de los desayunos escolares en Cartago”, 9 de marzo de 2017.

19 Revista Semana, “En La Guajira también rinden cuentas por irregularidades en los programas de alimentación”, 26 de abril de 2016.

20 Contraloría General de la República, “Por contrato de alimentación escolar con sobrecostos, niños del Amazonas se alimentaron con huevos de casi mil pesos”, 19 de mayo de 2017.

2017, la Contraloría General denunció estrafalarios precios en las compras del PAE de Cartagena, Bolívar.²¹ Para el efecto, se expuso como ejemplo la compra de pechugas de pollo por valor de \$40.000 por unidad, cuando en los meses precedentes la misma pechuga había sido facturada a \$7.000 pesos cada una, lo cual denotaba un abuso del poder de compra encomendado.

d) Proveedores ficticios del PAE en Santander

En febrero de 2017 salió a la luz el caso de Santander,²² en donde los operadores del PAE giraron recursos a proveedores ficticios en municipios apartados de Tolima, Huila y Meta. A partir de las investigaciones se encontró que las organizaciones que supuestamente suministraban los alimentos no existían, estaban inactivas o en proceso de liquidación y en la mayoría de los casos no cumplían con el objeto social para desarrollar esta actividad económica. Por ejemplo, se celebró un contrato con la Asociación de Operadores de Grúas T&A para el suministro de tamales a los niños de la región.²³

e) Redes de operadores del PAE en ocho departamentos

Desde 2015 empezó a denunciarse que en diferentes departamentos de Colombia, como Chocó,²⁴ Córdoba,²⁵ Atlántico y La Guajira,²⁶ Antioquia,²⁷ Cesar,²⁸ Arauca²⁹ y Putumayo,³⁰ los operadores del PAE estaban incumpliendo con las obligaciones del contrato. En particular, se conoció que los niños no estaban recibiendo el número o la cantidad de las raciones contratadas, que había víveres en mal estado, que no había condiciones de infraestructura ni de higiene óptimas para la manipulación de la comida y que había problemas

.....
21 El Heraldo, “Una ferretería vendió las pechugas a \$40.000 para el programa PAE en Cartagena”, 25 de noviembre de 2017.

22 Fiscalía General de la Nación, “Operación ‘Guane Fase I’ contra la corrupción en Santander”, *Boletín* 22541, de 24 de noviembre de 2017.

23 La Nación, “Empresa de grúas se quedó con contrato de tamales de \$ 30 millones para los niños”, 25 de noviembre de 2017.

24 Revista Semana, “Los alimentos que no llegan a las escuelas de Chocó”, 25 de julio de 2015.

25 Revista Semana, “Historia de una polémica empresaria de Córdoba”, 18 de julio de 2015.

26 Revista Semana, “Lupa a la alimentación escolar”, 10 de agosto de 2015.

27 Revista Semana, “Ahora es Apartadó con problemas en el programa de alimentación escolar”, 14 de octubre de 2015.

28 Revista Semana, “El indignante video de la precaria alimentación de niños en Aguachica”, 31 de marzo de 2015.

29 Revista Semana, “En Arauca investigan irregularidades en el Programa de Alimentación Escolar”, 4 de agosto de 2016.

30 Revista Semana, “La precaria alimentación que reciben los niños en colegios de Putumayo”, 15 de febrero de 2017.

en la contratación del personal encargado. Incluso, en los casos de Chocó³¹ y Arauca³² varios niños resultaron intoxicados con alimentos que hacían parte del PAE. La investigación de estos incumplimientos contractuales por parte del Ministerio de Educación Nacional reveló el ejercicio de conductas corruptas por parte de las empresas que fueron finalmente adjudicatarias de esos contratos. En concreto, se trataría de tres redes de operadores, manejadas por tres mujeres o “zarinas” de la alimentación escolar,³³ que monopolizaban la contratación del PAE en algunas regiones del país a través de: i) cambios en la denominación de entidades sin ánimo de lucro o variaciones en la representación legal de estas fundaciones, o agrupaciones en consorcios y uniones temporales que “han permitido a algunos operadores ocultar información relacionada con posibles incumplimientos [pasados] al momento de ser seleccionados para operar el PAE”³⁴; y ii) la creación de fundaciones y consorcios que participan en licitaciones al mismo tiempo para ganar con alguna de las firmas.³⁵

Análisis jurídico del caso a la luz de los derechos humanos

A partir de las cinco modalidades de actuación de los actores corruptos antes descritas es posible identificar, al menos, los siguientes actos de corrupción: i) colusión (modalidad *a* y parcialmente *e*); ii) soborno (modalidad *b*); iii) malversación (modalidad *c*); y iv) fraude (modalidades *d* y parcialmente *e*). Además, partiendo de su estudio es posible concluir que estos actos responden a una práctica estructural, entendida como “una actividad de redes y grupos de poder”,³⁶ pues se han cometido en al menos 24 de los 32 departamentos que tiene Colombia, y con actores (en particular contratistas del Estado) que

.....

31 El Tiempo, “Cierran jardín infantil en Quibdó por intoxicación de niños”, 13 de octubre de 2015.

32 Revista Semana, “En Arauca investigan irregularidades en el Programa de Alimentación Escolar”, 4 de agosto de 2016.

33 Revista Semana, “Operadores de alimentación escolar denunciados gestionaban cerca de \$1 billón”, 22 de abril de 2017.

34 El Colombiano, “Así operaban tres de las redes de corrupción en la alimentación escolar”, 22 de abril de 2016.

35 Revista Semana, “Los estudiantes chocoanos a los que no les llegan los alimentos”, 29 de agosto de 2016.

36 Claudio Nash, María Luisa Bascur, Pedro Aguiló y Matías Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, en *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014, p. 112.

en muchos de los casos se repiten. En otras palabras, parece como si en la implementación del PAE la corrupción se hubiera convertido en una práctica generalizada, “transformá[ndose], de hecho, en el código de conducta operativo”.³⁷

Si buscamos identificar a los perpetradores o actores corruptos, encontraremos que en el presente caso se trata de particulares (modalidades *a*, *b* y *e*), terceros contratistas del Estado (modalidades *c* y *d*), o funcionarios públicos (modalidades *b*, *c* y eventualmente *d* y *e*, si su complicidad es demostrada en las investigaciones penales, fiscales y disciplinarias de los casos de operadores ficticios y de redes de operadores). En esa medida, salvo por las modalidades *a* y parcialmente *e* (cartelización de oferentes del PAE y cambio de razón social para ocultar sanciones anteriores) que corresponden a actos de corrupción privada, se trata en su mayoría de actos de corrupción pública, en los que “el poder o la confianza provienen del sector público [...], así alguna de las partes involucradas pertenezca al sector privado”.³⁸

Por su parte, estos distintos actos han afectado a un grupo determinado de víctimas, a saber: los niños, las niñas y los adolescentes de todo el territorio nacional registrados como estudiantes oficiales. Grupo que, junto a otros grupos vulnerables como las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de edad, los pobres, los pueblos indígenas o los integrantes de minorías, se ven particularmente expuestos y a la vez afectados por la corrupción. Lo anterior, pues “es su propia vulnerabilidad la que hace a ciertos grupos víctimas fáciles de la corrupción”,³⁹ tienen menos capacidad de defenderse, y, al mismo tiempo, este tipo de conductas refuerzan y perpetúan su exclusión social.

En concreto, los actos de corrupción cometidos en el contexto del PAE violaron de manera *directa* el derecho a la alimentación de esos niños, niñas y adolescentes, y, en algunos casos (sobre todo cuando se suministraron alimentos en mal estado), su derecho a la salud. Asimismo, recordemos que el objetivo final del PAE es promover el acceso y la permanencia de los niños en

.....
37 Nash, Bascur, Aguiló y Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 113.

38 UNODC, *Tipologías de corrupción*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2015, p. 15.

39 Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo* (Monterrey: Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2009), 10.

las escuelas oficiales.⁴⁰ En esa medida, estos actos también violaron de manera *indirecta* su derecho a la educación, pues son “un factor esencial en la cadena de acontecimientos que condujeron a la transgresión”⁴¹ de dicho derecho. Así, si los niños dejan de recibir la alimentación escolar o la reciben en mal estado, el incentivo para asistir a las aulas se reduce y, por ende, aumenta la deserción escolar.⁴² Incluso, se podría plantear que la deserción escolar o el bajo rendimiento académico que se derive de la ausencia o deficiencia de alimentación de niños, niñas y adolescentes víctimas pueden tener un vínculo remoto⁴³ con la dificultad que tendrán estos individuos para acceder en un futuro a otros derechos económicos, sociales y culturales, como pueden ser el derecho al trabajo o a una vivienda adecuada.⁴⁴

En consecuencia, este es uno de los casos en los que “la corrupción, [...], puede magnificar y exacerbar los problemas de derechos humanos que ya existían para esos grupos”.⁴⁵

Aparte de eso, y tal como se plantea en el Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, la corrupción que rodea al PAE afectó también a la sociedad colombiana en general.⁴⁶ Lo anterior, teniendo en cuenta: i) el costo de oportunidad de los recursos económicos que se deben destinar para reponer los que han sido perdidos por

.....

40 Ministerio de Educación Nacional, *Plegable General PAE*, Bogotá, Ministerio de Educación.

41 Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, Monterrey, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2009, p. 34.

42 Beryl Levinger, “La alimentación escolar: El mito y lo hacedero”, *Revista Perspectivas*, vol. 14, núm. 4, 1984.

43 Nash, Bascur, Aguiló y Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, *op. cit.*

44 En palabras del Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos: “Esto trae como consecuencia un impacto negativo desproporcionado para los grupos vulnerables quienes, sin acceso a la educación (o con acceso soloso a una educación de mala calidad), tienen muy pocas oportunidades, o ninguna, para romper el círculo de la pobreza. Como resultado, la corrupción en el sector de la educación es un catalizador para otras graves violaciones de derechos. Los niños que abandonan las escuelas [...], en el futuro ganarán menos y, con mayor probabilidad, trabajarán en empleos de más riesgo y tendrán una vida más corta” (Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos, op. cit.*, p. 64).

45 *Ibid.*, p. 10.

46 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*. A/HRC/28/73 de 5 de enero de 2015.

actos de corrupción; y, ii) la deslegitimación de la democracia y del Estado de derecho, que se genera como producto de la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Pero, además, la violación de los derechos antes mencionados pudo implicar a su vez el incumplimiento de varias obligaciones internacionales que reposan en cabeza del Estado. Por un lado, los hechos de corrupción que han rodeado al programa de alimentación escolar dan cuenta de que el Estado dejó de cumplir con sus obligaciones de respeto de los derechos a la alimentación, a la salud y a la educación de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en los artículos 11, 12 y 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), y 10, 12 y 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante Protocolo de San Salvador), respectivamente. Lo anterior, pues con el actuar corrupto de algunos de sus funcionarios públicos o de ciertos operadores del PAE (que son contratistas del Estado), ha privado a los niños de sus derechos a la alimentación y a la educación.⁴⁷

Del mismo modo, una auditoría de desempeño a los recursos asignados al PAE adelantada por la Contraloría General de la República para la vigencia 2016⁴⁸ da cuenta de que: i) los sistemas de información del PAE con los que contaba el MEN no permiten hacerle seguimiento a la totalidad de sus actividades y productos y, por tanto, tampoco permiten adoptar correcciones oportunas de las falencias del servicio; ii) durante el 2016 el MEN no identificó los riesgos asociados a todos los procesos del programa, ni diseñó controles específicos y oportunos para su mitigación; iii) el PAE adolecía de instrumentos certeros de medición; y, iv) ni el Ministerio ni las entidades territoriales han establecido indicadores coherentes que permitan vigilar y controlar el cumplimiento de los objetivos del programa, y los actuales resultan incompletos, impertinentes e inaplicables. Entonces, al no ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control sobre la implementación de ese programa, el Estado colombiano se abstuvo de prevenir la violación de los

.....
47 En materia de salud, el literal a) del artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 establece expresamente la obligación de “abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas”.

48 Contraloría General de la República, *Evaluación del Programa de Alimentación Escolar – PAE: demoras en la contratación y en la ejecución de los recursos durante 2016*. Comunicado de prensa 108, de 8 de agosto de 2017.

derechos de los niños, las niñas y los adolescentes por parte de terceros ajenos al Estado (los oferentes del PAE, que aún no son contratistas del Estado)⁴⁹ y, en esa medida, también violó parte⁵⁰ de sus obligaciones de protección de los derechos aquí en juego. De hecho, podría afirmarse que incluso en caso de que los actos de corrupción que rodean al PAE no se hubieran cometido, la ausencia de suficientes mecanismos de monitoreo y control sobre el programa era suficiente para incumplir sus obligaciones de protección. Al respecto, debe recordarse 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”.⁵¹

Por su parte, las fallas de monitoreo y control también llevan a concluir que se ha violado la obligación de garantía de los derechos a la alimentación, a la salud y a la educación, pues debe recordarse que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales la misma no se agota con el establecimiento de programas sociales como el PAE. Por el contrario, es imperativo que se implementen también medidas de transparencia, monitoreo y control de la discrecionalidad de quienes los manejan, para asegurar que los mismos en efecto lleguen a sus destinatarios. De lo contrario, “si estos programas carecen de transparencia, no son monitoreados con rigor, o son totalmente discrecionales se brinda mayores oportunidades para el clientelismo y otras formas de corrupción”.⁵²

Por último, la materialización de la corrupción en los programas sociales violó también la obligación de dar cumplimiento progresivo a los derechos económicos y sociales aquí involucrados. Tal como se establece en el artículo 2.1 del PIDESC y en el artículo 1º del Protocolo de San Salvador, dicha obligación

.....

49 En materia de salud, el literal e) del artículo 5 de la Ley 1751 de 2015 establece expresamente la obligación de “ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto”.

50 Se dice que parte, pues, tal y como se verá en la siguiente sección, una vez conocidos los distintos escándalos de corrupción que rodean al PAE, las autoridades competentes han reaccionado de manera diligente y oportuna, iniciando las respectivas investigaciones y proponiendo algunas de las reformas institucionales a que haya lugar. En esa medida, el Estado parece haber cumplido al menos en lo que respecta a la *obligación de protección* consistente en “brindar acceso a remedios legales, cuando las violaciones han ocurrido, así prevenir pérdidas mayores” (Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos*, op. cit., p. 30).

51 Peters, *Corrupción y derechos humanos*, op. cit., p. 18.

52 Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos*, op. cit., p. 54.

implica, entre otras, el deber implícito de disponer del máximo de los recursos disponibles para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales.⁵³ Sin embargo, la malversación de fondos públicos que se genera con la corrupción hace todo lo contrario: “da prioridad al financiamiento del estándar de vida de funcionarios públicos de alto nivel [o de particulares corruptos] por encima del respeto de los derechos humanos sociales”.⁵⁴

De hecho, es posible concluir que con estos actos corruptos se dejó de respetar también la obligación de no discriminación contemplada en el artículo 2.2 del Pidesc y en el artículo 3° del Protocolo de San Salvador. Al respecto, cabe recordar que “para saber si estamos ante un caso de discriminación no importa cuál es empíricamente la motivación que guía a los agresores, lo relevante es que ciertas personas que comparten una condición especial sufran vulneraciones a sus derechos humanos de manera desproporcionada”.⁵⁵ Así, en este caso lo relevante es notar que las víctimas de la violación de los derechos que aquí se aducen son personas que forman parte de un grupo en condición de vulnerabilidad e indefensión que constitucionalmente es prevalente y superior: el de los niños, las niñas y los adolescentes. Incluso, se podría aseverar que otra de las condiciones que los une es su condición económica de pobreza, pues en las escuelas oficiales colombianas no es común encontrar representación de estratos socioeconómicos altos, condición que según el artículo 3° del Protocolo de San Salvador no puede ser motivo para promover un acceso desigual a los derechos.

A nuestro modo de ver, el incumplimiento de obligaciones internacionales antes descrito acarrea la responsabilidad tanto nacional como internacional del Estado. Así, a nivel nacional se podría establecer la responsabilidad extracontractual del Estado en la medida en que: i) dicho incumplimiento generó un daño antijurídico, pues los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los actos de corrupción no tenían el deber jurídico de soportar la violación de sus derechos; ii) dicho daño es fácticamente imputable al Estado colombiano, pues existe un nexo de causalidad entre el daño antijurídico y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales por parte del Estado, de tal forma que dicho incumplimiento fue el que condujo materialmente a la violación de sus derechos; finalmente, iii) dicho daño es jurídicamente imputable al Estado colombiano como falla del servicio de sus funcionarios

.....
53 *Ibid.*, p. 52.

54 Peters, *Corrupción y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 19.

55 Nash, Bascur, Aguiló y Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 115.

y contratistas quienes, como se vio, ya sea por acción u omisión, incumplieron las obligaciones consagradas en los artículos 2.1, 2.2, 11, 12 y 13 de Pidesc, y 1, 3, 10, 12 y 13 del Protocolo de San Salvador. Artículos que, cabe decir, son norma constitucional vinculante en Colombia en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

Por su parte, se debe recordar que

... toda acción u omisión de alguna autoridad pública, atribuible al Estado según las reglas del derecho internacional, que importe menoscabo a los derechos humanos, compromete su responsabilidad internacional. Además, los Estados también pueden ser internacionalmente responsables por violaciones de derechos humanos que inicialmente no resulten directamente imputables a él, por ser obra de un particular o desconocerse su autor. En estos casos, el Estado no será responsable del hecho en sí mismo, sino de la falta de la debida diligencia para prevenir la violación teniendo el poder jurídico o por no tratarla en los términos requeridos por el DIDH.⁵⁶

En consecuencia, dado que los hechos antes descritos implican el incumplimiento de varias obligaciones que tiene el Estado colombiano en materia de derechos humanos, de ellos podría derivarse también la responsabilidad internacional del Estado de Colombia en el derecho internacional de los derechos humanos.

Medidas adoptadas a nivel nacional

A continuación, pasamos a detallar las acciones tomadas por las autoridades públicas de Colombia en el caso práctico aquí abordado.

a) Fiscalía General de la Nación y órganos de control

Tanto la Fiscalía General de la Nación, como los órganos de control fiscal y disciplinario (Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, respectivamente) han iniciado investigaciones sobre el particular.

En el caso de la Fiscalía,⁵⁷ su labor de enmarcó en la estrategia “Bolsillos de cristal”, programa de intervenciones judiciales contra la corrupción. Entre

.....
⁵⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁷ El 30 de agosto de 2018 Dejusticia radicó un derecho de petición ante la Fiscalía General de la Nación solicitando información sobre los procesos penales iniciados en los casos de corrupción que rodearon al PAE. El 3 de octubre se recibió respuesta en la que se manifestaba que se tomarían más tiempo en responder a nuestra solicitud, pues se había consultado con las 35 direcciones seccionales de la Fiscalía, a fin de obtener

los investigados penalmente se incluyen representantes legales de las empresas contratistas (los operadores del PAE), funcionarios públicos e incluso alcaldes.⁵⁸ Por su parte, la mayoría de las imputaciones de cargos adelantadas fueron hechas por los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos y diferentes falsedades documentales.⁵⁹

En lo que respecta a la Contraloría,⁶⁰ mediante la Actuación Especial de Fiscalización de la Contraloría General de la Nación al PAE fueron evidenciados 154 hallazgos fiscales entre julio de 2015 y agosto de 2018. A raíz de esos hallazgos, a 31 de agosto de 2018 existían 117 procesos de responsabilidad fiscal en curso por actos de corrupción cometidos en relación con el PAE. Por su parte, hay 15 procesos ya terminados, de los cuales solo 2 culminaron en fallo con responsabilidad fiscal. De los 13 restantes, 3 terminaron con auto de archivo del expediente, 2 con auto que declara la nulidad de lo actuado, 3 con auto de cesación de la acción y archivo del expediente por no incidencia fiscal o detrimento patrimonial y 5 con auto de cesación de la acción y archivo del expediente por pago.

Por su parte, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría⁶¹ inició las correspondientes investigaciones disciplinarias.⁶² Entre los funcionarios ya sancionados se encuentran el alcalde de

.....
datos exactos. Sin embargo, a la fecha de publicación de este documento aún no se ha recibido respuesta definitiva. Por eso, los datos aquí reportados corresponden a boletines de prensa publicados por la Fiscalía.

58 Fiscalía General de la Nación, Por nuevos casos de corrupción capturado alcalde de Riohacha e imputación a gobernador y exgobernadora de La Guajira, *Boletín* 18006, de 27 de enero de 2017, y Revista Semana, “Los 7.000 millones de pesos que no se usaron para alimentar a los niños”, 5 de mayo de 2016.

59 Fiscalía General de la Nación, *Estado de la lucha anticorrupción – Bolsillos de cristal*. A pesar de presentar un derecho de petición para informar con mayor legitimidad en este documento, no recibimos respuesta de la Fiscalía General de la Nación sobre la información pública solicitada en el tiempo legal.

60 Estos datos fueron suministrados por la Contraloría General de la República en septiembre de 2018, como respuesta al derecho de petición presentado por Dejusticia el 30 de agosto del mismo año.

61 El 30 de agosto de 2018, Dejusticia radicó un derecho de petición ante la Procuraduría General de la Nación solicitando información sobre los procesos disciplinarios iniciados en los casos de corrupción que rodearon al PAE. El 19 de octubre se recibió respuesta, en la que se manifestaba que la información sería entregada el 8 de diciembre de 2018, pues se encuentra a cargo de distintas delegadas o procuradores regionales o provinciales. Por eso, y dados los tiempos más cortos del presente documento, los datos aquí reportados corresponden a noticias de prensa y a informes de gestión y boletines de prensa publicados por la Procuraduría.

62 Procuraduría General de la Nación, *Informe de Gestión 2016-2017*, Bogotá, PGN.

Riohacha, La Guajira, penalizado con destitución e inhabilidad de 12 años, y el alcalde de Montañita, Caquetá, suspendido para el periodo 2012-2015.⁶³ Adicionalmente, en enero de 2018, la Procuraduría solicitó al Gobierno nacional la revisión integral del Programa de Alimentación Escolar. Además, dejó claro que “el PAE no es un problema de suministros de alimentos, el PAE es un problema de derechos de los niños”.⁶⁴ Por su parte, a partir de la Circular 002 del 10 de enero de 2018⁶⁵ le impuso a las entidades territoriales la obligación de remitir bimestralmente a la Procuraduría un reporte que evidencie las acciones adelantadas y los avances para asegurar que los recursos del PAE estén siendo correctamente ejecutados. Finalmente, en agosto pasado anunció la creación de comisiones de seguimiento para tomar decisiones tanto de acompañamiento y vigilancia como disciplinarias en el PAE.⁶⁶

b) Ministerio de Educación

En abril de 2016, el Ministerio llegó a un acuerdo con la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría para identificar las amenazas que desestabilizan el programa y adoptar medidas que conduzcan a mejorar su desarrollo.⁶⁷ De igual forma, en mayo de 2016 el Ministerio, con el apoyo de las Comisiones VI de la Cámara y el Senado, presentó un proyecto de ley⁶⁸ ante el Congreso de la República para “garantizar la transparencia, asegurar que la comida llegue bien a los niños y corregir y sellar las grietas que tiene el sistema actual”.⁶⁹ Finalmente, en agosto de 2016, el Ministerio y la Fiscalía acordaron la creación de una mesa técnica de seguimiento a los procesos penales que se adelantan.⁷⁰

63 Procuraduría General de la Nación, *Informe de Gestión 2017-2018*, Bogotá, PGN.

64 Procuraduría General de la Nación, *La Procuraduría será garante de la revisión del PAE por parte del Gobierno Nacional y los gobernadores*, Boletín 34, 20 de enero de 2018.

65 Procuraduría General de la Nación, Circular 002 del 10 de enero de 2018, Bogotá, PGN.

66 El Espectador, “Procuraduría creó Comisiones de Seguimiento para vigilar contratos del PAE”, 2 de agosto de 2018.

67 Revista Semana, “El Gobierno reacciona ante ‘las mafias’ del PAE”, 12 de abril de 2016.

68 “Por la cual se regula el Programa de Alimentación Escolar, se crea la Agencia Nacional para la Alimentación Escolar, se modifican disposiciones orgánicas referentes a la utilización de recursos destinados a la alimentación escolar, y se establecen otras disposiciones. [Agencia Nacional para la Alimentación Escolar]”.

69 Ministerio de Educación Nacional, “Gina Parody radica en Congreso Proyecto de Ley para mejorar Programa de Alimentación Escolar”, 4 de mayo de 2016.

70 Revista Semana, “MinEducación y Fiscalía se unen para combatir la corrupción”, 26 de agosto de 2016.

c) Superintendencia de Industria y Comercio

En septiembre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en su calidad de autoridad encargada de la protección de la competencia, formuló pliego de cargos contra 5 empresas y 7 personas naturales por el “cartel de las frutas” en Bogotá.⁷¹ Diez meses después, en julio de 2018, la SIC nuevamente formuló pliego de cargos en contra de 10 contratistas, una asociación de empresarios del sector de alimentos y 18 personas naturales por el segundo cartel encontrado en Bogotá.⁷²

d) Corte Constitucional

El 30 de agosto de 2016, la Corte Constitucional falló la Sentencia T-466 de 2016. En ella tuteló los derechos a la salud y a la alimentación de los niños del pueblo indígena wayúu que habitan en el departamento de La Guajira, los cuales estaban siendo vulnerados por los problemas de operación de los programas de alimentación y la falta de acceso a agua potable, que habrían llevado a la desnutrición y muerte de 4770 niños y niñas. Así, a pesar de reconocer que el Estado venía tomando medidas para solventar la crisis humanitaria de la niñez wayúu, consideró que la vulneración de los derechos se mantenía, debido, entre otras cosas, a “(iii) la corrupción que afecta la prestación de los servicios en favor de los niños”.⁷³ Entonces, buscando restablecer los derechos de los niños wayúu a la salud y a la alimentación, y dada la emisión previa de la Resolución 60 de 2015 en la que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concedió medidas cautelares en la materia y solicitó al Estado colombiano pronunciarse sobre el caso, la Corte ordenó dos clases de medidas:

... i) medidas de implementación de carácter inmediato, para el restablecimiento de unos mínimos indispensables que permitan garantizar la supervivencia de los menores de edad; y ii) medidas estructurales que conlleven a que en el mediano y largo plazo, se corrijan las inequidades que desencadenaron la presente situación de crisis humanitaria en los niños del pueblo Wayúu.⁷⁴

En lo que respecta a la corrupción que afecta la prestación de los servicios en favor de los niños, las medidas de carácter inmediato incluyeron exigir:

.....
71 Superintendencia de Industria y Comercio, *Superindustria formula pliego de cargos por colusión entre oferentes de frutas del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en Bogotá*, 1 de septiembre de 2017.

72 Superintendencia de Industria y Comercio, *Superindustria formula Pliego de Cargos por cartel empresarial de más de 10 años en refrigerios del Plan de Alimentación Escolar (PAE) de Bogotá*, 5 de julio de 2018.

73 Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

74 *Idem*.

... un compromiso especial de parte de los entes de control para *dedicar sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la provisión de servicios de alimentación y/o salud*, para evitar que los recursos que se han aplicado para la atención de la situación urgente de los niños se desperdicie o desvíe a fines ajenos al cumplimiento del interés superior de los niños de la comunidad. En este aspecto, la Sala tiene presente la decisión de priorización de la Fiscalía en la materia, e insta a que en esta y otras entidades de control, se adopten medidas inmediatas que *favorezcan la aplicación de los mayores recursos posibles, para la vigilancia en la correcta destinación de los recursos, cumplimiento de los deberes de los funcionarios y contratistas, y la proscripción de delitos que atenten contra la efectividad de las medidas de protección para los niños del pueblo wayúu*. De la misma forma, las autoridades de vigilancia y control, deben adoptar mecanismos que les permitan *dar curso prioritario a las investigaciones abiertas y en curso*, y de ser necesario, procedan a realizar un cruce de información entre dichos entes de control, para tener la información más completa posible.⁷⁵ (Énfasis agregado)

Por su parte, las medidas estructurales incluyeron la formulación de dos documentos de política pública (Conpes) que establezcan las políticas nacionales de seguridad alimentaria y salud para la niñez wayúu, que reflejen las necesidades de coordinación interadministrativa expuestas en la sentencia y las que se consideren necesarias para la solución de los problemas estructurales para la asistencia alimentaria y la atención en salud de la niñez wayúu.

e) Otros

En febrero de 2017, y ante la grave crisis humanitaria del departamento de La Guajira, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), órgano asesor del Gobierno en temas de política pública, decidió asumir por tres años el manejo de recursos de salud, educación y agua potable del departamento.⁷⁶ Por su parte, en marzo de 2017, la Alcaldía de Bogotá adoptó un nuevo modelo licitatorio para adquirir y distribuir los refrigerios en los colegios públicos en la capital, fomentar la transparencia en el modelo de contratación y fortalecer la calidad del PAE.⁷⁷

.....

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Departamento Nacional de Planeación, “Gobierno interviene servicios de salud, educación y agua en La Guajira”, 21 de febrero de 2017.

⁷⁷ Revista Semana, “Nuevo modelo de contratación de alimentos en colegios de Bogotá”, 9 de marzo de 2018.

Finalmente, y como respuesta a la Sentencia T-466 de 2016 arriba descrita, el 4 de agosto el Gobierno nacional aprobó el documento de política pública Conpes 3944 de 2018, “Estrategia para el desarrollo integral del departamento de La Guajira y sus pueblos indígenas”. En él se incluyeron las “falencias en la transparencia de la ejecución de los recursos públicos en La Guajira y en las disposiciones institucionales para prevenir y contrarrestar el fenómeno de la corrupción”, como uno de los factores determinantes de las brechas socioeconómicas, la pobreza y la inseguridad alimentaria que afectan al departamento. Para remediar esas falencias se propuso: i) suscribir compromisos de integridad con servidores públicos y contratistas; ii) implementar una metodología para desarrollar control social ciudadano; iii) asesoría a la gobernación y las alcaldías en la construcción de los mapas de riesgos de corrupción y del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano; iv) realizar acompañamiento a la Comisión Regional de Moralización; y v) acompañar al departamento en el cumplimiento de la Ley de Transparencia.⁷⁸

Síntesis del caso y recomendaciones

Como se vio en la sección pasada, salvo por el caso específico de La Guajira, en el que se han adoptado medidas estructurales para remediar la vulneración de los derechos de los niños, las intervenciones de las autoridades competentes han sido en su mayoría de tipo sancionatorio, encaminadas a aumentar las probabilidades de investigación y sanción (S) de los actos de corrupción cometidos. Así, tanto el sistema penal, como los sistemas fiscal y disciplinario, e incluso el sistema administrativo sancionatorio de la SIC se han activado a fin de iniciar la investigación de los hechos sucedidos. Aunque con menor intensidad, también se han adoptado medidas de control. En ese sentido, se establecieron reportes, mesas y comisiones de seguimiento que pretenden aumentar el control sobre y la rendición de cuentas (A) de los encargados de implementar el PAE. Finalmente, se han propuesto –aunque no siempre implementado– medidas de tipo reformista, principalmente encaminadas a reducir la discrecionalidad (D) en el esquema de contratación del PAE.⁷⁹

78 Departamento Nacional de Planeación, *CONPES 3944 de 2018*, Bogotá, DNP.

79 Si bien el escenario de la contratación estatal se ha intentado regular para evitar el poder discrecional de los funcionarios públicos (D), el caso del PAE es muestra de que aún existen mecanismos institucionales (legales o ilegales) para abusar de la discrecionalidad. Así, en la mayoría de las modalidades de actuación de los actores corruptos identificadas en el caso bajo estudio es posible encontrar el uso de mecanismos tales como los acuerdos anticompetitivos entre empresas privadas (cartelización de oferentes del PAE en Bogotá), los “pliegos sastré” (captura del proceso de selección

Así, con estos tres tipos de medidas se intentó combatir algunas de las condiciones que favorecen o facilitan la reproducción de la corrupción que rodea al PAE. Sin embargo, sus resultados nunca se vieron (como en el caso del proyecto de ley del MEN, que el 20 de junio de 2017 fue finalmente archivado por tránsito de legislatura) o están aún por verse, pues la apertura de investigaciones y la consecuente imputación de cargos no aseguran que los procesos iniciados terminen con la efectiva sanción penal, fiscal, disciplinaria o administrativa. Además, a diferencia de las disposiciones adoptadas para el departamento de La Guajira, estos tres tipos de medidas carecen de un enfoque estructural que permita, no solo combatir las condiciones habilitantes de la corrupción, sino abordar también el impacto que esta tiene sobre la democracia, el Estado de derecho y, especialmente, en los derechos de las víctimas de tales actos corruptos.

Por eso, además de recomendar que las acciones ya tomadas se lleven a buen término, y que se dé trámite prioritario a las investigaciones abiertas y en curso para evitar desenlaces indeseados como el vencimiento de términos, a continuación se propone un conjunto de recomendaciones dirigidas a contribuir a mejorar el abordaje tanto del caso del PAE, como de casos similares.

Pasar de un enfoque exclusivamente centrado en los victimarios de los casos de corrupción, a un enfoque centrado en las víctimas

Hasta ahora, las medidas de reacción de las autoridades competentes se han centrado o en la investigación y en el enjuiciamiento o sanción de los actores corruptos, o en eliminar las condiciones que habilitan a esos actores a llevar a cabo los actos corruptos. En contraste, se le ha dado poco protagonismo a los niños, las niñas y los adolescentes que fueron víctimas de la corrupción

.....

de operadores del PAE en el Valle del Cauca) y los llamados artilugios jurídicos que con el cambio de la razón social de los operadores se hicieron presentes en la modalidad “Redes de operadores del PAE en Chocó, Antioquia, Córdoba, Atlántico, Cesar, La Guajira, Arauca y Putumayo”. Además, dado que la mayoría de los operadores contratados eran fundaciones, es probable que en muchas de las contrataciones se haya recurrido también al tipo de contrato que se deriva del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política, y que antes de ser reglamentado por el Decreto 92 de 2017 permitía utilizar la contratación directa para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público. En todos estos casos, se trata de herramientas “que logran burlar la competitividad y objetividad pretendida en el marco jurídico colombiano, y devolverle poder de maniobra al político y al funcionario público” (Newman Pont y Ángel Arango, “Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, p. 92).

que rodea al PAE, así como a las condiciones que los hicieron más vulnerables que otros grupos sociales a ser víctimas de actos corruptos.

Por eso, se propone la adopción de un enfoque distinto, en el que las víctimas se encuentren en el centro del análisis de los hechos de corrupción.⁸⁰ En nuestra opinión, este nuevo enfoque puede contribuir a fortalecer los criterios de vulnerabilidad y género –hoy desatendidos– en el análisis de casos de corrupción como el del PAE.⁸¹ Como se dijo, las personas pertenecientes a grupos vulnerables son más propensas a ser víctimas de actos de corrupción (pues tienen menos capacidad de acceder a medios de defensa), y, a su vez, dichos actos tienen consecuencias especialmente preocupantes en estos grupos, pues agravan su situación ya vulnerable. Por eso, tal y como lo plantean Nash *et al.*, “desde la perspectiva de derechos humanos es muy importante advertir que la corrupción afecta al principio de igualdad y no discriminación al impactar desproporcionadamente sobre las personas que pertenecen a grupos en situación de discriminación”.⁸² Incluso, podría llegarse a plantear que en casos como los del PAE, nos encontramos ante un problema de discriminación por razones de pobreza. En esa medida, además de los criterios sospechosos tradicionales, parece evidente que la falta de recursos hace que las personas sean más susceptibles a ser víctimas de discriminación, como la que es generada por los actos de corrupción. Y a su vez, “la discriminación tiende a reforzar las desigualdades, que de por sí ya genera la pobreza, al establecer barreras de exclusión o imponer desventajas inmerecidas por motivos distintos a los de la situación económica de las personas”.⁸³

La importancia de este nuevo enfoque radica en que permitiría dictar medidas más integrales, que tal y como lo hicieron la Corte Constitucional y el consecuente Conpes para el caso de La Guajira, aborden las condiciones estructurales –de pobreza o vulnerabilidad histórica– que desde el lado de la víctima permiten que la corrupción afecte a ciertos sectores sociales más que a otros. Además, admitiría adoptar las luchas contra las desigualdades sociales, como luchas anticorrupción.

.....
80 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*, *op. cit.*

81 Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos*, *op. cit.*

82 Nash, Bascur, Aguiló y Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 28.

83 Gerardo Órdóñez, Discriminación, pobreza y vulnerabilidad: los entresijos de la desigualdad social en México, *Región y Sociedad*, vol. 30, núm. 71, 2018, p. 5.

Impulsar la concientización de las autoridades anticorrupción competentes y de la ciudadanía sobre la violación de derechos humanos que conlleva la corrupción en ciertos escenarios

De acuerdo con el artículo 277 de la Constitución Política, tanto la Procuraduría General de la Nación como la Defensoría del Pueblo tienen la función de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad. A pesar de ello, y del hecho de que el caso de corrupción del PAE violó –como ya vimos– los derechos a la alimentación, a la educación y a la salud de miles de niños, niñas y adolescentes del territorio nacional, su intervención como garantes de los derechos humanos fue marginal. Así, más allá de algunas manifestaciones públicas del viceprocurador general de la nación sobre su preocupación por la violación de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes que los actos corruptos del PAE conllevan, y de un informe expedido en agosto de 2015 por la Defensoría del Pueblo sobre los casos de corrupción del PAE en los departamentos de Atlántico, Chocó y La Guajira, se extraña una participación más activa de estas entidades para hacer evidente el vínculo entre los actos de corrupción y los derechos humanos. Por eso, es necesario que en casos como los del PAE la Procuraduría y la Defensoría asuman la función de concientizar a las demás entidades públicas y a la ciudadanía en general sobre la violación de derechos humanos que conlleva la corrupción en ciertos escenarios.

En lo que respecta a la concientización de las entidades públicas, es importante notar que

... 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-maintreamed*).⁸⁴

Por su parte, la concientización de la ciudadanía en general sobre la existencia de ese vínculo entre corrupción y derechos humanos contribuiría

.....

84 Peters, *Corrupción y derechos humanos*, op. cit., p. 33.

a fortalecer la reacción pública de rechazo frente a este tipo de actos.⁸⁵ Al respecto cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede con las violaciones de derechos humanos, los actos de corrupción no siempre son rechazados, y, muchas veces, son justificados y tolerados por la sociedad “para lubricar el engranaje de la vida económica y social y acelerar sus operaciones”.⁸⁶ A su vez, esta concientización serviría para promover la cultura de la legalidad.⁸⁷ O, al menos, para intervenir en el raciocinio de los personajes incumplidores que tal y como lo plantea Mauricio García Villegas, incumplen las reglas por razones estratégicas (“el vivo”), de defensa personal contra la autoridad (“el rebelde”) o culturales (“el arrogante”).⁸⁸ Así, si a la hora de evaluar si se acata o no una regla el incumplidor “vivo” sopesa las ventajas del cumplimiento frente a las desventajas, tener claras las violaciones de derechos que acarrea un determinado incumplimiento puede incentivarlo a cumplir con la regla. Del mismo modo, la conciencia sobre la violación de derechos puede llevar al incumplidor “rebelde” a abandonar su comportamiento indómito para respetar algo distinto a la ley –a la que se resiste–, como lo son los derechos fundamentales. Y, finalmente, los valores que el incumplidor “arrogante” tendrá que sopesar frente a sus propios valores serán mucho más relevantes si en ellos se incluye la protección de los derechos humanos.

.....
85 Consejo Internacional para las Políticas de Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos*, op. cit.

86 Peters, *Corrupción y derechos humanos*, op. cit., p. 7.

87 Al respecto, cabe destacar que solo en sociedades poco respetuosas de las reglas se podrían presentar casos de corrupción que involucren recursos destinados al bienestar de niños, niñas y adolescentes. Si bien se podría pensar que estas conductas tienen que ver con la naturaleza moral de la sociedad colombiana, la respuesta, según autores como Francisco Thoumi y Mauricio García Villegas, no está ahí, “lo que pasa es que en Colombia, dadas sus características geográficas, nunca fue posible realmente tener un Estado que controlara el territorio, que contribuyera a crear comunidad, que generara solidaridad”, dice Thoumi. Por su parte, García Villegas complementa diciendo: “A falta de Estado, se formó una sociedad desestructurada, sin capital social y con un fuerte individualismo”. Entonces, es la debilidad del Estado colombiano y la consecuente cultura del incumplimiento de reglas arriba mencionadas, las que han hecho posible que casos como el del PAE se den en Colombia (Francisco Thoumi, Conferencia “Colombia necesita imponer el imperio de la ley”, Medellín, Instituto Popular de Capacitación, 2008, p. 3; Mauricio García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009, p. 22).

88 García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, op. cit.

Explorar al Estado como responsable último de los casos de corrupción

Hasta el momento, el caso de corrupción del PAE se ha abordado desde el enfoque de la responsabilidad individual de los actores corruptos. Incluso, en los casos en donde los principales perpetradores son funcionarios públicos o contratistas del Estado, la responsabilidad se le imputa a estos actores. Prueba de ello es que, en relación con el PAE, hasta el momento no se conoce de casos de responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio, y mucho menos de responsabilidad internacional de Colombia por violación del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, es importante que se declare que los funcionarios y contratistas del Estado que actuaron de forma corrupta tienen una investidura que no solo los representa a ellos, sino al Estado como ente jurídico. En esa medida, de su actuar corrupto se deriva el incumplimiento del deber de respeto de los derechos que tiene el Estado colombiano, que lo obliga a abstenerse de tomar medidas que puedan violar los derechos humanos. Incluso, es necesario que se declare que las actuaciones de particulares (como los oferentes que se cartelizaron o que modificaron la razón social de sus diferentes sociedades para evadir las inhabilidades) también implicaron el incumplimiento del Estado de sus obligaciones de protección y garantía, pues demuestran que este no logró prevenir las violaciones de derechos, ni tomó las medidas suficientes para asegurar que los niños, niñas y adolescentes pudieran satisfacer, sin inconveniente alguno, sus derechos a la alimentación, a la educación y a la salud.

Así, lo que es importante en últimas es que se evidencie que en el caso del PAE el Estado colombiano violó sus obligaciones de protección, garantía y respeto frente a los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados, y que, por consiguiente, es su deber reparar a las víctimas de los actos de corrupción.

De hecho, la declaración de la responsabilidad nacional del Estado le permitiría a la administración pública recurrir a la acción de repetición⁸⁹ para obtener de los funcionarios o contratistas corruptos el reintegro del monto de la indemnización que el Estado le haya tenido que reconocer a las víctimas. Esto último, en caso de que el funcionario o contratista no las haya ya

.....

⁸⁹ Al respecto, ver segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 678 de 2001.

indemnizado en el proceso penal (es decir, cuando el afectado no haya ejercitado en su contra la acción civil dentro del proceso penal).⁹⁰

Sin embargo, en el caso del PAE, la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado es especialmente relevante, teniendo en cuenta el carácter de práctica estructural identificado. Así, dado que se trata de un conjunto de prácticas generalizadas en al menos 24 de los 32 departamentos del país, y en donde los contratistas corruptos se repiten constantemente, se hace evidente la oportunidad de pedirle al Estado colombiano medidas estructurales de reparación. Tal y como lo señalan Claudio Nash *et al.*,

... las reparaciones que se pueden solicitar no serán las mismas si el acto corrupto es un acto aislado, o bien, si responde a una situación estructural. En el primer caso, las medidas podrán apuntar a reparar los daños individuales y a exigir una investigación eficaz de los responsables individuales de la violación del derecho en cuestión. En cambio, si el caso concreto responde a una situación estructural, además de las medidas recién mencionadas, se podrán demandar medidas orientadas a transformar dicha situación. El fundamento para demandar estas medidas no dice relación con la obligación de reparar a las víctimas del caso concreto, sino con el deber de cumplir con las obligaciones primarias, es decir, aquellas por cuyo incumplimiento se causó la vulneración del derecho.⁹¹

Entonces, para asegurar el goce y ejercicio efectivo de los derechos a la alimentación, la salud y la educación aquí violados, no basta con que el Estado colombiano investigue y sancione los actos de corrupción cometidos. Por el contrario, es necesario que se tomen medidas estructurales encaminadas a prevenir o evitar que dichas violaciones vuelvan a ocurrir. O, en otras palabras, “medidas especiales destinadas a desbaratar el funcionamiento de las redes de poder que subyacen a la corrupción estructural”.⁹²

90 Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que: “cuando el accionar del funcionario constituya delito y evidencia la existencia de la falla en el servicio, la persona damnificada podrá buscar el resarcimiento por dos vías legales diferentes, frente a dos sujetos responsables también diferentes: a través de la acción civil dentro del proceso penal contra el delincuente; o a través de la acción de reparación directa o patrimonial contra la entidad pública que tenía a su servicio al funcionario responsable” (Consejo de Estado, Sentencia de 31 de agosto de 1999. Radicación: 10865, C. P. Ricardo Hoyos Duque).

91 Nash, Bascur, Aguiló y Meza-Lopenhandía, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, *op. cit.*, p. 117.

92 *Idem*, p. 117.

Como se ve, estas tres medidas apuntan, en últimas, a convertir los problemas de corrupción de Colombia –como el que rodea al PAE– en problemas de derechos humanos y, de esa manera, a fortalecer la lucha contra la corrupción. Lo anterior, al darle más enfoques de abordaje, más voceros y abanderados, y al permitirle acceder a nuevos escenarios⁹³ nacionales e internacionales en donde se monitoree, se haga seguimiento y se exijan cuentas tanto sobre los actos de corrupción como sobre las obligaciones del Estado para prevenirlos e investigarlos. No obstante, no podemos terminar sin advertir que esta conversión se debe hacer con cautela, para no caer en el error de: i) convertir todo en una violación de derechos humanos, desperdiciando las ventajas que la superioridad de los derechos fundamentales provee; o, ii) desatender los casos de corrupción en los que las violaciones directas de derechos humanos no son tan claras.

Bibliografía

- BERYL, Levinger, “La alimentación escolar: el mito y lo hacedero”, *Revista Perspectivas*, vol. 14, núm. 4, 1984.
- CONSEJO INTERNACIONAL PARA LAS POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, Monterrey, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, 2009.
- DAWOOD, Yasmin, Classifying Corruption, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, núm. 9, 2014, pp. 103-133.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *CONPES 3944 de 2018*, Bogotá, DNP.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Estado de la lucha anticorrupción – Bolsillos de Cristal*, en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/estado-de-la-lucha-anticorrupcion/>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009.
- JAIN, Arvind, “Corruption: a Review”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, pp. 71-121.
- KLITGAARD, Robert, “International Cooperation Against Corruption”, *Finance and Development*, vol. 35, núm. 1, 1998, pp. 3-6.

.....

⁹³ 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*, op. cit.

- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE COLOMBIA, *Lineamientos técnico administrativos y estándares del Programa de Alimentación Escolar (PAE)*, en https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-235135_archivo_pdf_lineamientos_tecnicos.pdf
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, *Plegable General PAE*, en https://www.mineduacion.gov.co/1759/articles355940_Plegable_informacion_general_del_PAE.pdf
- NASH, Claudio, María Luisa BASCUR, Pedro AGUILÓ y Matías MEZA-LOPENHANDÍA, “Guía para afrontar un caso de corrupción desde el enfoque de derechos humanos”, en *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.
- NASH, Claudio, “¿Cómo prevenir la corrupción en el proceso judicial? Una mirada desde los derechos humanos”, en Dimaro Alexis Agudelo *et al.* (ed.), *Derecho procesal del siglo XXI*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2018.
- NEWMAN Pont, Vivian y María Paula ÁNGEL ARANGO, “Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política”, *Cuadernos de Fedesarrollo*, núm. 56, 2017.
- ORDÓÑEZ, Gerardo, “Discriminación, pobreza y vulnerabilidad: los entresijos de la desigualdad social en México”, *Región y Sociedad*, vol. 30, núm. 71, 2018, pp. 1-30.
- PETERS, Anne, *Corrupción y Derechos Humanos*, Heidelberg, Basel Institute on Governance, 2015.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe de Gestión 2016-2017*, en https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/19_Informe%202017%20VERSION%20FINAL%20agosto%208.pdf
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe de Gestión 2017-2018*, en https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/info_gel_archivos/5/21_365%20D%C3%ADas%20PGN%20feb%2020%20low.pdf
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Circular 002 del 10 de enero de 2018*, en https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1938_PGN-Circular%20002%20DE%202018.pdf
- THOUMI, Francisco, Conferencia “Colombia necesita imponer el imperio de la ley”, Medellín, Instituto Popular de Capacitación, 2008.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Tipologías de corrupción*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015.

Jurisprudencia

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*. A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 31 de agosto de 1999. Radicación: 10865, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 24 de abril de 2013. Radicación: 1998-00313-01(26127), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-466 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Comunicados de prensa de entidades

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Por contrato de alimentación escolar con sobrecostos, niños del Amazonas se alimentaron con huevos de casi mil pesos”, Comunicado de prensa 68 del 19 de mayo de 2017.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Evaluación del Programa de Alimentación Escolar – PAE: Demoras en la contratación y en la ejecución de los recursos durante 2016”, Comunicado de prensa 108 del 8 de agosto de 2017.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, “Gobierno interviene servicios de salud, educación y agua en La Guajira”, 21 de febrero de 2017, en <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Gobierno-interviene-servicios-de-salud,-educaci%C3%B3n-y-agua-en-La-Guajira.aspx>

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “Por nuevos casos de corrupción capturado alcalde de Riohacha e imputación a gobernador y exgobernadora de La Guajira”, *Boletín* 18006, 27 de enero de 2017, en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/por-nuevos-casos-de-corrupcion-capturado-alcalde-de-riohacha-e-imputacion-a-gobernador-y-exgobernadora-de-la-guajira/>

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “Operación ‘Guane Fase I’ contra la corrupción en Santander”, *Boletín* 22541, 24 de noviembre de 2017, en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/operacion-guane-fase-i-contra-la-corrupcion-en-santander/>

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, “Gina Parody radica en Congreso Proyecto de Ley para mejorar Programa de Alimentación Escolar”, 4 de mayo de 2016, en https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-356902.html?_noredirect=1

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, “La Procuraduría será garante de la revisión del PAE por parte del Gobierno Nacional y los gobernadores”, *Boletín* 34, 20 de enero de 2018, en https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria_sera_garante_revision_PAE_Gobierno_Nacional_gobernadores.news

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, “Superindustria formula pliego de cargos por colusión entre oferentes de frutas del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en Bogotá”, 1 de septiembre de 2017, en <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-colusion-entre-oferentes-de-frutas-del-programa-de-alimentacion-escolar-en-bogota>

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, “Superindustria formula Pliego de Cargos por cartel empresarial de más de 10 años en refrigerios del Plan de Alimentación Escolar (PAE) de Bogotá”, 5 de julio de 2018, en <http://www.sic.gov.co/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-cartel-empresarial-de-mas-de-10-anios-en-refrigerios-del-plan-de-alimentacion-escolar-de-bogota>

Noticias

CARACOL, “Ya son 24 los departamentos con corrupción en el PAE, 25 de noviembre de 2017”, en http://caracol.com.co/radio/2017/11/25/nacional/1511626586_692208.html

EL COLOMBIANO, “Así operaban tres de las redes de corrupción en la alimentación escolar”, 22 de abril de 2016, en <http://www.elcolombiano.com/colombia/educacion/mineducacion-denuncia-redes-de-corrupcion-en-alimentacion-escolar-AY4023301>

EL ESPECTADOR, “Jesusita Zabala, madre del alcalde de Cartago, se entregó ante la Fiscalía”, 30 de agosto de 2017, en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/jesusita-zabala-madre-del-alcalde-de-cartago-se-entrego-ante-la-fiscalia-articulo-710658>

EL ESPECTADOR, “SIC formula pliegos a presunto ‘cartel de las frutas’ en alimentación escolar”, 1 de septiembre de 2017, en <https://www.elespectador.com/economia/sic-formula-pliegos-presunto-cartel-de-las-frutas-en-alimentacion-escolar-articulo-711130>

EL ESPECTADOR, “Procuraduría creó Comisiones de Seguimiento para vigilar contratos del PAE”, 2 de agosto de 2018, en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/procuraduria-creo-comisiones-de-seguimiento-para-vigilar-contratos-del-pae-articulo-804001>

- EL HERALDO, “Una ferretería vendió las pechugas a \$40.000 para el programa PAE en Cartagena”, 25 de noviembre de 2017, en <https://www.elfheraldo.co/bolivar/una-ferreteria-vendio-las-pechugas-40000-para-el-programa-pae-en-cartagena-427918>
- EL TIEMPO, “Cierran jardín infantil en Quibdó por intoxicación de niños”, 13 de octubre de 2015, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/quibdo-cerca-de-120-ninos-intoxicados-en-un-colegio/446018-3>
- EL TIEMPO, “Los chats de la repartija de \$ 1,5 billones en refrigerios”, 06 de julio de 2018, en <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/evidencias-de-cartel-para-contratos-del-pae-en-bogota-239962>
- LA NACIÓN, “Empresa de grúas se quedó con contrato de tamales de \$30 millones para los niños”, 25 de noviembre de 2017, en <https://www.lanacion.com.co/2017/11/25/empresa-gruas-se-quedo-contrato-tamales-30-millones-los-ninos/>
- REVISTA SEMANA, “Historia de una polémica empresaria de Córdoba”, 18 de julio de 2015, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-historia-de-una-polemica-empresaria-de-cordoba/435235-3>
- REVISTA SEMANA, “Los alimentos que no llegan a las escuelas de Chocó”, 25 de julio de 2015, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-alimentos-que-no-llegan-las-escuelas-de-choco/436199-3>
- REVISTA SEMANA, “Lupa a la alimentación escolar”, 10 de agosto de 2015, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/informe-defensoria-del-pueblo-sobre-irregularidades-programa-de-alimentacion-escolar/438065-3>
- REVISTA SEMANA, “Ahora es Apartadó con problemas en el programa de alimentación escolar”, 14 de octubre de 2015, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/apartado-los-problemas-del-programa-de-alimentacion-escolar/446144-3>
- REVISTA SEMANA, “El indignante video de la precaria alimentación de niños en Aguachica”, 31 de marzo de 2015, en <https://www.semana.com/nacion/multimedia/aguachica-asi-recibirian-los-alimentos-los-ninos-de-un-colegio-oficial/467333>
- REVISTA SEMANA, “El Gobierno reacciona ante ‘las mafias’ del PAE”, 12 de abril de 2016, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/acuerdo-del-ministerio-de-educacion-y-los-entes-de-control-para-combatir-la-corrucion-en-el-programa-de-alimentacion-escolar/469096>
- REVISTA SEMANA, “En La Guajira también rinden cuentas por irregularidades en los programas de alimentación”, 26 de abril de 2016, en <https://>

www.semana.com/nacion/articulo/la-guajira-contraloria-abre-proceso-de-responsabilidad-fiscal-en-uribia-por-alimentacion-escolar/471109

- REVISTA SEMANA, “Los 7.000 millones de pesos que no se usaron para alimentar a los niños”, 5 de mayo de 2016, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-7000-millones-de-pesos-que-no-se-usaron-para-alimentar-a-los-ninos/472471>
- REVISTA SEMANA, “En Arauca investigan irregularidades en el Programa de Alimentación Escolar”, 4 de agosto de 2016, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/contraloria-arauca-con-irregularidades-en-el-programa-de-alimentacion-escolar/468565>
- REVISTA SEMANA, “MinEducación y Fiscalía se unen para combatir la corrupción”, 26 de agosto de 2016, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/corrupcion-en-colombia-denuncias-educacion/491336>
- REVISTA SEMANA, “Los estudiantes chocoanos a los que no les llegan los alimentos”, 29 de agosto de 2016, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/alimentacion-escolar-a-estudiantes-de-choco-no-llegan-los-alimentos/491002>
- REVISTA SEMANA, “La precaria alimentación que reciben los niños en colegios de Putumayo”, 15 de febrero de 2017, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/corrupcion-en-el-programa-de-alimentacion-escolar/515640>
- REVISTA SEMANA, “Así se roban la plata de los desayunos escolares en Cartago”, 9 de marzo de 2017, en <https://www.semana.com/nacion/articulo/asi-se-roban-la-plata-de-los-desayunos-escolares-en-cartago-valle/538630>
- REVISTA SEMANA, “Operadores de alimentación escolar denunciados gestionaban cerca de \$1 billón”, 22 de abril de 2017, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/corrupcion-e-irregularidades-en-el-programa-de-alimentacion-escolar-en-la-costa-caribe-y-norte-de-santander/470541>
- REVISTA SEMANA, “Las soluciones que plantean para erradicar la corrupción de la alimentación escolar”, 7 de febrero de 2018, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/los-problemas-del-pae-y-la-decision-de-convertirlo-en-politica-de-estado/553849>
- REVISTA SEMANA, “Nuevo modelo de contratación de alimentos en colegios de Bogotá”, 9 de marzo de 2018, en <https://www.semana.com/educacion/articulo/programa-de-alimentacion-escolar-en-bogota/517989>

■ **CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA. VIOLACIÓN A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL**

Claudia Escobar*

Introducción

La corrupción es un fenómeno que afecta a muchos países del mundo, pero la forma de abordarlo varía de acuerdo con su legislación, la voluntad política de los gobernantes y la capacidad de las instituciones de justicia. En los últimos años, los escándalos de corrupción han acaparado la atención de los medios de comunicación en prácticamente toda América Latina, Guatemala no es la excepción.

La corrupción ha marcado la historia reciente de Guatemala lo cual afecta de manera transversal a todas las instituciones del Estado. Muchos funcionarios públicos –de los tres poderes del Estado– se han visto involucrados en casos de corrupción, acusados de diversos hechos delictivos que van desde enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, malversación o peculado, abuso de autoridad, hasta el cohecho activo y pasivo. Entre los países de la región latinoamericana, Guatemala se encuentra entre los más corruptos; según el índice de percepción de la corrupción de 2018 elaborado por Transparencia Internacional, ocupa el lugar 143 de 180.¹

La corrupción suele ir de la mano de la impunidad, pues cuando no existen consecuencias o sanciones para los criminales, proliferan las oportunidades para delinquir. A finales de los años noventa y principios del siglo XXI la impunidad en Guatemala llegó a ser absoluta. Se calculaba en un promedio

.....
* claudiaescobarm@gmail.com

1 Transparencia Internacional, Índice de Percepción de la Corrupción 2017, en <https://www.transparency.org/cpi2018#downloads>

de 98 % en los casos criminales, lo que implica que era, prácticamente, un paraíso para quienes se dedican a actividades delictivas.²

Por esa razón, el país solicitó el apoyo de las Naciones Unidas para la creación de un ente que fuera capaz de investigar de forma independiente los delitos cometidos por los grupos criminales, integrantes de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad, que a la vez apoyara el fortalecimiento de las instituciones de justicia. Fue así como en el año 2006 se estableció la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, conocida como Cicig.

El año 2015 marcó un antes y un después en la lucha contra la corrupción en el territorio guatemalteco. El Ministerio Público, junto con la Cicig, dieron a conocer una serie de investigaciones realizadas en contra de altos funcionarios de gobierno involucrados en casos de gran corrupción y de fuerte impacto económico. Esto provocó que se iniciaran procesos criminales en contra del entonces presidente de la República Otto Pérez Molina, la vicepresidenta Roxana Baldetti y sus ministros; contra el presidente del Congreso y representante del partido de gobierno en el Legislativo, Godofredo Rivera y otros congresistas; magistrados de la Corte Suprema de Justicia y muchos más funcionarios públicos incluyendo ministros, viceministros, jueces, directivos de instituciones, etc.³

Marco jurídico

El marco normativo que permite combatir la corrupción está compuesto por la Constitución, las leyes ordinarias, así como los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala. Entre estos resaltan la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA), todos estos ratificados por el Congreso de la República de Guatemala.

Entre las leyes ordinarias que han sido utilizadas para el combate a la corrupción se encuentran, entre otras: el Código Penal, la Ley de Extinción de

.....
2 De acuerdo con una entrevista realizada a Carlos Castresana, jefe de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), el 98 % de los casos quedan en la impunidad. El País, “El 98% de los asesinatos en Guatemala queda impune”, en https://elpais.com/diario/2007/12/16/domingo/1197780754_850215.html

3 Según informes de la Cicig existen más de 350 funcionarios públicos procesados en casos de corrupción.

Dominio, la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley de la Contraloría de Cuentas, la Ley contra la Delincuencia Organizada, la Ley contra la Corrupción, la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal y la Ley de Competencia Penal en casos de Mayor Riesgo.

Sin embargo, es necesario señalar, como lo indicó la Cicig en el décimo informe anual de labores, que el sistema de justicia guatemalteco no cuenta con los recursos necesarios, ni las capacidades técnicas para resolver con diligencia la problemática de la corrupción.⁴

Los mecanismos para perseguir la corrupción de forma efectiva, en contra de funcionarios públicos, no se encuentran totalmente desarrollados y, además, las instituciones de justicia responsables del área penal tienen serias debilidades, como han indicado diversos estudios. Según un informe de la organización Human Rights Watch, existen mecanismos procesales que entorpecen las diligencias judiciales, razón por la cual muchos de los casos presentados en contra de altos funcionarios públicos aún se encuentran en trámite y son pocas las sentencias condenatorias de casos relacionados con la corrupción.⁵

Derechos humanos y corrupción

La relación directa entre la corrupción y la violación de los derechos humanos en Guatemala ha sido documentada ampliamente por organismos internacionales, como las Naciones Unidas a través de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); la OEA, por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y otras entidades internacionales.

En el informe anual de año 2017 de la OACNUDH, se señaló que existe suficiente evidencia de redes delictivas que están vinculadas con los sectores público y privado, que realizan acciones deliberadas para controlar e influir en las instituciones del Estado en beneficio personal y para garantizar la impunidad. También se destacó que se necesita de profundas reformas legales para garantizar que exista una justicia independiente.⁶ El Alto Comisionado

.....
4 Décimo Informe de Labores de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala – Cicig, “10 años apoyando a la justicia guatemalteca”, 2017.

5 Human Rights Watch, “Carrera contra el tiempo - Cómo el poder judicial de Guatemala pone en riesgo la lucha contra la impunidad”, noviembre de 2017, en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/guatemala1117sp_web_4.pdf

6 Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su Oficina en Guatemala, 2017, pp. 4-7.

Zeid Ra'ad Al Hussein, durante su visita al país, en noviembre de 2017, manifestó su preocupación por las amenazas, campañas de difamación y acoso que sufren los jueces que trabajan en casos de alto impacto y señaló que “para que exista una plena realización de los derechos humanos para toda la población, las y los jueces deben poder trabajar libres de presiones indebidas”.⁷

Por su parte, la CIDH, organización que durante años ha dado seguimiento al acceso a la justicia, constató que existe una grave problemática de impunidad que se deriva *de la falta de capacidad del Estado guatemalteco para proveer un sistema de administración de justicia adecuado y eficiente, y una justicia independiente e imparcial*. En el informe de país realizado en el año 2017 reiteró que la impunidad sigue siendo uno de los problemas transversales de la administración de justicia, que dificultan el fortalecimiento del Estado de derecho.⁸

Aunque no siempre es posible identificar a los afectados directamente por la corrupción, cada vez hay más conciencia de que existe un vínculo directo entre la corrupción, el desarrollo y la violación sistemática de los derechos humanos. De acuerdo con el Banco Mundial, la corrupción es el obstáculo más grande para el desarrollo económico y social, dado que el soborno socaba el desarrollo al distorsionar el imperio de la ley y debilitar las instituciones de las que depende el crecimiento económico.⁹

En Guatemala, en donde más de la mitad de la población vive en pobreza o en pobreza extrema, la corrupción atenta contra el desarrollo del país y debería ser considerada como una grave violación de los derechos humanos. Debido a ese fenómeno criminal, en la actualidad más de un millón de niños carecen de educación, los índices de desnutrición son alarmantes (46 % de niños menores de 5 años padecen de desnutrición crónica) y la salud es un privilegio de unos pocos.¹⁰

Hay situaciones donde se puede apreciar cómo los actos de corrupción afectan directamente derechos fundamentales como la vida, la salud, la

7 Declaración del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos Zeid Ra'ad Al Hussein al concluir su misión a Guatemala, 19 de noviembre de 2017.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de país: Guatemala – Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 31 de diciembre 2017, pp. 39-40.

9 Banco Mundial, Jim Yong Kim. Discurso en Cumbre contra la Corrupción 2016, Londres, en <http://www.bancomundial.org/es/news/speech/2016/05/12/re-marks-by-world-bank-group-president-jim-yong-kim-at-anti-corruption-summit-2016>

10 PNUD, Índice Nacional de Desarrollo Humano, 2017.

justicia, la propiedad, la seguridad, la educación, etc. En Guatemala sobran ejemplos: el desfalco al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), el cual se conoce como el caso Negociantes de la salud IGSS-PISA, donde la salud de los usuarios se vio afectada debido a que los funcionarios del IGSS, a cambio de un beneficio económico, otorgaron una concesión a una entidad que no llenaba los requisitos para ofrecer los servicios médicos a los usuarios, hecho que llevó, en algunos casos, hasta la muerte.¹¹

También queda clara la violación de los derechos fundamentales en procesos judiciales, donde el juez resuelve de manera parcial debido al tráfico de influencias o al pago de una coima, situación que afecta el derecho de los ciudadanos a que los jueces sean imparciales y provoca que se pierda por completo la confianza en la justicia. Un ejemplo es el caso conocido como el Bufete de la impunidad, en donde los abogados negociaban con los jueces resoluciones a favor a cambio de sobornos.¹²

Otra situación común en Guatemala es la falta de certeza jurídica sobre el derecho de propiedad privada, debido a que el Registro de la Propiedad no garantiza que los procedimientos legales estén exentos de fraudes, lo cual afecta anualmente a cientos de ciudadanos. El Ministerio Público recibe al menos una denuncia diaria por el robo de propiedades, delito que en muchos casos se realiza con la complicidad de funcionarios públicos.¹³

Caso representativo de la corrupción en Guatemala y su impacto en los derechos humanos

Violación de la independencia judicial a través de la elección de magistrados a la Corte Suprema de Justicia por medio de Comisiones de Postulación

El sistema de justicia constituye el pilar de un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde todos los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados por jueces imparciales e independientes, por lo que el principio de independencia judicial es reconocido como un derecho humano consagrado

.....
11 Cicig, Comunicado de prensa, núm. 78, 27 de octubre de 2015, en <https://www.cicig.org/casos/desarticulan-red-de-corrupcion-en-el-igss-negociantes-de-la-salud/>

12 Soy 502, "Así funcionaba el bufete de la impunidad", en <https://www.soy502.com/articulo/asi-funcionaba-bufete-impunidad>

13 Prensa Libre, "MP abre un caso diario por robo de propiedades", en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/mp-abre-un-caso-diario-por-robo-de-propiedades>

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Constitución Política de la República.

La garantía de independencia de los jueces está directamente conectada con el sistema de designación de los cargos de funcionarios judiciales y su estabilidad en este. Para asegurar el principio de independencia judicial, la legislación guatemalteca, en concordancia con la normativa internacional, estableció la carrera judicial y la obligatoriedad de que el ingreso a la misma sea a través de un sistema del concurso por *oposición*. Es decir que es indispensable que sus funcionarios, jueces y magistrados sean nombrados atendiendo a sus méritos; su capacidad, idoneidad y honradez deben ser valorados objetivamente. Los funcionarios judiciales –jueces y magistrados– independientes son quienes pueden garantizar la imparcialidad de los fallos judiciales.

En el Informe sobre Garantías de Independencia para las y los Operadores de Justicia, la CIDH ha señalado que el objetivo de todo proceso de selección y nombramiento de las y los operadores de justicia debe ser seleccionar a los candidatos y las candidatas con base en el mérito personal y su capacidad profesional, así como la singularidad y especificidad de las funciones que van a desempeñar.¹⁴

La legislación guatemalteca, en el artículo 205 de la Constitución Política, reconoce como garantías del Organismo Judicial la independencia funcional y económica, así como la no remoción de los magistrados y jueces de primera instancia, salvo los casos que se hayan establecido en la ley. Dicho artículo también se refiere a la debida selección del personal.

La importancia de la carrera judicial se reconoció por primera vez en Guatemala con la Constitución promulgada en el año 1985, la cual, en el artículo 209 indica que: “Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición. Una ley regulará esta materia”. Para regular dichos aspectos debía emitirse la ley respectiva, la cual fue aprobada hasta el año 1999 por medio del Decreto 41-99 y reformada posteriormente por el decreto 32-16.

En el año 1993 se produce una reforma constitucional que incorpora una modalidad de elección de funcionarios judiciales a través de las Comisiones de Postulación para la elección de varios funcionarios públicos, entre

.....

14 CIDH, Informe sobre garantías de independencia para las y los operadores de justicia: hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas, Documento núm. 44, 2013.

otros, los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones. El objetivo de la creación de las Comisiones de Postulación era encontrar un mecanismo que permitiera evaluar de manera objetiva tres aspectos: la capacidad, la idoneidad y la honradez. Sin embargo, en la implementación de la misma se evidenció que el proceso no está exento de injerencias indebidas por parte de personajes interesados en poder influir sobre los magistrados.

En el año 2009 se promulga la Ley de Comisiones de Postulación (Decreto 19-2009 del Congreso de la República) la cual tiene aplicación para los procedimientos de todos los funcionarios públicos que se someten a un proceso de elecciones de postulación, como los magistrados, pero también el fiscal general, el contralor general, etc. Al promulgarse esta nueva normativa se generó un conflicto de aplicación entre la Ley de la Carrera Judicial y la Ley de las Comisiones de postulación, el cual repercutió negativamente en la elección de magistrados para las altas Cortes.

La Ley de la Carrera Judicial, a la que hace referencia la Constitución, es producto de los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), en especial el Acuerdo Sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y el Funcionamiento del Ejército en una Sociedad Democrática, donde se reconoce que: “Una de las grandes debilidades estructurales del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia”.¹⁵

El Acuerdo también indica que es indispensable una reforma profunda del Sistema de Justicia para evitar la impunidad y la corrupción. Con la suscripción del Acuerdo en el año 1996, se pretendía mejorar el acceso a la justicia, garantizar la imparcialidad, buscar la independencia judicial, que los jueces actuaran con ética y, en general, que se creara un sistema más moderno y eficiente de administración de justicia.

Desde la creación de las Comisiones de Postulación, en el año 1993, han sido dichos entes quienes se han atribuido la función de convocar, establecer requisitos, crear las tablas de gradación y evaluar a los aspirantes a magistrados para integrar las nóminas de candidatos que luego remiten al Congreso de la República para la elección de los funcionarios. Posteriormente, las comisiones incorporaron en su gestión la normativa general contenida en la Ley de Comisiones de Postulación, pero obviaron el sistema de nombramiento por

.....
¹⁵ Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y el funcionamiento del Ejército en una sociedad democrática.

oposición que debe preceder para optar a cargos y empleos públicos, según establece la Ley de la Carrera Judicial.

La Ley de la Carrera Judicial, promulgada en el año 1999, estableció que para el proceso de selección de magistrados de la Corte de Apelaciones y otros tribunales de igual categoría, y de la Corte Suprema, le corresponde al Consejo de la Carrera Judicial la función de convocar a los concursos por oposición, la elaboración de la lista de inscritos y verificar, en cada caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para los aspirantes y, posteriormente, confeccionar la nómina de aspirantes aptos para concursar y notificar a los interesados su decisión.

En Guatemala existe una diferencia clara entre jueces y magistrados. Según regula la Constitución, los primeros –jueces de paz y de instancia– son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de un proceso de oposición que está enmarcado en la Ley de la Carrera Judicial y gozan de estabilidad en sus cargos. Mientras que los magistrados –de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema– son electos por el Congreso de la República a través de un proceso de comisiones de postulación, duran en sus funciones únicamente 5 años y pueden ser reelectos. La Corte Suprema está integrada por 13 magistrados, que deben ser electos por el Congreso de la República de una nómina de 26 candidatos propuesta por la Comisión de Postulación. La forma en que se deben conformar las comisiones está prevista en la Constitución. Según dispone el artículo 215, la comisión que propone la nómina de magistrados para la Corte Suprema se integra de la manera siguiente:

- Un representante de los rectores de las universidades del país, quien la preside.
- Los decanos de las facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país.
- Un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.
- Igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones.¹⁶

Antes y durante el proceso de elección de magistrados del año 2014, que se llevó a cabo por las Comisiones de Postulación para la selección de magistrados de las cortes de apelaciones y Corte Suprema de Justicia, se dieron

.....

¹⁶ La comisión que elige a los magistrados de las cortes de apelaciones se integra de la misma forma, con la variante de que los representantes del Poder Judicial son los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, según lo regula el artículo 217 de la Constitución Política de la República.

una serie de irregularidades que fueron denunciadas por múltiples actores, entre ellos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en Guatemala, la Comisión Internacional contra la impunidad en Guatemala (Cicig); la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el procurador de los derechos humanos.

Incluso los medios de comunicación internacional reportaron las anomalías ocurridas durante el proceso de elección de magistrados, en el cual los grupos de interés político y económico, y de cuerpos ilegales hicieron uso del tráfico de influencias para que se designaran a personas afines a sus propios intereses.¹⁷ Diversas organizaciones de la sociedad civil que velan por el cumplimiento de los derechos humanos denunciaron las violaciones ocurridas durante el proceso de elección de cortes y promovieron procesos judiciales –amparos– en contra de las comisiones y del Congreso de la República, destinados a anular las elecciones de los magistrados para las altas Cortes.¹⁸ Esto ocasionó que la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de magistrados y abogados, Gabriela Knaul, manifestara su preocupación por el proceso de elección de magistrados que se llevó a cabo en 2014. Puntualizó que “los amparos interpuestos en el transcurso de dichos procesos ponen de manifiesto la pérdida de legitimidad de los procesos, particularmente de la selección final de los magistrados”, y solicitó que el proceso se repitiera.¹⁹

Los principales problemas que se denunciaron durante el proceso son los siguientes:

1. Violación de las disposiciones de la Constitución de Guatemala, y de la Ley de Comisiones de Postulación, en torno a los mecanismos establecidos para la valoración de los expedientes de los candidatos, especialmente en cuanto a la reconocida honorabilidad, la realización de entrevistas y la elaboración de la nómina final.
2. Incumplimiento de las disposiciones de la Ley de la Carrera Judicial (Decreto 41-99). Entre otros aspectos, la convocatoria para el proceso de selección de candidatos a magistrados de las Cortes fue efectuada

.....
17 El País, “¿Quién elige a los jueces en Guatemala?”, en https://elpais.com/internacional/2014/08/18/actualidad/1408370100_428284.html

18 Cicig, Comunicado de prensa, núm. 41, 12 de noviembre de 2014, en <https://www.cicig.org/comunicados-2014/argumentos-por-vicios-en-comisiones-de-postulacion/>

19 Acnudh, “Experta de la ONU exhorta a Guatemala a repetir selección de magistrados de forma transparente”, en <https://www.ohchr.org/sp/newsevents/pages/displaynews.aspx?newsid=15145&langid=s>

- por las Comisiones de Postulación y no por el Consejo de la Carrera Judicial, como lo indica el artículo 6 inciso c) y artículo 16 de la Ley de la Carrera Judicial.²⁰
3. Permeación de grupos de poder o fácticos que influyen la selección de los miembros de las Comisiones Postuladoras, para poner a operadores al servicio de sus intereses. Esto se evidencia en las elecciones del colegio de abogados y de los representantes de las Cortes.
 4. Conflictos de interés que resultan en el sistema fraudulento “tú me eliges yo, te elijo”, que se refleja en que personas que son postuladores en una comisión son candidatos en otra. Esto es consecuencia de la conformación de las Comisiones, que prevé que representantes de los magistrados de las Salas de Apelaciones conformen la Comisión Postuladora para la Corte Suprema de Justicia y viceversa. En el proceso de 2014, se evidenció que 43 % de los comisionados también fueron candidatos.²¹
 5. Amenazas al principio de igualdad, pues los aspirantes sin “padrinos políticos” no tienen las mismas oportunidades de ser electos que aquellos que son impulsados por distintos grupos de influencia. Evidente favoritismo a candidatos allegados a las planillas que sirvieron de plataforma para elegir a los comisionados, que a pesar de no contar con los méritos de idoneidad fueron evaluados favorablemente.
 6. Inadecuada elaboración de tabla de gradación que propicia aplicación arbitraria y discrecional de la misma. Contiene elementos que no garantizan una debida selección de profesionales idóneos, pues hace caso omiso de los parámetros reconocidos internacionalmente relativos a la independencia e imparcialidad, capacidad e idoneidad del aspirante. Existe incongruencia en la evaluación de candidatos que participaron como postulantes en las dos comisiones, donde se demuestra la falta de objetividad de las tablas de gradación.
 7. Evaluación subjetiva y manipulable, a través de la utilización de diversos criterios que no garantizan el derecho de equidad, ni la objetiva valoración de méritos profesionales, permitió favorecer a candidatos

.....

²⁰ Se debe tomar nota de que la Ley de la Carrera Judicial, Decreto Ley 41-99, fue reformada en el año 2016 por medio del Decreto Ley 32-2016.

²¹ Prensa Libre, “Comisionados van tras magistraturas”, 7 de agosto de 2014, en https://www.prensalibre.com/postuladora_csj/Nacionales-comisionados-van-tras-magistraturas-CSJ-Apelaciones-procesos-postulacion_o_1189081086.html

allegados a los comisionados y con vínculos políticos, los que a pesar de no contar con los méritos de idoneidad fueron evaluados favorablemente.

8. Criterios de evaluación contrarios a la carrera judicial. La forma subjetiva de evaluar a los candidatos favorece a los abogados litigantes y pone a los funcionarios judiciales en la obligación de competir en desventaja con los abogados que ejercen de forma liberal la profesión. Además, se privilegió la selección de jueces con poca experiencia en la labor judicial –recién nombrados–, que no han completado el periodo de cinco años, por sobre funcionarios con mayor experiencia judicial, lo que no garantiza las condiciones de experiencia e idoneidad requeridas, y violenta el régimen de carrera judicial.
9. La evaluación por medio de ternas y el escaso tiempo dispuesto para el efecto, no permitió que todos los comisionados conocieran el perfil de los aspirantes que participaron en las comisiones para elección de magistrados de cortes de apelaciones y Corte Suprema de Justicia.
10. Elección prematura en el Congreso de la República. Antes de que se hubiera cumplido con el plazo de 72 horas, establecido en la Ley de Comisiones de Postulación para presentar impugnaciones, el Congreso eligió a los magistrados de la Corte Suprema (el 24 de septiembre de 2014), por lo que se violó el derecho de los aspirantes que presentaron reclamos ante las Comisiones.²²

Sumado a lo anterior, durante la última etapa del proceso se hizo pública una denuncia interpuesta en contra del expresidente del Congreso, Godofredo Rivera, quien ejerció presiones sobre la Sala de Apelaciones, donde yo fungía como magistrada, para lograr una resolución judicial favorable al partido político en el poder –Partido Patriota– y a la vicepresidenta Roxana Baldetti. El diputado utilizó como arma de presión la elección de las Cortes y condicionó la designación de los magistrados de dicha sala, a cambio de un fallo judicial. Las coacciones fueron grabadas durante la conversación y debido a mi compromiso con la defensa de la independencia judicial fueron entregadas a la Cicig.²³ El diputado expresó claramente durante la conversación

.....

²² CIDH, Nota de Prensa, núm. 108/14, “CIDH reitera su preocupación por procesos de selección y nombramiento de magistrados y magistradas para Corte de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia en Guatemala”, Nota de Prensa, núm. 108/14, 27 de septiembre de 2014, en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/108.asp>

²³ Cicig, Comunicado de prensa, 7 de noviembre de 2014, en <https://www.cicig.org/casos/capturado-abogado-vinculado-con-presiones-a-magistrada-escobar/>

que en la elección de magistrados no se toman en cuenta la experiencia, los conocimientos o la honorabilidad, sino únicamente los vínculos con los partidos políticos y grupos de poder. El Ministerio Público y la Cicig realizaron la investigación correspondiente.²⁴

A pesar de las denuncias y las pruebas presentadas, ninguna de las acciones legales prosperó, ya que los grupos que promueven la impunidad utilizaron sus influencias para incidir en el fallo. Así, el 19 noviembre de 2014, la Corte de Constitucionalidad resolvió –con tres votos a favor y dos en contra– declarar *sin lugar* las acciones de amparo presentas. Por tanto, los magistrados electos debían tomar posesión de sus cargos.²⁵

Los señalamientos en contra del proceso de elección ocasionaron la pérdida de credibilidad de todo el sistema judicial de Guatemala, pues violaron flagrantemente los derechos y las garantías a la independencia judicial, derecho ciudadano a ser juzgado por jueces imparciales e independientes, derecho a que los juzgadores sean nombrados por el sistema de oposición; todos consagrados en la Carta Magna y en diversas convenciones internacionales de derechos humanos.

Con posterioridad a la integración de las Cortes, la Cicig, junto con la Fiscalía Especial Contra la Impunidad (FECI) del Ministerio Público, realizaron una serie de investigaciones criminales por casos de corrupción en los que resultaron involucrados algunos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.²⁶

En el año 2016 se iniciaron procesos penales en contra de Vladimir Aguilar y Douglas Charchal por un caso de corrupción, que involucra a la Empresa Portuaria Quetzal y a la compañía Terminal de Contenedores Quetzal (TCQ). En este caso también está implicada la pareja presidencial de Otto Pérez y Roxana Baldetti que, según develó Ministerio Público, habría

.....
24 Dos años después, el expresidente del Congreso, Godofredo Rivera, fue condenado por tráfico de influencias y cohecho, y sentenciado a 13 años de prisión. La sentencia fue confirmada por la Sala de Apelaciones en febrero de 2018.

25 En la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 19 de noviembre de 2014 sobre los casos de Amparo 4639-2014, 4645-2014, 4646-2014 y 4647-2014 se conocieron los argumentos de las violaciones de derechos humanos esgrimidos por los denunciantes en contra del proceso de elección de magistrados, el cual fue declarado sin lugar.

26 Soy 502, “Piden renuncia de los tres magistrados señalados por corrupción”, en <https://www.soy502.com/articulo/activistas-piden-renuncia-3-magistrados-senalados-corrupcion>

acordado y pagado sobornos para lograr un contrato de usufructo por 25 años.²⁷ Mientras que Blanca Stalling de Sierra está vinculada a un caso de tráfico de influencias por presionar a un juez para que otorgara medidas favorables a su hijo Otto Molina Stalling, quien es acusado de asociación ilícita y cobro de comisiones en el Seguro Social.²⁸

La gravedad de los señalamientos en contra de los procesos de elección de magistrados, no pasó desapercibida para los investigadores de la Cicig y de la FECCI, adscrita al Ministerio Público, quienes durante meses analizaron la forma en que los grupos de influencia y el crimen organizado habían operado dentro de las Comisiones de Postulación, para incidir en la designación de los magistrados a las altas Cortes para el periodo de 2014-2019.

En enero de 2017 –con orden judicial– los fiscales allanaron las oficinas del abogado Sergio Roberto López Villatoro –conocido como el Rey del Tennis– donde se obtuvieron distintas evidencias que sirvieron para sustentar el caso que se conoce como “Comisiones paralelas”.²⁹ También se solicitó levantar el antejuicio al magistrado presidente de la Sala segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil, Eddy Giovanni Orellana Donis, quien en la Comisión de Postulación para elegir magistrados de la Corte Suprema de Justicia, durante el proceso de elecciones de Cortes de 2014, ocupó el cargo de comisionado.

La investigación periodística de InSight Crime indica que el Rey del Tennis primero tomó control del Colegio de Abogados y luego usó su influencia en los procesos de comisiones de postulación. Durante los referidos procesos para elegir magistrados en año 2009, la influencia de López Villatoro ya era evidente; Carlos Castresana, comisionado de la Cicig, afirmaba que: “el rey del tenis era el principal operador que había corrompido el proceso de selección de las Comisiones de Postulación”.³⁰

Un año después del allanamiento, el día 23 de febrero de 2018, se detuvo al abogado López Villatoro por el delito de cohecho activo. Ese mismo día

.....

27 Soy 502, “Caso TCQ: MP trasladó antejuicio contra magistrado Vladimir Aguilar”, en <https://www.soy502.com/articulo/otro-magistrado-oj-antejuicio-caso-tcq-5313>

28 Prensa Libre, “Blanca Stalling será procesada por tráfico de influencias”, en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/blanca-stalling-es-imputada-por-trafico-de-influencias>

29 Nomada, “¿Qué dice la libreta roja que delató al ‘Rey del Tennis’ y su estrategia para comprar jueces?”, <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/que-dice-la-libreta-roja-que-delato-al-rey-del-tenis-y-su-estrategia-para-comprar-jueces/>

30 InSight Crime, “De ‘Rey del Tennis’ al caballero cabildero de Guatemala”, en <https://es.insightcrime.org/investigaciones/re-y-del-tenis-caballero-cabildero-guatemala/>

fue detenido el magistrado Eddy Giovanni Orellana Donis, a quien López Villatoro le obsequió un lujoso apartamento como pago a su gestión en las postuladoras, por lo que se le acusa de cohecho pasivo e incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial.³¹

Además, se dio a conocer públicamente la estrategia que, de acuerdo con la investigación, se llevó a cabo para influir en los nombramientos de las más altas Cortes del país, promovida por el abogado López Villatoro, con la complicidad de otros abogados que desempeñaron la función de comisionados en las comisiones del proceso de elección de magistrados en el año 2014 y también de congresistas que aseguraron la elección de las Cortes. Los documentos recabados durante un allanamiento al bufete del abogado Roberto López, en enero de 2017, demuestran que realizaron distintas actividades para influir en la elección, entre las que se destacan las siguientes:

- Pagó casi un millón de quetzales (Equivalente a US\$ 150 mil) en campañas gremiales, realizadas en el Colegio de Abogados para la elección de comisionados afines a sus intereses, a través de su bufete-empresa Lovi y asociados.
- Organizó y financió reuniones privadas en hoteles de lujo, con los comisionados, en fechas claves para influir en su decisión. Dichas reuniones fueron pagadas directamente por su organización Lovi y asociados o por empresas bajo su control.
- Celebró reuniones con diputados para influir en su voto y favorecer a los candidatos que él había aprobado.
- Realizó múltiples reuniones, en su propio bufete, con los distintos actores del proceso de postulación: comisionados, candidatos, diputados. En los documentos encontrados se detallan los nombres de las personas con quienes se reunió, justo en fechas que coinciden con el proceso de elección.
- Compró un apartamento de lujo para el magistrado de apelaciones Eddy Giovanni Orellana Donis, realizando los pagos correspondientes en días que coincidían con el trabajo de las comisiones.

Es importante hacer notar que el magistrado Eddy Giovanni Orellana Donis quien, como se indicó, fue nombrado para integrar la comisión que elaboró el listado de los candidatos a magistrados a la Corte Suprema, también participó como candidato a magistrado para las cortes de apelaciones,

.....
 31 Cicig, Comunicado de prensa, núm. 23, Comisiones Paralelas, en https://www.cicig.org/comunicados-2018/com_023_20180227/

junto con su esposa Doris Lucrecia Alonso Hidalgo. Esa situación configura un grave conflicto de interés al colocarse en una posición de “tú me eliges, yo te elijo”, pues durante los procesos es común que algunos de los comisionados que participan en una comisión sean a su vez aspirantes a magistrados. El magistrado Orellana y su esposa Doris Alonso fueron incluidos en el listado de candidatos que remite la Comisión de Postulación al Congreso de la República, y ambos fueron electos por el Congreso como magistrados de apelaciones. Otro hecho notorio es que las magistradas Vitalina Orellana Orellana y Silvia Patricia Valdés Quezada, quienes durante el periodo 2009-2014 fueron magistradas de apelaciones en la misma sala que Orellana Donis, también fueron electas como magistradas de la Corte Suprema para el periodo 2014-2019.

Además, la investigación demostró vínculos existentes entre las magistradas Orellana y Valdés con el abogado López Villatoro; Vitalina Orellana utilizaba los servicios profesionales del bufete Lovi y Asociados para sus contratos privados y, al ser designada para la Corte Suprema de Justicia, contrató en puestos de confianza a personas que laboraban para dicho bufete, al igual que Silvia Valdés.³²

Según la investigación realizada por el Ministerio Público y la Cicig, el abogado López Villatoro es un operador político de grupos de interés, que buscaban nombrar magistrados en las Cortes para que defendieran sus intereses. La influencia del Rey del Tenis en los procesos de elección de magistrados no surgió de la noche a la mañana, está se fue consolidando poco a poco. De acuerdo con Impunity Watch, desde el año 2004 el objetivo del abogado López Villatoro ha sido “colocar magistrados para negociar casos y lucras con las decisiones judiciales”.³³

Aún existen capturas pendientes de ejecutar en contra de otros magistrados de salas de apelaciones: Marwin Eduardo Herrera Solares y Carlos Rodimiro Lucero Paz, quienes también fueron comisionados, pero que en la actualidad gozan del derecho de antejuicio y de la protección de los magistrados de la Corte Suprema, quienes a su vez fueron electos durante el proceso de elecciones de 2014.

.....
32 El Periódico, “El rey del tenis y un magistrado detenidos por corrupción judicial”, en <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/02/23/el-rey-del-tenis-y-un-magistrado-detenido-por-corrupcion-judicial/>

33 Impunity Watch, “Procesos de elección de magistrados en Guatemala y Honduras”, en https://www.impunitywatch.org/docs/32531_IMPUNITY_WATCH_Proceso_eleccion_magistrados_GT_y_HN

A la fecha del presente escrito, el proceso se encuentra en trámite.³⁴ En julio de 2018, el Ministerio Público presentó formalmente la acusación en contra del abogado Roberto López Villatoro; de su hermana, Clara Guadalupe López Villatoro, y del magistrado Eddy Orellana. Según refirió el fiscal Juan Francisco, la acusación consta de al menos 175 medios de prueba.³⁵

Derechos humanos violados en estos casos

Al manipular los procesos de designación de magistrados, ya sea a través del proceso de comisiones de postulación o en la elección por parte del Congreso, se afectan disposiciones constitucionales guatemaltecas y tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado de Guatemala. El principio de separación de poderes, característica esencial de los regímenes democráticos republicanos, se ve vulnerado si el poder judicial está sujeto a influencias políticas-partidarias o de sectores de influencia y de poder.

En el caso de “comisiones paralelas”, al manipular los procesos de selección dentro de la comisión de postulación para la elección de magistrados, se atenta directamente contra del principio de independencia judicial y de la garantía de tribunales imparciales. Las víctimas de estos atropellos son, en primera instancia, los usuarios del sistema de justicia, pero también todos los ciudadanos guatemaltecos que anhelan justicia. Asimismo, se vulnera el derecho de igualdad de los aspirantes a ocupar los cargos de magistrados, pues la elección no obedece a razones objetivas, sino que es manipulada por los grupos de interés. Además, se atenta contra el derecho de elegir y ser electo, en donde son afectados los participantes en los procesos de comisiones de postulación.

Algunos de los implicados en la configuración de la violación a la independencia judicial actuaron en calidad de funcionarios públicos, como es el caso de los comisionados y de los diputados. Mientras que otros participantes actuaron desde el ámbito privado y en consecuencia tienen una responsabilidad distinta en los hechos delictivos. Por ejemplo, al magistrado Orellana Donis, comisionado de la Comisión de Postulación para la Elección de la Corte Suprema, se le acusa de cohecho activo, mientras que a López Villatoro, operador político, está sindicado por el delito de cohecho pasivo.

Medidas adoptadas a nivel nacional

.....

34 Este estudio se escribió en septiembre de 2018.

35 La Hora, “MP presenta acusación en Caso Comisiones Paralelas”, en <https://lahora.gt/mp-presenta-acusacion-en-caso-comisiones-paralelas/>

En el año 2016, los tres organismos del Estado –el Legislativo, Ejecutivo y el Judicial– promovieron una reforma constitucional a fin de fortalecer el sistema judicial. Durante seis meses se desarrollaron mesas de diálogo con la población, en distintas áreas del país. Posteriormente, se preparó una propuesta de reforma que se presentó al Congreso de la República para su aprobación con el número de iniciativa 5179. Sin embargo, durante la fase de discusión, los cambios sugeridos no fueron aprobados por los diputados y la propuesta quedó estancada en el Congreso.³⁶

A partir de la crisis institucional generada a raíz de la elección de magistrados en el año 2014, existe mayor conciencia de la población sobre necesidad de reformar el sistema de justicia a fin de proteger la independencia judicial y garantizar que los magistrados y jueces sean electos por sus méritos, no por sus vínculos con grupos de poder. Esto permitirá mayores garantías de imparcialidad en los tribunales del país.

Distintas organizaciones de la sociedad civil, dedicadas a los temas de justicia, han propuesto varios proyectos para fortalecer el sistema de justicia, para monitorear la elección de funcionarios judiciales y para disminuir la corrupción judicial. Así, por ejemplo, la Asociación “Guatemala Visible” hace seguimiento público a los procesos de elección de funcionarios públicos; la organización Impunity Watch creó un observatorio de la independencia judicial a través del cual denuncia actos de corrupción que puedan poner en riesgo la independencia de los jueces o magistrados; diversas organizaciones se agruparon para promover cambios legislativos en el sector justicia, el grupo se conoce como “Alianza por las reformas”; la entidad Justicia Ya, integrada por jóvenes activistas, hace seguimiento a las denuncias de corrupción en contra de funcionarios públicos y realiza campañas de concientización.

En los últimos años, el Ministerio Público, mientras estuvo a cargo de la fiscal general Thelma Aldana, junto con la Cicig, dirigida por el comisionado Iván Velásquez, jugaron un rol determinante en la lucha contra la corrupción. Durante el periodo 2015-2018 se iniciaron acciones penales en contra de funcionarios públicos de los tres poderes del Estado.³⁷

Entre los casos más emblemáticos se destaca el caso de “La Línea”, en el cual el expresidente Otto Pérez Molina, la exvicepresidenta Roxana Baldetti y algunos de sus más cercanos colaboradores se asociaron para delinquir y

.....
 36 Diálogo Nacional, “Hacia la reforma de la justicia en Guatemala”, en <http://www.reformajusticiagt.org>

37 El País, “El Congreso de Guatemala, investigado por corrupción”, en https://elpais.com/internacional/2016/01/28/america/1453944474_095392.html

apropiarse de los impuestos que pagaban los usuarios en las aduanas del país.³⁸ Existen denuncias penales en contra de decenas de congresistas en funciones pertenecientes a distintos partidos políticos, por hechos relacionados con diversos delitos como la creación de puestos ficticios o plazas fantasmas, enriquecimiento ilícito y financiamiento ilícito de campañas electorales.³⁹

Además, hay una denuncia penal planteada por la Alianza por las Reformas, en contra de 107 parlamentarios que trataron de reformar el Código Penal para modificar las normas relativas a las sanciones y facilitar la conmutación de penas. Se les acusa de haber cometido los delitos de resoluciones violatorias a la Constitución y obstrucción a la justicia.⁴⁰

Existen juzgadores, fiscales y abogados que actúan de forma ética y apegados a la justicia y que, a pesar de las fuertes presiones que enfrentan a consecuencia de su labor independiente y objetiva, con su trabajo promueven, defienden y garantizan el respeto de los derechos humanos. Algunos de estos funcionarios sufren persecución, señalamientos injustos y son relegados al ostracismo profesional. Esa labor en contextos de impunidad y fragilidad de las instituciones públicas requiere de un acompañamiento constante de parte de la ciudadanía, para evitar que sean objeto de presión y persecución, así como de interferencias externas e internas.

Conclusiones y recomendaciones

El sistema de Comisiones de Postulación para la elección de funcionarios públicos se ha vuelto permeable a la influencia de diferentes grupos de poder, que capturan desde su inicio a las comisiones, especialmente a través de la selección de los representantes del gremio de los abogados y las facultades de derecho, como un medio para mantener injerencia directa en la selección de los jueces y magistrados, como quedó plasmado en las acciones de amparo presentadas por las distintas organizaciones de sociedad civil en el año 2014, y como se evidencia en el caso “Comisiones paralelas”.

La única garantía de una persecución, juzgamiento y condena eficaces a los casos de corrupción está dada por una conformación idónea del sistema

.....
38 Cicig, Comunicado de prensa, núm. 076, “Caso la línea: a juicio expresidente Otto Pérez y exvicepresidenta Roxana Baldett”, en <https://www.cicig.org/casos/caso-la-linea-a-juicio-expresidente-y-exvicepresidenta/>

39 New York Times, “Guatemala batalla por su democracia”, <https://www.nytimes.com/es/2018/09/07/opinion-guatemala-cicig/>

40 Prensa Libre, “Piden antejuicio contra 107 diputados del Pacto de Corruptos”, en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/pacto-de-corruptos-paro-nacional-antejuicio-congreso>

de justicia. La forma en que se elige a los funcionarios judiciales –para las altas Cortes– impide que exista una rama judicial imparcial y provoca una grave violación de la independencia judicial. La designación de jueces y magistrados es un asunto esencialmente técnico y no político, que debe estar acorde con los estándares internacionales en la materia y las disposiciones nacionales.

Los nombramientos de los jueces y magistrados deben estar libres de injerencia de los otros poderes del Estado, pero también de grupos de interés que representen a distintos sectores o al crimen organizado. Es necesario que en los procesos de designación de funcionarios judiciales se privilegien las competencias, la experiencia y los méritos de los candidatos. También, que la valoración se realice a través de mecanismos que permitan una evaluación objetiva y comprobable.

Si bien es cierto que no existen sistemas perfectos de elección de jueces o magistrados, sí hay parámetros aceptados internacionalmente que garantizan que los nombramientos en el sistema de justicia se realicen de forma objetiva. Estos lineamientos buscan que los procesos de elección de funcionarios para las altas Cortes sean realizados por personas idóneas, capaces e íntegras. Es indispensable que Guatemala incorpore los estándares internacionales de elección de jueces en su normativa.

Los procesos judiciales por casos de corrupción relacionados –directa o indirectamente– con el proceso de elección de magistrados demostraron que algunos de los magistrados electos fueron nombrados por sus vínculos políticos y sus relaciones con los grupos de poder y no por sus méritos o su honorabilidad. También se evidenció que muchos magistrados de Corte Suprema o salas de apelaciones fueron electos con el fin de impedir que se investiguen y sancionen actos de corrupción o denuncias de derechos humanos, lo cual vulnera directamente la independencia judicial y la imparcialidad de los tribunales.

La debilidad institucional en Guatemala y el incumplimiento de deberes por parte de los funcionarios públicos provoca una constante violación de los derechos humanos de los guatemaltecos. Por tal razón, es indispensable una profunda reforma del sistema de justicia que fortalezca las instituciones y permita una verdadera independencia de poderes.

En la actualidad ha sido a través del trabajo conjunto entre el Ministerio Público y la Cicig como se ha logrado llevar a proceso penal a los funcionarios. Sin embargo, cuando se lucha contra la corrupción, los grupos que alimentan ese flagelo también reaccionan para destruir los esfuerzos que se realizan para fortalecer las instituciones de justicia.

En Guatemala, muchas personas poderosas de diversos sectores, señaladas o involucradas en casos de corrupción, se confabularon para debilitar a la Cicig y dar por terminado el mandato para retomar el poder absoluto y controlar de nuevo todas las instituciones del Estado. La alianza formada entre los sectores que buscan impunidad se conoce como el “pacto de corruptos”.⁴¹ Lamentablemente, el presidente Jimmy Morales y su familia también están involucrados en casos de corrupción.⁴² Existen a la fecha antejuicios planteados en contra del presidente, así como contra muchos congresistas que usan su cargo político para fines ilícitos.

A finales del mes de agosto 2018, el presidente Morales anunció que no renovaría el mandato de Cicig⁴³ y unos días después prohibió el ingreso del jefe de la comisión, Iván Velásquez, quien se encontraba de viaje en Estados Unidos.⁴⁴ Además, el Gobierno suspendió las visas de trabajo a los investigadores internacionales. Sumado a lo anterior, existen amenazas de represalias en contra de jueces, fiscales y defensores de derechos humanos que han sido figuras claves en la lucha contra la corrupción.

A pesar de que la Corte de Constitucionalidad ordenó que se permita el ingreso del comisionado y que se suspenda cualquier intento de entorpecer el trabajo de la Comisión, el Gobierno ha desobedecido la resolución judicial, situación que atenta contra el orden constitucional y destruye el Estado de derecho.

Sería necesario que la Cicig continúe ejerciendo su labor en Guatemala, hasta que las instituciones de justicia puedan garantizar a la ciudadanía que tiene las herramientas y las condiciones para llevar a cabo la labor por sí mismas. Sin embargo, al no renovarse el convenio suscrito entre Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala, se dio por terminado al primer esfuerzo internacional de combate a la impunidad.

.....
 41 Plaza Pública, “El pacto de corruptos ejerció su poder”, en <https://www.plaza-publica.com.gt/content/el-pacto-de-corruptos-ejercicio-su-poder>

42 InSight Crime, “El pecado original del presidente Morales”, en <https://es.insightcrime.org/investigaciones/el-pecado-original-del-presidente-jimmy-morales-y-de-guatemala/>

43 Según establece el acuerdo suscrito entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala, el presidente de la República tiene la facultad de solicitar la prórroga del mandato cada dos años.

44 New York Times, “La democracia de Guatemala, amenazada por su presidente”, en https://www.nytimes.com/es/2018/09/19/jimmy-morales-cicig-velasquez/?rref=collection%2Fsectioncollection%2Fnyt-es&action=click&contentCollection=cicig®ion=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=2&p-type=collection

Sin un sistema de justicia que sea capaz de resolver de forma objetiva y equitativa, es utópico pensar que los derechos de los ciudadanos serán respetados. Por eso, es de suma importancia velar por que los integrantes de las cortes sean designados con base en sus capacidades y competencias, pero que también sean personas éticas y comprometidas con la justicia.

Bibliografía

Lecturas

- ACUERDO SOBRE EL FORTALECIMIENTO DEL PODER CIVIL Y EL FUNCIONAMIENTO DEL EJÉRCITO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, en <http://www.sepaz.gob.gt/Accessoalainformacion/index.php/79-acuerdos-de-paz/96-acuerdo-sobre-el-fortalecimiento-del-poder-civil-y-funcion-del-ejercito-en-una-sociedad-democratica>
- ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS, declaración de Zeid Ra'ad Al Hussein al concluir su misión a Guatemala, 19 de noviembre de 2017, <http://www.oacnudh.org.gt/index.php/sala-de-prensa/comunicados/98-acengt-informe>
- BANCO MUNDIAL, Jim Yong Kim. Discurso en Cumbre contra la Corrupción 2016, Londres, Reino Unido, en <http://www.bancomundial.org/es/news/speech/2016/05/12/remarks-by-world-bank-group-president-jim-yong-kim-at-anti-corruption-summit-2016>
- CIDH, Informe de País. Guatemala – Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, 31 de diciembre de 2017, pp. 39-40, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2017-es.pdf>
- CIDH, Informe sobre Garantías de Independencia para las y los operadores de Justicia: hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas, Documento 44, 5 de diciembre de 2013, en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>
- DÉCIMO INFORME DE LABORES DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), “10 años apoyando a la justicia guatemalteca”, 2017, en http://www.cicig.org/uploads/img/2017/others/COM_074_20171010_Informe_2017.pdf
- DIÁLOGO NACIONAL – Hacia la reforma de la justicia en Guatemala, en <http://www.reformajusticiagt.org>
- HUMAN RIGHTS WATCH, “Carrera contra el tiempo - Cómo el poder judicial de Guatemala pone en riesgo la lucha contra la impunidad”, noviembre

de 2017, en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/guatemala1117sp_web_4.pdf

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe Anual del sobre las actividades de su Oficina en Guatemala, 2017, en <https://www.oacnudh.org.gt/images/CONTENIDOS/ARTICULOS/INFORMESANTERIORES/2017.pdf>

PNUD, Índice Nacional de Desarrollo Humano, 2017, en <http://desarrollohumano.org.gt>

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, Índice de percepción de la corrupción, 2017, en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf

Prensa

ACNUDH, “Experta de la ONU exhorta a Guatemala a repetir selección de magistrados de forma transparente”, en <https://www.ohchr.org/sp/newsevents/pages/displaynews.aspx?newsid=15145&langid=s>

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), Comunicado de prensa, 7 de noviembre de 2014, en <https://www.cicig.org/casos/capturado-abogado-vinculado-con-presiones-a-magistrada-escobar/>

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), Comunicado de prensa, núm. 41, 12 de noviembre de 2014, en <https://www.cicig.org/comunicados-2014/argumentos-por-vicios-en-comisiones-de-postulacion/>

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), Comunicado de prensa, núm. 78, 27 de octubre de 2015, en <https://www.cicig.org/casos/desarticulan-red-de-corrupcion-en-el-igss-negociantes-de-la-salud/>

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), Comunicado de prensa, núm. 076, “Caso la línea: a juicio expresidente Otto Pérez y exvicepresidenta Roxana Baldett”, 27 de octubre de 2017, en <https://www.cicig.org/casos/caso-la-linea-a-juicio-expresidente-y-exvicepresidenta/>

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), Comunicado de Prensa, núm. 23, “Comisiones paralelas”, 27 de febrero de 2018, en https://www.cicig.org/comunicados-2018/com_023_20180227/

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Nota de prensa, núm. 108/14, “CIDH reitera su preocupación por procesos de

selección y nombramiento de magistrados y magistradas para Corte de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia en Guatemala”, 27 de septiembre de 2014, en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/108.asp>

DIARIO LA HORA, “MP presenta acusación en Caso Comisiones Paralelas”, en <https://lahora.gt/mp-presenta-acusacion-en-caso-comisiones-paralelas/>

EL PERIÓDICO, “El Rey del Tenis y un magistrado detenidos por corrupción judicial”, 28 de febrero de 2017, en <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/02/23/el-rey-del-tenis-y-un-magistrado-detenidos-por-corrupcion-judicial/>

EL PAÍS, “¿Quién elige a los jueces en Guatemala?”, en https://elpais.com/internacional/2014/08/18/actualidad/1408370100_428284.html

EL PAÍS, “El Congreso de Guatemala, investigado por corrupción”, en https://elpais.com/internacional/2016/01/28/america/1453944474_095392.html

IMPUNITY WATCH, “Procesos de elección de magistrados en Guatemala y Honduras”, en https://www.impunitywatch.org/docs/32531_IMPUNITY_WATCH_Proceso_eleccion_magistrados_GT_y_HN

INSIGHT CRIME, “De ‘Rey del Tenis’ al caballero cabildero de Guatemala”, en <https://es.insightcrime.org/investigaciones/re-y-del-tenis-caballero-cabildero-guatemala/>

NEW YORK TIMES, “Guatemala batalla por su democracia”, en <https://www.nytimes.com/es/2018/09/07/opinion-guatemala-cicig/>

NÓMADA, “¿Qué dice la libreta roja que delató al Rey del Tenis y su estrategia para comprar jueces?”, en <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/que-dice-la-libreta-roja-que-delato-al-rey-del-tenis-y-su-estrategia-para-comprar-jueces/>

PRENSA LIBRE, “Comisionados van tras magistraturas”, en https://www.prensalibre.com/postuladora_csj/Nacionales-comisionados-van-tras-magistraturas-CSJ-Apelaciones-procesos-postulacion_o_1189081086.html

PRENSA LIBRE, “MP abre un caso diario por robo de propiedades”, en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/mp-abre-un-caso-diario-por-robo-de-propiedades>

PRENSA LIBRE, “Blanca Stalling será procesada por tráfico de influencias”, en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/blanca-stalling-es-imputada-por-trafico-de-influencias>

PRENSA LIBRE, “Piden antejuicio contra 107 diputados del Pacto de Corruptos”, en <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/pacto-de-corruptos-paro-nacional-antejuicio-congreso>

SOY 502, “Así funcionaba el bufete de la Impunidad”, en <https://www.soy502.com/articulo/asi-funcionaba-bufete-impunidad>

SOY 502, “Piden renuncia de los tres magistrados señalados por corrupción”, en <https://www.soy502.com/articulo/activistas-piden-renuncia-3-magistrados-senalados-corrupcion>

SOY 502, “Caso TCQ: MP trasladó antejuicio contra magistrado Vladimir Aguilar”, en <https://www.soy502.com/articulo/otro-magistrado-oj-antejuicio-caso-tcq-5313>

■ HONDURAS: ENTRE LA CORRUPCIÓN Y EL ESPANTO

Julio Arbizu González*

Introducción

Existen muchas formas de caracterizar la corrupción de los Estados. Una opción es partir de un enfoque disciplinario específico. Así, desde uno netamente económico, podríamos afirmar que la afectación al patrimonio público provoca una distorsión en la viabilidad de una correcta distribución de los recursos. O que, al ser la corrupción un fenómeno que estandariza los pagos irregulares para acceder a servicios, el impacto en el presupuesto de los ciudadanos y las ciudadanas es mucho más intenso en los más pobres, pues ellos tendrán que invertir una proporción mayor de sus ingresos en conseguir ese acceso, frente a quienes cuentan con mayor presupuesto. El ejercicio no es complejo y podemos extenderlo a enfoques jurídicos, históricos, culturales, sociales y hasta psicológicos.

Otra forma de caracterizar la corrupción en los Estados es hacer la separación metodológica entre pequeña corrupción (o corrupción administrativa) y gran corrupción. La primera es la relativa a los espacios de interacción más inmediatos entre ciudadanos, ciudadanas y representantes del Estado, para el acceso a servicios. La segunda, evidentemente, entraña características más complejas y generalmente tiene que ver con la relación del Estado con grandes proveedores, en la que se generan distorsiones que involucran, por lo general, enormes flujos de dinero cuya ruta, en el sistema financiero, trata de ser ocultada por sus actores o titulares.

Ninguna de estas formas de entender la corrupción se ocupa de manera clara de algo que puede deducirse a partir del más elemental sentido común.

.....

* julioarbizu@hotmail.com

La corrupción no solo es económica. En el cohecho o el tráfico de influencias (delitos de corrupción en la mayoría de legislaciones penales en la región) no se compromete dinero del Estado. Son los particulares quienes disponen de su presupuesto para pagar por servicios que el Estado está obligado a proveer (en la mayoría de los casos de manera gratuita y siempre con garantía de calidad). Cuando alguien paga por un cupo en un colegio público o una cama en un hospital se está cometiendo un delito de corrupción (cohecho), igual que cuando se invoca tener influencias sobre alguien que va a tomar decisiones en un pleito judicial o administrativo (tráfico de influencias). En el primer caso se está vulnerando el derecho a la educación o a la salud (podría ser cualquier otro dependiendo del espacio de ocurrencia del acto de corrupción) y, en el segundo, se está afectando el derecho de acceso a la justicia en términos igualitarios.

La corrupción, pues, afecta derechos fundamentales. La gran corrupción evita que el diseño de políticas públicas favorezca a los ciudadanos y las ciudadanas; la pequeña corrupción distorsiona el flujo de acceso a derechos y provoca que el Estado abdique de su obligación constitucional de garantizar y proteger los derechos humanos.

Es esta la importancia de entender el fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de los y las ciudadanas. Si bien cualquier sociedad ve afectada su dinámica de manera nociva, son las de mayor precariedad económica o aquellas que aún no han alcanzado un nivel de desarrollo importante, las que más sufren con los efectos de la corrupción. Honduras es, claramente, uno de esos casos.

El diseño institucional y normativo hondureño. ¿Voluntad o complicidad?

En mayo de 2015 se descubrió que en Honduras, durante cinco años, distintos funcionarios públicos habían desplegado actividades en el marco de una organización criminal dedicada al desfalco de los recursos del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS).¹ Uno de los factores que ocasionó la alarma fue precisamente la crisis del sistema previsional, debido a la pérdida de, al menos, 200 millones de dólares. El caso tenía una importancia crucial,

.....

¹ Para mayor información sobre este caso es recomendable revisar la ONG Asociación para una Sociedad más Justa. Kamel Kazor Aliste, “Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución”, *Revista de Derecho*, Vol. VIII, 1997. Ver también, Francisco Rubio Llorente, “El principio de legalidad”, *Revista española de derecho constitucional*, Año 13, núm. 39, 1993.

puesto que involucraba al actual partido de Gobierno y a su presidente (re-cientemente reelecto), Juan Orlando Hernández.

Esta crisis provocó la reacción masiva del pueblo hondureño que salió a las calles en lo que se llamó popularmente la “marcha de las antorchas”.² Todos los viernes, miles de personas se movilizaron por las calles de Tegucigalpa y otras ciudades del país, organizadas en el marco de la llamada “oposición indignada”, para pedir rendición de cuentas al Gobierno y el establecimiento de una comisión internacional contra la corrupción y la impunidad.

El 16 de enero de 2016, y pese a que el movimiento social solicitaba que la Misión dependiera de la Organización de las Naciones Unidas –como ocurre con la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (Cicig)– y tuviera competencias específicas para afrontar los casos de corrupción más graves del país, el gobierno firmó un convenio con la Organización de los Estados Americanos (OEA) para instalar la Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (Maccih),³ a la que se le confirió un acotado listado de competencias y un extenso espectro de encargos.

Dicho convenio estableció la creación de cuatro unidades o áreas temáticas:

1. Prevención y combate a la corrupción: es el corazón de la Misión. Su labor principal es la de participar, junto a las instituciones hondureñas, en el diseño de estrategias, investigación y acompañamiento técnico y pericial en las causas por delitos de corrupción. Para ello se utiliza la modalidad de equipos integrados de investigación que cuentan con personal del Ministerio Público hondureño y funcionarios internacionales de la Misión, especialistas en investigación criminológica y labores periciales.
2. Reforma de la justicia penal: la Misión se encarga de apoyar la reforma del sistema de justicia penal, para asegurar el acceso a la justicia y procurar un marco normativo que también lo garantice y permita una adecuada persecución del delito. En esta área, además, se previó la conformación de un Observatorio de la Justicia Penal, que deberá encargarse, junto a la sociedad civil, del establecimiento de una sólida base de datos que permita la veeduría ciudadana o la facilite la solicitud

.....
2 Sobre esto, la BBC de Londres elaboró un informe, ver: https://www.bbc.com/mundo/video_fotos/2015/08/15827_video_honduras_protestas_gtg.

3 Para acceder al documento del Convenio ver: <https://www.oas.org/documents/spa/press/convenio-MACCIH-1.19.16.pdf>

de rendición de cuentas a las autoridades en materia de corrupción o ética pública.

3. Reforma político-electoral: esta es un área también importante puesto que el financiamiento de campañas políticas con dinero de procedencia ilegal permite y consolida un esquema pernicioso en el que los candidatos a cargos de representación quedan hipotecados a quienes han financiado sus campañas, lo que genera corrupción, o, en casos más problemáticos, captura del Estado.
4. Seguridad pública: tiene como propósito principal mejorar el sistema nacional de seguridad ciudadana, la profesionalización de la policía e implementar mecanismos de protección para defensores de derechos humanos, periodistas y operadores de justicia.

Lamentablemente, el diseño de la Misión, en primer lugar, no obedece a un enfoque de combate de la corrupción desde su dimensión de fenómeno que vulnera los derechos humanos. La amplitud de su mandato impide acotar los esfuerzos a un adecuado acompañamiento de los procesos de prevención y castigo de la corrupción. Esto se hizo evidente con contundencia luego de que, ante el anuncio del primer jefe de la Maccih, Juan Jiménez Mayor, de la intervención de la institución en la investigación de delitos que involucraban la participación de altos funcionarios del Estado, el Gobierno hondureño acudió a la Secretaría General de la OEA (órgano rector de la Misión) para que pidiera explicaciones a la Misión, propósito que consiguió y que provocó la renuncia de Jiménez y otros funcionarios.⁴

Los primeros objetivos de la Misión se concentraron en revisar el marco normativo con que contaba Honduras para afrontar la grave crisis de corrupción que atravesaba a raíz de las denuncias sobre el desfalco del IHSS.⁵ Una de las primeras constataciones fue la inconveniencia de los límites que se han dispuesto normativamente sobre el derecho de acceso a la información pública. Honduras, pese a contar con un órgano presuntamente autónomo para tomar decisiones en materia de transparencia y acceso a la información,⁶

.....

4 Entre los que me encuentro yo, entonces Oficial de Seguimiento; el juez Internacional chileno, Daniel Urrutia, la asistente Miriam Blas. Semanas después renunciarían o serían despedidos una cantidad importante de funcionarios que representaban más del 30 % del total de personal de la Misión.

5 Nos ocuparemos más adelante de este caso.

6 En la región, pocos países cuentan con órganos de decisión sobre la procedencia del derecho a la información pública. México, Chile y El Salvador (este último en Centroamérica, al igual que Honduras) han instaurado colegiados formalmente

tiene un panorama normativo absolutamente deficiente para el efectivo ejercicio de este derecho.

Pocas materias están tan íntimamente relacionadas con el encuentro entre derechos humanos y empeños anticorrupción como la transparencia y el acceso a la información pública. El derecho que le da contenido permite que los y las ciudadanas de un Estado puedan acceder a información de carácter público sin expresión de causa. Sin embargo, en la mayoría de los casos, este derecho se convierte en un eficaz instrumento para prevenir o hacer frente a actos de corrupción o conductas antiéticas dentro de la administración pública. En Honduras, pese a que existe una ley de transparencia y acceso a la información pública, su aplicación está severamente limitada por el Decreto 418 de 2013, Ley para la Clasificación de Documentos relacionados con la Seguridad y Defensa Nacional (conocida como Ley de Secretos), que establece plazos de clasificación arbitrarios para información de carácter público. Desde su llegada a Honduras, la Maccih advirtió sobre la necesidad de su derogación. Sin embargo, dicha norma se ha mantenido vigente hasta el día de hoy y es un obstáculo para la lucha contra la corrupción.

La Maccih también alertó sobre la necesidad del diseño de un marco normativo adecuado para introducir en la legislación penal hondureña mecanismos del llamado derecho penal premial.⁷ De esta manera, se propuso un proyecto de ley de colaboración eficaz, cuya aplicación es indispensable para el combate de la criminalidad compleja y que, luego de un año de haberse presentado al Congreso Nacional no ha sido aprobado hasta el día de hoy.⁸ Más adelante veremos cómo, en la realidad hondureña, los crímenes de corrupción cometidos en el marco del despliegue criminal de organizaciones complejas pueden afectar severamente los derechos humanos. Honduras,

.....

independientes del poder político para resolver en esta materia. A pesar de ello, como veremos, en el caso de Honduras el derecho ha sido limitado normativamente.

7 En el combate al crimen organizado, en los últimos años, se han empleado una serie de mecanismos que se distinguen de la persecución penal de los crímenes ordinarios. La presencia de organizaciones complejas, jerarquizadas y con poder para capturar espacios de decisión en las administraciones públicas exige medidas igualmente creativas y aun extremas. De las herramientas del derecho penal premial, la colaboración eficaz o delación premiada es la principal. Se trata de las ventajas (procesales o de exoneración o disminución de la pena) a las que un imputado perteneciente a una red criminal puede acceder siempre y cuando entregue información veraz y oportuna sobre el despliegue delictivo de la organización a la que pertenece, revele la participación de otras personas o entregue datos que permitan la recuperación de dinero defraudado.

8 Texto redactado en septiembre de 2018.

con el aplazamiento que hizo su Congreso del debate y la aprobación de la ley de colaboración eficaz, dificulta aún más el combate a la corrupción y la protección de los derechos de sus ciudadanos y ciudadanas.

Otra materia sobre la que nos detendremos más adelante, pero cuyo marco normativo es importante para comprender la relación entre decisiones de Estado que pasan por relajar controles y favorecer una inversión privada a costa de derechos, lo que abre espacios para la corrupción es, en Honduras, la de los proyectos hidroeléctricos. Así, en diciembre de 2009 se promulgó la Ley General de Aguas (Decreto Legislativo 181 de 2009), que estableció la gestión de recursos hídricos por parte del Estado en todo el país.⁹ En el marco de esa Ley se han aprobado una importante cantidad de proyectos que vulneran seriamente derechos fundamentales de pueblos originarios y permiten negociaciones que encierran presuntos actos de corrupción que hacen posible el desconocimiento de trámites requeridos para la explotación del recurso, permisos ambientales y la consulta previa e informada prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La ambientalista Berta Cáceres, ganadora del premio Goldman en 2015, fue asesinada en marzo del 2016 por denunciar esta situación, que se repetía en al menos 40 proyectos similares a Agua Zarca, el proyecto de la Empresa Desarrollos Energéticos (DESA), involucrada directamente en el crimen.¹⁰ Esta situación se repite constantemente, lo que convierte a Honduras un lugar peligroso para los defensores ambientales, que suelen ser víctimas de crímenes contra los derechos humanos.¹¹

Vista la situación planteada, los problemas más serios que comprometen un enfoque de derechos respecto a la corrupción en Honduras son dos: por un lado, el riesgo de la vulneración de derechos humanos a la que están expuestos quienes denuncian casos de corrupción y, más precisamente, corrupción en el marco de proyectos extractivos y, por otro, el aprovechamiento del dinero público destinado a la provisión o garantía de derechos fundamentales, en favor de malos funcionarios o particulares.

.....
9 Un estudio completo sobre el tema en Mario Vallejo Larios, *Legislación en la gestión ambiental de Honduras. Conocimiento y aplicación*, Tegucigalpa, Ediciones Guardabarranco, 2014.

10 Volveremos sobre este caso más adelante.

11 Véase Global Witness, “Honduras, el país más peligroso del mundo para el activismo ambiental”, en <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/honduras-el-pa%C3%ADs-más-peligroso-del-mundo-para-el-activismo-ambiental/>

En las siguientes líneas nos detendremos en dos casos de relevancia nacional: el del IHSS y el crimen de la ambientalista y expresidenta del Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (Copinh), Berta Cáceres.

Los casos representativos de la corrupción en Honduras

Después de un análisis de la complejidad de los casos que vinculan derechos humanos y corrupción, pero sobre todo de la importancia de estos para entender el fenómeno que atraviesa Honduras en estas materias, queremos incluir en este documento dos casos emblemáticos, pero de naturaleza distinta. El caso del saqueo de los fondos del IHSS presenta la constitución de una organización criminal montada para cometer delitos contra el Estado, conformada principalmente por funcionarios públicos con el encargo de conducir una institución dedicada a la provisión y el aseguramiento de derechos fundamentales como el derecho a la previsión social y el derecho a la salud. La abdicación de estos funcionarios a cumplir con su deber de cuidado e ir más allá, sustrayendo directamente fondos de la institución para fines personales, supone una directa relación entre los actos de corrupción cometidos y sus efectos sobre los derechos humanos de miles de ciudadanos y ciudadanas hondureñas.

El segundo caso es el de Berta Cáceres. Nada tan claro como la afirmación de que su asesinato, ocurrido en marzo de 2016, tiene un poderoso vínculo con las denuncias que ella había hecho sobre las irregularidades en los contratos de concesión de proyectos hidroeléctricos en territorios de comunidades indígenas, entre ellas la Lenca, su comunidad, amenazada entre otros por el proyecto Agua Zarca, en la ribera del río Gualcarque, a cargo de la empresa DESA.

El caso del desfalco del Instituto Hondureño de Seguridad Social. La corrupción y la afectación del derecho a la salud de las personas

El 17 de febrero de 2010, el presidente de la República, Porfirio Lobo, nombró como director del IHSS al médico ortopedista Mario Zelaya. Este, a su vez, nombró a Ramón Bertetty como gerente financiero y a José Zelaya Guevara como subgerente de compras y suministros. Ambos eran personas cercanas a Mario Zelaya. Es decir, apenas nombrado, el director del IHSS fue urdiendo una estructura que le permitiera disponer de fondos y simular contratos con empresas proveedoras, en su mayoría fundadas para facilitar el fraude. A

la fecha, el cálculo del desfaldo alcanza los 6300 millones de lempiras (unos US\$ 300 millones), pero aún no hay una investigación seria y contundente que dé cuenta del monto total defraudado.

La modalidad del desfaldo tuvo apoyo en las necesidades que según Zelaya tenía el IHSS y en la difícil situación financiera de la institución. Para ello, entre otras disposiciones, dio inicio a un proceso de compra de medicinas por más de 400 millones de lempiras (US\$ 19 millones). Para tal efecto y, presuntamente, para el pago de deudas atrasadas del Instituto, Zelaya consiguió que la Junta Directiva lo autorizara a gestionar un préstamo de hasta 327 millones de lempiras (US\$ 15,5 millones). Luego, consiguió que la misma Junta aprobara la apertura de líneas de crédito en distintas entidades financieras del país y que, además, autorizara la disposición de ese dinero con su sola firma.

En simultáneo, como se ha demostrado en las investigaciones preliminares, Mario Zelaya, Ramón Bertetty y José Zelaya se encargaron de la creación de empresas fantasma, presuntamente proveedoras de servicios, bienes e insumos para la institución, pero que únicamente sirvieron para la apropiación de sus recursos en provecho de los miembros de la organización criminal.

Estas empresas fantasma fueron constituidas por una red de parientes, amigos y exempleados de la institución, que se prestaron para, a través del empleo de sus cuentas bancarias personales, permitir el flujo del dinero que era extraído del IHSS. Esta red estuvo integrada por al menos 320 personas entre testaferros y beneficiarios principales del despliegue de este megafraude.

Un caso emblemático es la apertura de líneas de crédito para la compra de pasajes aéreos con sola firma y requerimiento de los principales funcionarios del IHSS, luego de las investigaciones correspondientes se pudo determinar que fue utilizada para la compra de pasajes a destinos turísticos a favor de los parientes y amigos de estos funcionarios. Este caso revelaba con contundencia el acuerdo colusorio entre los funcionarios y el titular de la agencia de viajes (JJ Travel) que era siempre la beneficiada con la compra de boletos aéreos casi siempre sobrevalorados.¹²

Otra línea de investigación fue la forma en que el IHSS transfirió a distintas empresas fantasma cantidades millonarias de dinero, que luego retornaban en cheques a los propios funcionarios del IHSS responsables de esas transferencias. La investigación del Ministerio Público determinó las siguientes:

.....

¹² Este y otros casos pueden ser consultados en http://saqueoihss.com/robo_grande.html

1. Improme: 9'302.000 lempiras (US\$ 442 mil).
2. Compromedh: 16'265.216,02 (US\$ 775 mil).
3. Sumimed: 79'988.197 lempiras (US\$ 3,8 millones).
4. Diprome: 996.000 lempiras (US\$ 47 mil).
5. Dipromedic: 9'968.977,50 lempiras (US\$ 443 mil).
6. Insuemedic: 36'647.494,13 lempiras (US\$ 1,7 millones).
7. Corporación JM: 51'320.620,93 lempiras (US\$ 2,4 millones).
8. Inversiones Sarper: 2'449.700 lempiras (US\$ 119 mil).
9. Inversiones: AD-Astra 2'000.000 de lempiras (US\$ 95 mil).
10. Edliz Comercial: 982.936,40 lempiras (US\$ 47 millones).

Todas estas empresas, en su mayoría dedicadas presuntamente al rubro médico o farmacéutico, tenían por característica común el ser empresas creadas ex profeso para estas operaciones con el IHSS. Esta fue, como no podía ser de otra manera, la línea de investigación denominada empresas “fantasma”. Todo esto mientras el IHSS colapsaba en su atención a los asegurados.

Otras líneas del caso son el contrato con la Distribuidora Metropolitana S.A. (Dimesa), empresa que contrató con el Estado por más de 118 millones de dólares por el suministro, la reparación y el mantenimiento de equipos médicos sobrevalorados; la compra, también sobrevalorada, de 10 ambulancias por un monto de 13'794.850 lempiras (US\$ 656 mil); la afiliación del migrante hondureño, una modalidad de desfallo según la cual se estableció un programa para la cobertura de Hondureños en el exilio, principalmente en Estados Unidos, con compra de pasajes, empleando la modalidad señalada líneas arriba. Por supuesto, el programa nunca se echó a andar. Los cálculos periciales estiman que por este caso se perdieron más de dos millones de lempiras (US\$ 95 mil). El caso de la transferencia ilícita de 543 millones de lempiras (US\$ 26 millones) entre los regímenes de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) y Enfermedad y Maternidad (EM). El caso “coimas a viceministros” relacionado con coimas de más de dos millones de dólares pagadas por la empresa Compañía de Servicios Múltiples (Cosem), a cambio de la agilización de desembolsos de un contrato suscrito con el IHSS. Por todos estos casos se han logrado hasta el momento 14 condenas por delitos de lavado de activos, asociación ilícita para delinquir, cohecho, fraude, tráfico de influencias, malversación de fondos públicos y otros delitos de corrupción.¹³

.....

13 Ver los informes de la MACCIH con los datos señalados, en <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/default.asp>

Todos estos procesos e investigaciones preliminares forman parte del megafraude instaurado por la organización criminal montada para aprovechar el presupuesto del IHSS. La separación en una cantidad importante de líneas de investigación y procesos penales ha permitido la sumatoria de penas para la mayoría de los funcionarios del Instituto que han sido hallados culpables, pero ha imposibilitado una investigación mucho más integral en el marco del despliegue criminal de la organización. Esto ha impedido, por ejemplo, que se siga con la misma fluidez que otras investigaciones la línea que atañe al presunto financiamiento de la campaña del Partido Nacional, que llevó al poder por primera vez al hoy reelecto presidente de Honduras, Juan Orlando Álvarez.

La Convención de Palermo¹⁴ señala que una organización criminal o grupo delictivo es una asociación estructurada de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.¹⁵ Tomando en cuenta la complejidad del entramado delictivo que supuso el despliegue criminal de los mencionados funcionarios, además de la convocatoria de otros actores (varios de ellos privados) para la consecución de sus fines, no queda duda de que esta era una organización criminal con el propósito de defraudar al Estado hondureño, apropiándose de los fondos del IHSS.

Con el tiempo, esta organización creció y se complejizó de tal manera que fueron varias las modalidades delictivas las empleadas para la disposición de los fondos en las líneas de crédito abiertas en los bancos señalados. Esta diversificación trajo consigo una estrategia equivocada del Ministerio Público –donde se había dispuesto que la Unidad de Apoyo Fiscal (UNAF) tuviera a su cargo la investigación del megacaso–, que abrió tantas líneas de investigación como modalidades delictivas desplegó la organización, que llegó a haber en simultáneo más de 40 investigaciones preliminares a cargo de un reducido número de fiscales, investigadores y peritos. Uno de esos casos fue el llamado “Cheques al Partido Nacional”, emitidos por algunas de las empresas fantasma a favor del Comité Central del Partido Nacional. Fue

.....
 14 Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito (UNODC), Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

15 En su artículo 2, la Convención señala además que la organización criminal tiene por objetivo obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

este caso el que terminó de movilizar a la ciudadanía hondureña a las calles para reclamar una acción firme por parte de las autoridades y la presencia de una misión de apoyo.

Cuando la Maccih llegó, en marzo de 2016, asumió de inmediato sus funciones haciendo hincapié en la colaboración activa que señala el convenio de origen firmado entre la OEA y el Gobierno hondureño. El primer caso en el que la Misión participó en esa dinámica fue precisamente el del fraude al IHSS. En ese momento se inició el acompañamiento tanto a las diferentes líneas de investigación que se encontraban en etapas iniciales como a procesos ya judicializados.

La colaboración activa de la Misión se concentró inicialmente en la búsqueda de elementos probatorios de naturaleza patrimonial, esenciales en este tipo de casos caracterizados por la gran cantidad de personas y empresas participantes, y la cantidad y complejidad de las transacciones comerciales. Se trabajó atendiendo a la definición de los actos ilícitos como parte de una estructura criminal que, aprovechándose de los cargos públicos y en colusión con empresas privadas, se concertaron para efectuar diferentes actos de defraudación en contra de las arcas del IHSS. Esta visión o estrategia de investigación permitió, de alguna manera, que los actos estuvieran dirigidos, no solo a individualizar a los funcionarios que han participado en el desfalco del IHSS, sino también a la búsqueda y determinación del funcionamiento de la red y de los métodos o *modus operandi* de las transacciones, buscando elementos probatorios para lograr la recuperación de los fondos obtenidos ilegalmente. La estrategia permitió la posibilidad de incluir, como parte de los delitos conexos o relacionados con la corrupción, sujetos a investigación, el de lavado de activos. Esto no había ocurrido antes de la llegada de la Misión al país.

A pesar de los avances en materia de investigación y de la estrategia sustantiva que el apoyo de la Misión supuso en el trabajo de la UNAF para el tratamiento del caso del desfalco del IHSS, uno de los problemas más serios ha sido y sigue siendo la gran cantidad de líneas de investigación abiertas. Como señalamos en los párrafos previos, si bien en materia de investigación esto puede constituir una ventaja, en materia jurídico-procesal y de prueba puede significar un problema muy grave. El caso del IHSS, pese al convencimiento de la existencia de una estructura criminal, en la práctica ha seguido tratándose como un puñado de casos compartimentados y autónomos, lo que ha afectado la posibilidad de la imputación de *extraneus* en delitos especiales propios (pues suele ocurrir que los autores responden por investigaciones distintas

a las de sus cómplices en hechos que los involucran en una sola dinámica criminal), o la separación de los terceros interesados en delitos de naturaleza colusoria. Estos casos ya han dado lugar, a lo largo de las investigaciones o los procesos abiertos por el caso del IHSS, a serios problemas en la dinámica probatoria o en los esquemas de imputación de responsabilidades penales.

Pero esto tiene además un efecto sobre la naturaleza real de la afectación de los delitos de corrupción en el marco del caso del desfaldo al IHSS. Si este es visto como una estructura criminal dedicada al diseño de mecanismos o modalidades delictivas con el fin de aprovecharse del patrimonio de la institución, la afectación al derecho a la salud pública en general es mucho más evidente y esto puede tener un impacto directo en la pretensión indemnizatoria del Estado en cuanto a la expectativa de la imposición de la reparación civil a quienes sean encontrados responsables. Si los casos son tratados de manera individual, no solo se pierde la oportunidad de ahondar en la dinámica integral de la organización, sino, sobre todo, se pierde de vista la dimensión colectiva de la afectación a derechos fundamentales. Esta visión, lamentablemente, no ha sido del todo recogida por las autoridades hondureñas a pesar de que la Misión sostuvo, desde el inicio, la necesidad de una estrategia de acumulación de líneas de investigación.

El caso Berta Cáceres.

La denuncia como riesgo de muerte

Berta Cáceres, una de las activistas ambientales más importantes de Honduras y de la región, ganadora del prestigioso premio Goldman por su trayectoria en defensa del medio ambiente, fue asesinada en su casa el 16 de marzo de 2016. Cáceres se había opuesto enfáticamente al proyecto hidroeléctrico Agua Zarca, sobre la ribera del río Gualcarque, ubicado en territorio lenca. Había denunciado también una serie de irregularidades en la concesión de otros proyectos, que no habían pasado por los trámites necesarios para la firma de contratos de explotación de recursos naturales.

Cuando el crimen ocurrió, la policía, que se hizo cargo de las primeras investigaciones, señaló que el crimen de Berta Cáceres habría tenido un móvil pasional. Cáceres, al momento de su asesinato, hospedaba en su casa al activista mexicano Gustavo Castro, quien también recibió un disparo pero sobrevivió y se convirtió en el único testigo presencial de los hechos.

Pronto, esta hipótesis inicial del crimen fue descartada, pero el que haya sido la primera versión oficial de la policía sembró dudas acerca de la verdadera intención de las autoridades oficiales hondureñas sobre la investigación

del caso. El Ministerio Público llevó por otro rumbo la investigación, pero no se ha podido dar con todos los autores intelectuales del asesinato. De las siete personas que actualmente se encuentran en prisión por la comisión del crimen, tres tienen relación directa con DESA: Sergio Ramírez, ingeniero ambiental y empleado de la empresa; Douglas Bustillo, quien había sido jefe de seguridad de DESA, y Roberto Castillo, presidente ejecutivo de la empresa quien, además, había sido funcionario de la Empresa Nacional de Energía Eléctrica, partícipe en las contrataciones del Estado con las empresas dedicadas a la explotación de energía. Un claro caso de “puerta giratoria” y el principal indicio que relaciona la concesión a la empresa de un proyecto para el cual no cumplía con los requisitos mínimos, con presuntos actos colusorios. Los demás detenidos son autores materiales, pero estos no han sido lo suficientemente claros respecto a quién los contrató para cometer el crimen. Bustillo y Castillo son exmilitares, lo cual no es una casualidad, pues la relación de DESA con el ejército hondureño ha sido fluida y colaborativa.¹⁶

Este es un caso que ejemplifica, de manera clara, cómo es que la corrupción, expresada en el favorecimiento a la inversión privada, tiene un efecto contundente y nocivo en la vulneración de los derechos fundamentales. La empresa DESA, no solo no contaba con los requisitos necesarios para el emprendimiento del Proyecto Agua Zarca, sino que, además, el derrotero que siguió el proceso de licitación estuvo plagado de irregularidades e indicios de un favorecimiento indebido por parte del Estado. La inexistencia de un estudio de impacto ambiental, la ausencia de consulta previa en el marco de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, el nulo respaldo financiero de DESA al momento de postular el proyecto, los titulares desconocidos de la empresa que luego abdican en favor de una de las familias más poderosas de Honduras: los Atala, configuran elementos de una cadena de indicios que llevó, después de muchos meses de transcurrido el crimen de Berta Cáceres, a la apertura de una investigación preliminar por el presunto delito de fraude, que aún hoy se investiga en los predios del Ministerio Público hondureño. Claramente, además, estos presuntos actos de corrupción atacan contra derechos fundamentales como el derecho a la consulta previa y demás derechos colectivos de las comunidades y, muy probablemente (eso tendrá que

.....

¹⁶ Sobre el caso recomendamos ver: Oxfam, “Berta Cáceres: asesinada por defender la vida”, en <https://www.oxfamintermon.org/es/que-hacemos/proyectos/avanzadoras/berta-caceres>

dilucidarse en el proceso por el asesinato), tuvieron que ver con su muerte a manos de personas vinculadas con la empresa DESA.

El proyecto Agua Zarca contó con inversores internacionales y bancos de desarrollo como el Banco Holandés de Desarrollo (FMO), Finnfund del Gobierno finlandés y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), que lo estuvieron financiando de manera parcial. Adicionalmente, hay una concertación entre el Gobierno y la empresa con la intención de hacer ver al Copinh como una organización extremista que solo busca “el derrumbamiento del Gobierno y la industria privada”.¹⁷ Esto último ha generado una persecución contra los principales líderes de la organización que ha cobrado una cantidad importante de víctimas mortales¹⁸ y, del lado del Gobierno, con una creciente represión y criminalización de la protesta, que atenta de manera evidente contra ese derecho.

La Maccih tiene competencia únicamente para actuar en equipos integrados de investigación de casos de corrupción. No es posible que sus funcionarios asuman algún tipo de labor en casos relacionados con otro tipo de delitos. Por eso, el interés de la Misión siempre estuvo concentrado en las irregularidades del contrato con DESA para el proyecto Agua Zarca. Sin embargo, siempre hubo la convicción sobre la vinculación de ese caso con el asesinato de Berta Cáceres. Cuando la Misión anunció su ingreso a ese caso para trabajar conjuntamente con la recién creada Unidad Fiscal Especializada Contra la Impunidad de la Corrupción (UFECIC), la resistencia no solamente fue del sector empresarial al que pertenecen los actuales representantes de DESA, sino que tampoco fue recibida con entusiasmo por el Gobierno y, lo que fue más preocupante, nunca recibió el respaldo del Secretario General de la OEA ni de ninguno de sus representantes.

No es casualidad que poco después de este anuncio, y luego de que la Misión presentara un caso de corrupción relacionado con la transferencia ilegal de fondos del Estado destinados a obras sociales a cuentas de funcionarios públicos, el Gobierno reclamara por los presuntos excesos de la Misión y sus funcionarios, y diera lugar al retiro del respaldo del Secretario General

.....
17 Para mayor información sobre este caso ver el informe de Global Witness, “Honduras: el país más peligroso para el activismo ambiental”, en <https://www.globalwitness.org/en/es/>

18 Según la investigación de Global Witness, desde 2010 han muerto más de 120 personas. Las víctimas eran personas corrientes que se opusieron a las presas, las minas, la tala o la agricultura en sus tierras, y murieron asesinadas por fuerzas del Estado, guardias de seguridad o asesinos a sueldo. Muchos otros han sido amenazados, atacados o encarcelados.

de la OEA, Luis Almagro, y a la consecuente renuncia del jefe de Misión Juan Jiménez y otros funcionarios.¹⁹

Esto último revela de manera clamorosa cómo es que los mecanismos que el mismo Gobierno se había comprometido a emplear para combatir la corrupción y sus efectos, como por ejemplo, el acompañamiento en el diseño de una política criminal y la persecución penal del delito a través de una Misión de apoyo, han sido dejados de lado, abdicando así a su compromiso con la ciudadanía que exigió en las calles una solución para la grave crisis por la que atraviesan las instituciones hondureñas.

En la actualidad, la Maccih permanece en el país y recibe un apoyo retórico del parte del Secretario General, pero ninguno de los proyectos planteados para modificar el marco normativo de combate a la corrupción se han aprobado en el Congreso. Por el contrario, hace unas pocas semanas, el fallo de una Sala Constitucional hondureña, que ampara argumentos de procesados por delitos graves de corrupción, emitió una sentencia interpretativa que recae en un proceso de inconstitucionalidad, en el que señala que la Misión debe tener atribuciones acotadas para la investigación de casos de corrupción junto al Ministerio Público.²⁰ Esta sentencia, y la escasa voluntad política, no auguran buenos tiempos para el combate contra la corrupción en el país.

Algunas conclusiones y recomendaciones

Honduras es un país complejo. La alta tasa de criminalidad con la que ha sido identificado en los últimos años hace que las demandas de la población para con sus gobernantes se acerquen a estrategias represivas y de mano dura. Esto ha ido diseñando, en la práctica, un presidencialismo exacerbado que muchas veces ha rozado el autoritarismo y la excesiva acumulación de poder. Si a esto le sumamos un muy poderoso sector empresarial que ha sabido influir de manera recurrente en las decisiones públicas, y que aprovecha una ausencia de políticas adecuadas de control y rendición de cuentas, tenemos un terreno lamentablemente fértil para la aparición de casos de gran corrupción.

Esto último ha ocurrido con la mayoría de los proyectos hidroeléctricos cuyas licitaciones han ganado empresas sin cumplir con los requisitos

.....
19 La carta se encuentra en <https://criterio.hn/2018/02/15/ultima-hora-renuncia-juan-jimenez-mayor-la-maccih-falta-apoyo-almagro/>

20 Sobre el particular ver Julio Arbizu, “El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema hondureña sobre la MACCIH: sí, pero no”, en *Justicia en las Américas*, Blog de la Fundación para el Debido Proceso, en <https://dplfblog.com/2018/06/12/el-fallo-de-sa-la-constitucional-de-la-corte-suprema-hondurena-sobre-la-maccih-si-pero-no/>

mínimos para garantizar técnica y económicamente la sostenibilidad de los propios proyectos. Agua Zarca es un ejemplo de ellos, pero no es el único caso; y su historia se inscribe en el contexto de la promulgación de un marco normativo que favorece la inversión en ese rubro, pero que obvia los controles y la fiscalización. En Honduras es frecuente que las empresas, en busca de ganar millonarios proyectos de carácter extractivista, empiecen con sumas irrisorias de capital social y como emprendimientos de pequeños empresarios, para que después, en la sucesión de aumentos de capital, aparezcan los reales dueños, financiados por grandes instituciones financieras.

Hemos revisado cómo esta situación está generando frecuentes conflictos en diversas zonas del país, donde están instaladas comunidades indígenas, que al protestar por la privación de sus derechos son frecuentemente reprimidas, y en algunos casos diezmadas, como ha ocurrido con una cantidad importante de activistas o defensores medioambientales en el país.

Por tanto, es muy importante que, en las relaciones entre el Estado e inversionistas privados para la realización de proyectos extractivos o de otra naturaleza, existan comités de vigilancia que integren a todos los actores sobre los cuales recaerán los impactos (ambientales, económicos y de cualquier otra naturaleza). En esa misma dirección, el respeto a la consulta previa, libre e informada, más allá de que la norma que la ampara esté o no reglamentada, es una exigencia que debe ser observada rigurosamente por el Estado.

De otro lado, es preciso que las autoridades hondureñas valoren la necesidad de contar con un sistema de lucha contra la corrupción que preserve su independencia del poder político y que cuente con un marco normativo que afronte el fenómeno de la criminalidad compleja en el que se desarrolla la corrupción en Honduras. Sobre esto, la Maccih ha hecho una serie de propuestas relacionadas con herramientas y criterios interpretativos para que los operadores de justicia enfrenten con mayor eficacia el problema. Subsiste la discusión respecto a si el acompañamiento internacional a los procesos anti-corrupción de los países de la región es una buena alternativa para combatir el crimen asociado a la distorsión del correcto funcionamiento de las administraciones públicas. El caso de Guatemala, con la Cicig,²¹ es emblemático de cómo una Misión de acompañamiento puede conseguir dinamizar la administración de justicia y reducir los márgenes de impunidad en casos de corrupción. Sin embargo, los resultados de esta institución se empezaron a

.....
 21 La Cicig es un organismo de las Naciones Unidas para apoyar la lucha contra la corrupción y la impunidad en Guatemala.

conocer recién entrado el séptimo año de su permanencia en el país. A juzgar por las dificultades, la poca disposición de la OEA y la invisibilidad que mantiene la Maccih, no es ese el modelo más eficaz.

La corrupción vulnera derechos fundamentales también desde diversos ángulos. Hemos presentado dos casos en los que esta vulneración se hace evidente y hemos identificado a las víctimas colectivas e individuales. Es importante que la certeza del impacto de la corrupción sobre los derechos de ciudadanos y ciudadanas genere una conciencia que active la participación de la sociedad civil y la opinión pública en general en la fiscalización y el control de las actividades de los funcionarios públicos, sean estos altas autoridades de representación u ocasionales servidores del Estado.

Finalmente, es muy importante que la lucha contra la corrupción y sus efectos parta de la premisa del conocimiento riguroso del fenómeno. Es decir, más allá de valorar las encuestas de percepción, los operadores del sistema deben conocer las tipologías, la recurrencia e intensidad de la corrupción en los diferentes espacios de la administración pública. Una vez conocida la dimensión y las características del problema también es necesario establecer combates diferenciados para enfrentar la pequeña y la gran corrupción. La primera requiere un enfoque más preventivo y de conocimiento de las características de las modalidades. La segunda exige el uso de mecanismos de seguimiento e investigación especializados sobre la ruta del dinero. Sin embargo, deberíamos siempre tener claro que detrás de cada acto de corrupción hay latente la contravención de un derecho fundamental o, a veces, de más de uno.

Bibliografía

- ARBIZU, Julio, “El fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema hondureña sobre la MACCIH: sí, pero no”, en *Justicia en las Américas*, Blog de la Fundación para el Debido Proceso, en <https://dplfblog.com/2018/06/12/el-fallo-de-sala-constitucional-de-la-corte-suprema-hondurena-sobre-la-maccih-si-pero-no/>
- GLOBAL WITNESS, “Honduras: el país más peligroso para el activismo ambiental”, en <https://www.globalwitness.org/en/es>
- KAZOR ALISTE, Kamel, “Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución”, *Revista de Derecho*, Vol. VIII, 1997.
- OXFAM, “Berta Cáceres: asesinada por defender la vida”, en <https://www.oxfamintermon.org/es/que-hacemos/proyectos/avanzadoras/berta-caceres>
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”, *Revista española de derecho constitucional*, Año 13, núm. 39, 1993.

VALLEJO LARIOS, Mario, *Legislación en la gestión ambiental de Honduras. Conocimiento y aplicación*, Tegucigalpa, Ediciones Guardabarranco, 2014.

■ REDES DE CORRUPCIÓN, EMPRESAS FANTASMA Y DERECHOS HUMANOS. EL CASO DE CHIHUAHUA, MÉXICO

Daniel Vázquez*

Introducción

En las siguientes páginas se analiza el caso de la red de servidores públicos de Chihuahua (entidad federativa de México) y de empresas fantasma que malversaron miles de millones de fondos públicos.

El texto tiene cuatro secciones. En la primera se hace una presentación general de la situación de corrupción en México y del marco jurídico y el diseño institucional anticorrupción que existe. De hecho, el Sistema Nacional Anticorrupción es algo muy reciente que aún no termina de implementarse. En la segunda sección se desarrolla el caso de la red de corrupción y las empresas fantasma en Chihuahua. Se explica que este caso es representativo de México porque este mismo *modus operandi* se observó en otras entidades federativas, así como en el gobierno federal. Asimismo, se analiza la forma en que esta malversación de fondos públicos genera violaciones de los derechos humanos, qué obligaciones específicas y quiénes son las víctimas.

En la tercera sección se aborda la manera como dicho caso de corrupción fue tratado tanto por las autoridades locales como por las federales. Se subraya la relevancia de la alternancia electoral en la entidad federativa para detonar una investigación efectiva, los instrumentos de dicha investigación y los resultados. También se pone especial atención en los esfuerzos de las autoridades federales para controlar la investigación y para mantener ciertos actos en la impunidad, en específico aquellos que pueden relacionar los actos de corrupción de Chihuahua cometidos entre 2010 y 2012 con la campaña presidencial de Enrique Peña Nieto en el 2011-2012.

.....
* lvazquez@flacso.edu.mx

Finalmente, en la última sección se presentan los mecanismos que integran la democracia a la mexicana y el contexto más general de violencia en el que México se encuentra a partir de la generación de redes de macrocriminalidad. Se profundiza en la simulación como uno de los mecanismos de la democracia a la mexicana, y se analiza cómo la simulación impacta a la lucha contra la corrupción de diversas maneras, lo que permite mantener estos actos en la impunidad. Lo más relevante: si en el diagnóstico de la lucha contra la corrupción no consideramos los parámetros específicos de cada Estado, y sus relaciones internas de cooperación, indiferencia y conflicto, los mecanismos de lucha contra la corrupción serán fácil y rápidamente neutralizados.

Descripción del fenómeno de corrupción nacional

En esta sección presentaremos algunos datos de la corrupción en México, así como del marco jurídico del país.

El indicador más utilizado para mirar dónde se encuentra un país en materia de corrupción es el índice de percepción realizado por Transparencia Internacional (tabla 1).

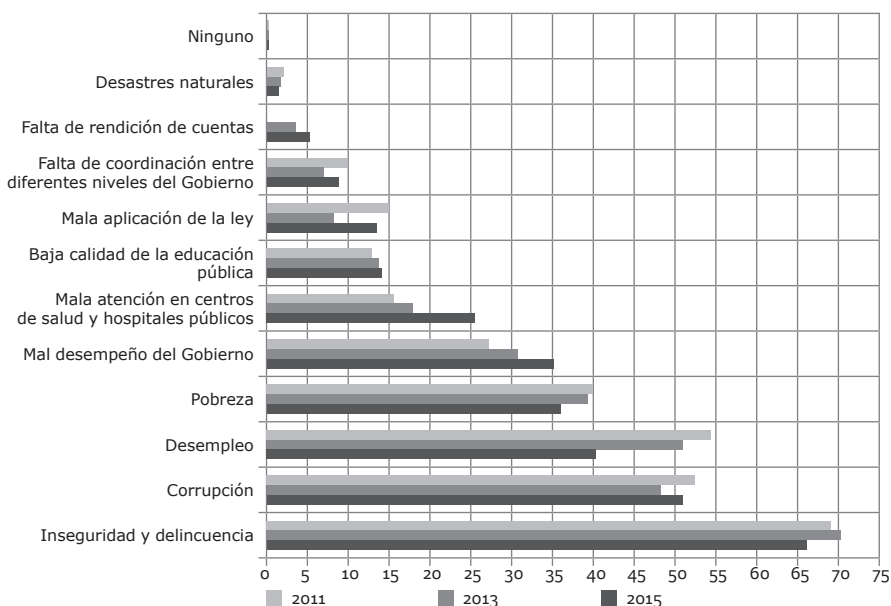
TABLA 1. Puntaje de México en el índice de percepción de la corrupción, 2012-2017

Año	Puntaje	Lugar mundial
2017	29	135 de 180
2016	30	123 de 176
2015	31	95 de 175
2014	35	103 de 175
2013	34	106 de 177
2012	34	105 de 176

FUENTE: elaboración propia con datos de Transparencia Internacional.

Solo para darnos una idea, en 2017 el país mejor ubicado fue Nueva Zelanda con 89 puntos. El peor ubicado fue Somalia con 9 puntos. Con la misma calificación que México están República Dominicana, Honduras, Kirguistán, Lao, Papúa, Paraguay y Rusia. Si bien parece que la caída de México es poca, ya que pasó de 34 puntos en 2012 a 29 en 2017, si lo miramos en la posición del *ranking* pasamos del lugar 105 al 135, es decir, perdimos 30 puestos. Esto nos indica que probablemente en el mundo se están haciendo cosas contra la corrupción, en México no.

FIGURA 1. Percepción de la existencia de problemas sociales según población de 18 años y más



FUENTE: elaboración propia con información del Inegi, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2015, 2013 y 2011; Snieg, Información de Interés Nacional. Población de 18 años y más que habita en áreas urbanas de cien mil habitantes y más. En Daniel Vázquez, "Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía", en Carlos Tablante y Mariela Morales, *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 141-174.

En los índices objetivos a México no le va mejor. Transparencia Internacional también elabora una encuesta sobre pago de sobornos (Barómetro Global). México pasó de 31 % de encuestados que aseguran haber pagado un soborno en el 2011 (segundo lugar de América Latina en ese año, solo por debajo de Bolivia), a 33 % en 2013 para llegar al 51 % de los encuestados en el 2017, el país peor ubicado de toda América Latina. En el extremo contrario se encuentran Trinidad y Tobago con 6 %, seguido de Brasil con 11 %, ambos en el 2017. Los indicadores son claros en lo que hace a la corrupción, las cosas en México están cada vez peor. Por eso, no es casualidad que el grueso de la población ubique la corrupción como el segundo problema más grave de México en el 2015 (por encima del desempleo y la pobreza), y que este haya sido el principal tema en la contienda electoral de 2018.

Dediquemos ahora unos párrafos a explicar cuál es el marco normativo de combate a la corrupción. El 27 de mayo de 2015 se reformaron diversos artículos de la Constitución mexicana que dieron forma al

Sistema Nacional Anticorrupción (SNA). Este sistema se establece en el artículo 113 constitucional: “El Sistema Nacional Anticorrupción es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos” (DOF, 27 de mayo del 2015). A partir de esta reforma se modifican una serie de leyes y se crean otras que generan un complejo, abigarrado y hasta ahora muy burocratizado sistema anticorrupción a nivel federal, cuya funcionalidad todavía depende de quiénes son las personas electas para dirigir los distintos órganos que lo integran.

TABLA 2. Marco legislativo del Sistema Nacional Anticorrupción

Leyes expedidas	Leyes reformadas
• Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción • Ley General de Responsabilidades Administrativas • Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación • Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa	• Ley de Coordinación Fiscal • Ley General de Contabilidad Gubernamental • Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República • Código Penal Federal • Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

FUENTE: Daniel Vázquez, Luz Cardona y Horacio Ortiz, *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014*, México, CNDH, 2017.

El SNA está integrado por cuatro órganos: Comité Coordinador, Comité de Participación Ciudadana, Comité Rector del sistema nacional de fiscalización y los sistemas locales anticorrupción (uno por cada entidad federativa, 32 en total).

El Comité Coordinador es el rector de la política anticorrupción y tiene una Secretaría Ejecutiva que se encarga de darle seguimiento a las políticas que defina el Comité; está integrado por:

- Un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo preside.
- El titular de la Auditoría Superior de la Federación.
- El titular de la Fiscalía especializada de combate a la corrupción.
- El titular de la Secretaría de la Función Pública.
- Un representante del Consejo de la Judicatura Federal.

- El presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de datos personales.
- Y el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

El Comité de Participación Ciudadana está conformado por cinco ciudadanos o ciudadanas destacados por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción. Su encargo tendrá una duración de cinco años y serán renovados de manera escalonada. El primer nombramiento se hizo en enero de 2017, con ello se dio comienzo al funcionamiento del SNA. Es importante mencionar que dentro de los primeros cinco nombramientos está Mariclaire Acosta quien, además, es una conocida activista por la defensa de los derechos humanos, lo que permite mirar la vinculación que se comenzó a realizar entre derechos humanos y corrupción.

El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización está integrado por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, siete miembros rotatorios de las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas. Mientras que el Sistema Nacional de Fiscalización tiene como objetivo establecer acciones y mecanismos de coordinación entre sus integrantes para promover el intercambio de información, ideas y experiencias encaminadas a desarrollar el proceso de fiscalización, el Comité Rector de dicho sistema diseña, aprueba y promueve políticas en materia de fiscalización; instrumenta mecanismos de coordinación entre los integrantes del

FIGURA 2. Responsabilidades administrativa y penal a cargo del Sistema Nacional Anticorrupción



FUENTE: elaboración propia con base en el artículo 7 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA).

FIGURA 3. Responsabilidades administrativa y penal a cargo del Sistema Nacional Anticorrupción



FUENTE: Vázquez, Cardona y Ortiz, *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014*, op. cit.

Sistema; integra e instrumenta mecanismos de sistematización y actualización de información en materia de fiscalización y control de recursos públicos.

Finalmente, los sistemas locales son la reproducción del SNA en cada una de las 32 entidades federativas. Es decir, México contará con un SNA a nivel federal y 32 sistemas anticorrupción locales.

Todos estos órganos tienen una serie de competencias que crean relaciones de coordinación, de condicionamiento o dependencia, de indiferencia y de conflicto que generan, no solo múltiples tensiones, sino problemas para determinar quién es el culpable de la impunidad final frente a los actos de corrupción. En los siguientes dos cuadros se observa la distribución de competencias.

En mayo de 2015 se reformó la Constitución para crear al SNA y en julio del 2016 se emitió la Ley correspondiente¹. En enero de 2017 se nombró a los integrantes del Comité de Participación Ciudadana, primer paso para poder instalar al SNA, como sucedió en julio de ese año. Al momento de terminar estas líneas no se ha nombrado al fiscal anticorrupción que perseguirá los delitos, ni se ha ratificado a los magistrados especializados que conocerán de

.....
¹ Para conocer más sobre los antecedentes del SNA, ver Vázquez, Cardona y Ortiz, *Los derechos humanos y la corrupción en México*, op. cit. También se puede consultar la página del SNA en <http://sna.org.mx/nosotros/#antecedentes>

la responsabilidad administrativa. En lo que tiene que ver con los sistemas locales, varias entidades federativas no han concluido el proceso de creación y ahí donde hay avances, también hay decepciones por los nombramientos opacos de incondicionales que poco harán ante la lucha contra la corrupción. Todas estas omisiones o nombramientos simulados perpetúan la impunidad en el combate a la corrupción.

Estudio de un caso representativo de la situación de corrupción en México y su impacto en los derechos humanos

El domingo 5 de junio del 2016 se llevaron a cabo las elecciones para gobernador en Chihuahua, una de las 32 entidades federativas de México que se encuentra al norte del país, en la frontera con Estados Unidos. Esa misma noche se dio a conocer el conteo rápido de las casillas, el cual dio la victoria a Javier Corral Jurado del Partido Acción Nacional (PAN). No solo Enrique Serrano Escobar, candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI), era derrotado, sino que Chihuahua tendría una nueva alternancia en el gobierno, debido a que el entonces gobernador César Duarte es parte de las filas precisamente del PRI. Si la *accountability* funciona, el nuevo gobierno, proveniente de un partido distinto, sin ánimo de venganza, debe revisar la condición en la que se entrega el gobierno estatal, las cuentas no fueron halagüeñas.

César Duarte gobernó Chihuahua del 2010 al 2016 por el PRI. Es importante remarcar la fecha de llegada: 2010. Ese mismo año se llevaron a cabo elecciones para gobernador en la entidad de Veracruz en las que resultó ganador Javier Duarte, hoy sujeto a proceso por malversación de fondos. El año siguiente, 2011, hubo elecciones en los estados de México y Coahuila en las que ganaron Eruviel Ávila y Rubén Moreira. En los cuatro estados ganó el PRI, en los cuatro se han generado investigaciones por desvío de gastos públicos a través de licitaciones ilegales por medio de empresas fantasma. En todos los casos se considera que el desvío de fondos públicos sirvió para sostener los gastos ilegales de la candidatura presidencial que llevó a Enrique Peña Nieto a la presidencia en 2012. Desde la Federación, no solo no se llevó a cabo ninguna investigación, sino que se obstaculizaron las investigaciones iniciadas en las entidades federativas e incluso en otros países,² como veremos en las siguientes páginas.

.....

² El 15 de enero de 2016 México despertó con la noticia de que Humberto Moreira (hermano de Rubén Moreira y gobernador de Coahuila, 2005-2011) fue detenido en

César Duarte hoy tiene 15 órdenes de aprehensión. Su *modus operandi* se sustentó en una red delictiva para el desvío de recursos públicos coordinada por él y operada a través de personas cercanas y familiares que fueron contratados como responsables de áreas administrativas que controlaban el uso de los recursos públicos, entre las que se destacan las secretarías de Hacienda, Salud, Educación, Comunicaciones y Obras Públicas.

Paralelamente a la red al interior del gobierno se generó una serie de empresas fantasma que participaban en dichas licitaciones. Las leyes de contrataciones públicas exigen que la contratación de bienes o adquisición de servicios se realice por medio de licitaciones públicas. Sin embargo, existe la opción de realizar adjudicaciones directas o contrataciones por invitación restringida, aunque estos últimos dos modos de contratación deben ser la excepción. En México en general, y en Chihuahua en particular, no fue así. Aproximadamente el 60 % de las obras públicas y adquisiciones realizadas en el periodo de gobierno de César Duarte se realizaron sin cumplir con los procedimientos de contratación de la licitación pública; tan solo en el 2015, 2900 millones de pesos (aproximadamente US\$153 millones) se pagaron por medio adjudicación directa o invitación restringida con sobrepuestos de hasta 500 % y, en muchos casos, sin que se prestara ningún servicio (consultorías, *software*, adquisiciones, capacitación).

A las empresas fantasma les fueron asignados contratos de forma rotatoria, todas competían, a veces unas ganaban el contrato, a veces otras. Nunca prestaban los bienes o servicios, pero de cualquier forma recibían su pago. También se dio la venta de activos del Gobierno a valores inferiores de los precios del mercado.

Además de la celebración de contratos por adquisición de bienes o prestación de servicios que nunca se llevaron a cabo, se observan actividades como la desarrollada a través de la Unión Ganadera División del Norte, por medio de la cual se compraron –con dinero público– 500 cabezas de ganado y maquinaria que fueron destinadas a los ranchos personales del

.....

España por blanqueo de capital y asociación criminal. Fue conocida la intermediación de la presidencia de México para obtener su liberación (ver Expansión, “Humberto Moreira, detenido en España sin derecho a fianza”, en <https://expansion.mx/economia/2016/01/15/policia-de-espana-detiene-al-exgobernador-humberto-moreira>; Aristegui Noticias, “Gobierno de EPN “salvó” a Humberto Moreira de la cárcel en España: ‘El País’”, en <https://aristeginoticias.com/2202/mexico/gobierno-de-epn-salvo-a-humberto-moreira-de-la-carcel-en-espana-el-pais/>; El Economista, “México ayudó a liberar a Moreira en España: El País”, en <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Mexico-ayudo-a-liberar-a-Moreira-en-Espana-El-Pais-20160222-0176.html>

exgobernador. Asimismo, a través de esta Unión se generaron créditos públicos para el sector productivo ganadero que fueron otorgados al gobernador o a sus prestanombres.³

Más aún, se detectó la entrega directa de fondos públicos al PRI de Chihuahua a través de la retención de porcentajes de los salarios de los empleados, que de forma directa eran entregados a las oficinas del PRI por medio de la Secretaría de Hacienda local, o a través de pagos de entre 3 y 5 millones de pesos mensuales (US\$ 160.000 a 260.000) cuyos recibos eran firmados tanto por el tesorero del PRI como por otras figuras nacionales del partido. Es en este marco que se somete a juicio a Alejandro Gutiérrez Gutiérrez, quien fuera secretario general adjunto del Comité Ejecutivo Nacional del PRI, por el desvío de 250 millones de pesos (US\$ 13 millones) a través de la simulación de cinco procedimientos administrativos con empresas fantasma, una de ellas de su propiedad.⁴ Un aspecto relevante sobre el traspaso de recursos públicos al PRI es que dichos ingresos no fueron reportados oficialmente al Instituto Nacional Electoral,⁵ por lo que no fueron auditados por dicha institución.

Es importante mencionar que esta forma de operar no sucedió solo en Chihuahua. En Veracruz se observa el mismo patrón, a partir de la investigación publicada en el portal de noticias Animal Político: “Las empresas fantasma de Veracruz”.⁶ Una de las noticias más irritantes del caso de Veracruz fue cuando se dio a conocer que niños enfermos de cáncer recibieron quimioterapias falsas. En lugar del tratamiento, las bolsas obtenidas de la licitación con una empresa fantasma tenían agua destilada.⁷ Igualmente, el mismo portal de noticias, junto con la organización Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad (que participó también en la investigación de Veracruz) dieron a conocer cómo once dependencias del gobierno federal del presidente priísta Enrique Peña Nieto desviaron miles de millones de pesos entre 2013 y 2014 por medio de empresas

.....
3 Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, “Roban vacas en Chihuahua”, en <https://contralacorrupcion.mx/web/vacaschihuahua/index.html>

4 The New York Times, “El arresto de un aliado de Peña Nieto profundiza una investigación sobre corrupción”, en <https://www.nytimes.com/es/2017/12/20/el-arresto-de-un-aliado-de-pena-nieto-profundiza-una-investigacion-sobre-corrupcion/>

5 En México, este Instituto es el encargado de organizar las elecciones y llevar a cabo todos los procesos de verificación y auditoría relacionados con ellas, incluidos los gastos de campaña.

6 Animal Político, “Las empresas fantasma de Veracruz”, en <https://www.animal-politico.com/las-empresas-fantasma-veracruz/>

7 Animal Político, “Niños enfermos de cáncer recibieron quimios falsas durante gobierno de Duarte en Veracruz”, en <https://www.animalpolitico.com/2017/01/yunes-veracruz-falsas-quimioterapias/>

fantasma. Las principales dependencias fueron: la Secretaría de Desarrollo Social y el Banco Nacional de Obras y Petróleos Mexicanos. El aspecto más lamentable de este nuevo acto de corrupción fue que se utilizó a las universidades públicas como intermediarias para obtener las contrataciones públicas y, posteriormente, las universidades emitían un nuevo contrato a favor de la empresa fantasma.⁸ El punto central de mencionar estos otros casos que se encuentran muy documentados es que se trata de un *modus operandi* que los gobiernos del PRI reproducen en los espacios donde gobiernan.

Estamos en el marco de una corrupción estructural o endémica⁹ cometida por los mandos altos, que tiene la capacidad de capturar al Estado. Lo más interesante en este punto es que la captura se comete por la propia clase

FIGURA 4. Tipo de corrupción observada en el caso de Chihuahua

Coopta al Estado (o a algún ente estatal)	Práctica aislada		Expresión estructural o endémica	
	Quién comete el acto		Dónde se comete el acto	
	Mando altos (corrupción política)		Coopta al Estado	
			No coopta al Estado	
No coopta al Estado	Corrupción administrativa	Mandos medios y altos (gran corrupción)	Focalizado	Generalizado
		Mandos bajos (pequeña corrupción)		

FUENTE: elaboración propia.

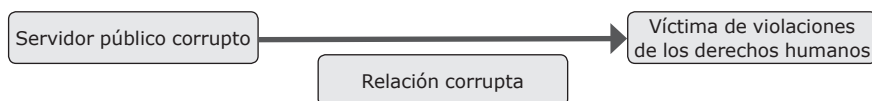
8 Animal Político, “La estafa maestra”, en <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>

9 La corrupción como una práctica endémica hace referencia a la corrupción estructural, caracterizada como una práctica que define el funcionamiento de ciertas instituciones y que opera a través de redes de poder, cuya principal función es proteger y mantener en la impunidad la corrupción funcional a su grupo (Claudio Nash, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2014, p. 70). La corrupción endémica o estructural puede ser focalizada (por ejemplo, en la policía, la judicatura o el servicio de aduanas) o generalizada (en el grueso de la lógica gubernamental) (José Zalaquet, *Transparencia y rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile / Chile Transparente, 2007).

política para sus fines, el principal: reproducirse en el poder político. Esta, en sí misma, es la principal forma de corrupción: la apropiación del poder público para fines privados. A fin de mantener este proceso en la impunidad, además de las redes de control administrativo al interior del Gobierno y de las empresas fantasma, también se creó una *red de protección* a través de una serie de pagos a diputados locales, al auditor superior del estado, a líderes de opinión, columnistas y medios de comunicación. En estos pagos se estima el gasto de 360 millones de pesos (US\$ 19 millones) (5 millones de pesos o US\$ 265 mil mensuales). Entender este aspecto es central: *cuando se está frente a la comisión de corrupción política de altos mandos, se establece también una demanda explícita de impunidad.*

Veamos ahora en qué consistió la violación de los derechos humanos proveniente de los desvíos de fondos de Chihuahua. Una primera relación entre la corrupción y los derechos humanos es cuando el acceso a un bien o servicio, que es un derecho, se condiciona al pago de un soborno o a alguna otra prestación. Aquí estaríamos frente a corrupción administrativa de mandos medios y bajos que no coopta al Estado. No es parte de nuestro caso de estudio.

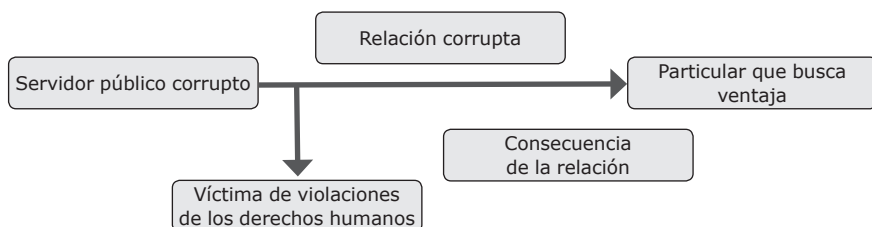
FIGURA 5. Relación directa entre corrupción y derechos humanos



FUENTE: Vázquez, "Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía", *op. cit.*, pp. 141-174.

Una segunda relación es la que se da con la malversación de fondos públicos. Es el caso de las redes de licitación y empresas fantasma. Para poder identificar la relación de corrupción, violación de los derechos humanos y las

FIGURA 6. Relación indirecta entre corrupción y derechos humanos



FUENTE: Vázquez, "Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía", *op. cit.*, pp. 141-174.

víctimas, tendríamos que mirar cada caso concreto. Un primer corte es que, en la medida en que el dinero es malversado o que se pagan sobrepuestos con respecto al valor real de los bienes o servicios licitados, la bolsa presupuestal se reduce. Con menos dinero, el Estado tiene menos capacidad de cumplir con sus obligaciones de garantizar y proteger los derechos humanos; a la par que se violenta la obligación de máximo uso de recursos disponibles. En los casos más abstractos (como las licitaciones de *software*, capacitaciones o consultorías), no se tienen víctimas inmediatas, sino mediatas: la sociedad toda.

Sin embargo, cuando analizamos con más especificidad qué dinero se malversó y cómo, es más sencillo ir acotando el derecho violentado y la víctima. Por ejemplo, una de las particularidades de los casos mexicanos presentados es que muchos de los bienes y servicios que no se ejecutaron estaban dirigidos a los grupos en situación de pobreza: las quimioterapias para niños y niñas que acudían a los servicios públicos de salud, pero también toda una serie de bienes como tinacos, pañales o alimentos. El lugar donde se cometieron muchos de estos actos de corrupción fueron precisamente las secretarías local y federal de Desarrollo Social. En la medida que esto puede acotarse, es más sencillo identificar a la víctima y el derecho violentado: el derecho a la salud de los niños y niñas que recibieron agua destilada en lugar de quimioterapia; el derecho a la alimentación de la población objetivo del programa de política pública que nunca recibió los alimentos licitados; el derecho de acceso al agua de la población objetivo del programa de política pública de dotación de tinacos que nunca llegaron a su destino.

Otro espacio en donde podemos mirar a las víctimas y el derecho violentado es el caso de la Unión Ganadera División del Norte que fue relatado líneas arriba. Así, mientras que las cabezas de ganado, maquinaria y microcréditos debían llegar a la comunidad agrícola y ganadera para impulsar el desarrollo regional, esos recursos se quedaron en manos del exgobernador. Aquí, las víctimas son esa comunidad agrícola y ganadera, y el derecho violentado es el derecho al desarrollo.

Hay que dar cuenta de una violación más: la violación de los derechos políticos. En la medida que mucho del dinero malversado iba a dar al PRI para impulsar las campañas de diversos candidatos, tanto locales como federales, lo que se violenta son los derechos políticos de la sociedad. En específico, este dinero ayuda a la conformación de estructuras clientelares que impulsan la compraventa de votos (se estima que en 2018 se intentaron comprar 30 millones de votos), lo que vulnera el derecho a votar de forma libre.

[illegible]

FUENTE: Reforma, "Van 23 detenidos ligados a C. Duarte", en <https://www.reforma.com/libre/onlineo7/aplicacionei/Pagina.html?c=a>

Finalmente, se puede identificar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, que es violentado a todas las personas que concurren a la convocatoria de las licitaciones o a la obtención de subsidios o créditos y no acceden a ellos por una competencia desleal, en el marco del otorgamiento de licitaciones de forma amañada o abiertamente ilegal.

Hasta aquí, lo que hemos visto es que las redes de corrupción y empresas fantasma del caso de Chihuahua violaron la obligación de garantizar los derechos humanos de todas las personas y el máximo uso de recursos disponibles, debido a la reducción del presupuesto público; violaron también la obligación de garantizar derechos específicos (salud, agua, alimentación, al desarrollo) a la población objetivo de un servicio que no fue ejecutado o entregado en el marco de un programa de política pública; y, en la medida que el dinero malversado se usó para construir redes clientelares, se violó también el derecho a votar de forma libre de las personas a quienes se les intentó comprar su voto. Hay una obligación más que se observa de este caso: la obligación de protección. Una vez que se da un acto de corrupción que además genera violaciones de los derechos humanos, se espera que se active la investigación, la sanción de los culpables y la reparación de las víctimas.

No obstante, en la medida que estamos frente a actos de corrupción de corte político, cometidos por altos mandos, de carácter estructural y que capturan al Estado, este tipo de corrupción viene acompañada de una expectativa explícita de impunidad que, en el caso de Chihuahua, operó por medio de la red de protección y siguió operando tiempo después, como veremos en el siguiente acápite.

Se podría cometer el error de pensar que las violaciones a la obligación de garantizar los derechos mencionados se llevaron a cabo por medio de acciones estatales, mientras que las violaciones a la obligación de protección se gestaron por omisión estatal. No fue así. Hay actos explícitos para generar y mantener la impunidad, entre ellos, la formación de la red de protección y el pago para no investigar. La diferencia no es menor, no se trata solo de un problema de falta de capacidades de la autoridad investigadora, sino de una abierta convicción y de una serie de acciones para que la investigación no se realice y los actos de corrupción se mantengan impunes. Lo peor que puede haber con respecto a una autoridad omisa o con capacidades disminuidas, es una autoridad cuyo principal fin es mantener los actos de corrupción y las violaciones de los derechos humanos en la impunidad. El diagnóstico del problema es diferente y la probable solución también.

Forma en que se enfrenta la corrupción a partir del estudio de caso

Las investigaciones solo para el caso de Chihuahua estiman un desvío de 6 mil millones de pesos (poco más de US\$ 330 millones). A partir del cambio de gobierno y de la alternancia del 2016, las investigaciones avanzaron. Se generaron diversas órdenes de aprehensión contra distintos miembros del gobierno de César Duarte y, por supuesto, contra el propio exgobernador, quien ya tiene 15 órdenes de aprehensión en su contra por 14 distintos jueces locales y un juez federal. En este momento el exgobernador está en condiciones de prófugo y se le ha seguido la pista a nueve mansiones en El Paso, Texas, todas ellas de su propiedad y valuadas en millones de dólares. En todos los casos se ha vinculado a proceso penal a las personas detenidas y ya se tienen siete sentencias condenatorias.

De entre las 32 órdenes de aprehensión que se han dictado en contra de servidores públicos de primer y segundo nivel, así como empresarios, que ahora se encuentran en prisión preventiva o cuentan ya con sentencia condenatoria se destacan:

- El exauditor superior de Chihuahua.

- El exsecretario de Educación de Chihuahua.
- El exsecretario de Obras Públicas y expresidente municipal de Chihuahua.
- El exdirector de Adquisiciones de Chihuahua y Diputado Federal Suplente de la Secretaría de Hacienda al momento de la detención.
- El exdirector de Administración de la Secretaría de Hacienda de Chihuahua.
- La exdirectora de Administración de la Secretaría de Educación de Chihuahua.
- El exdirector de Administración de la Auditoría Superior de Chihuahua.
- Un exdiputado local.
- Un extesorero del PRI estatal.

Estas órdenes de aprehensión, autos de vinculación y sentencias condenatorias se explican tanto por la alternancia en el gobierno, como por la llegada de un gobierno local dispuesto a investigar a fondo a su antecesor, así como por el uso de métodos de investigación poco usuales en México como el procesamiento agregado de datos, el análisis de patrones de conductas, el uso del análisis de redes, la conformación de pruebas periciales eficientes y la obtención de testigos protegidos a cambio de reducción de penas o de enfrentar sus procesos penales en libertad. Este último punto es el más difícil de lograr, pues supone la capacidad de romper el pacto de silencio de quienes participan en un hecho de este tipo.

También es importante mencionar que la forma en que se decidió entrar al caso de corrupción de Chihuahua fue a través del derecho penal. Los derechos humanos no jugaron ningún papel, como tampoco los mecanismos de exigibilidad inherentes a estos derechos, como los órganos de protección de los mismos. Por ende, tampoco se ha visibilizado a las víctimas, a la población objetivo de los programas de política pública cuyos bienes o servicios no los cobijaron.

Dentro de las personas procesadas se destaca el caso de Alejandro Gutiérrez Gutiérrez, quien fuera secretario general adjunto del Comité Ejecutivo Nacional del PRI. El resto de los actores permite mantener la investigación en un nivel local: lo que sucedió dentro de Chihuahua. No obstante, la detención de esta persona lleva la disputa por la impunidad a un nivel federal, el PRI-nacional y, por ende, la posible participación del entonces candidato presidencial Enrique Peña Nieto, quien después fue presidente de México.

Frente a esta posibilidad, en enero del 2018, la Secretaría Federal de Hacienda detuvo una transferencia de 700 millones de pesos al gobierno de Chihuahua y le solicitó una cita. En la reunión que tuvieron el gobernador Javier Corral y el entonces secretario de Hacienda José Antonio González Anaya, el secretario se mostró dispuesto a liberar los fondos retenidos siempre que les permitieran acceder a la investigación previa relacionada con Alejandro Gutiérrez Gutiérrez, a fin de conocer los alcances de la misma. Por esos mismos días, el entonces candidato presidencial del PRI y exsecretario de Hacienda (hasta noviembre del 2017), José Antonio Meade, aseguró que Alejandro Gutiérrez Gutiérrez había realizado declaraciones falsas bajo tortura.

Paralelamente, la defensa legal de Alejandro Gutiérrez Gutiérrez argumentó que el dinero desviado provenía de una partida presupuestal federal, por lo que la persona indicada para realizar la investigación no era la Procuraduría del estado de Chihuahua, sino la Procuraduría federal, en manos del priísmo que tiene la presidencia; a la par se buscó el traslado de Alejandro Gutiérrez del centro de reclusión de Chihuahua donde se encontraba, a un centro penitenciario federal en la Ciudad de México. Finalmente, a finales de mayo del 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que los casos de Alejandro Gutiérrez Gutiérrez, Enrique Tarín y Gerardo Villegas fueran conocidos por jueces federales, por lo que ordenó su traslado a la Ciudad de México. Al momento de escribir estas líneas, la disputa aún se encuentra en la SCJN por medio de un recurso de reclamación pendiente de resolver.

En otra línea de contención, la Procuraduría General de la República (PGR) cuenta con algunas fiscalías autónomas, una de ellas es la Fiscalía Especializada en Delitos Electorales (Fepade), que había estado a cargo de Santiago Nieto. Dentro de la investigación de esta Fiscalía se encontraba el caso Odebrecht que involucró al priísta Emilio Lozoya, exdirector de Petróleos Mexicanos (Pemex). Para evitar el avance en esta investigación, el encargado de despacho, Alberto Elías Beltrán, removió a Santiago Nieto en octubre de 2017 aduciendo violaciones al código de conducta debido a una entrevista que el fiscal dio al periódico *Reforma*. En diciembre del mismo año, el Senado nombró a Héctor Marcos Díaz Santana al frente de la Fepade. Pese a tener poco más de 4 mil investigaciones abiertas, uno de los primeros actos del gobierno del reciente fiscal fue trasladar la investigación sobre el presunto desvío de fondos de Chihuahua hacia el PRI, traslado que se llevó a cabo en enero del 2018. No se ha sabido de más avances en la investigación. Aquí se observa tanto la vulneración de la autonomía de las entidades gubernamentales por

FIGURA 7. La lógica de la democracia a la mexicana

FUENTE: elaboración propia.

FIGURA 8. Mapa de territorios de influencia de carteles en 2017

FUENTE: elaborado a partir de BBC Mundo, 11 de julio de 2017.

medio de la elección de incondicionales al frente de estos entes, como uno más de los mecanismos usados para mantener la impunidad.

Recomendaciones a partir del caso mexicano

Los actuales fenómenos de corrupción en México no se pueden explicar sin comprender dos puntos: la democracia a la mexicana y el amplio control territorial de redes de macrocriminalidad en el país conformadas por estructuras políticas, financieras y criminales, en específico el narcotráfico. Si bien en el ejemplo de Chihuahua no se observa relación con el crimen organizado,

esto sí sucede en la malversación de fondos realizada en Veracruz y Coahuila, donde los lazos con los zetas son evidentes. Por su parte, en México, durante el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto, se conformó la democracia a la mexicana, se trata de un régimen político integrado por cinco procesos: el clientelismo, la negación, la simulación, la corrupción y la impunidad.

Nuestro caso de estudio se encuentra especialmente afectado por la *simulación política*. En las distintas actividades estatales, la simulación toma diferentes formas:

- Una característica de la democracia a la mexicana es la negación: en México –dice la clase política– no se practica la tortura de forma generalizada, tampoco la desaparición, ni es cierto que se haya perdido el control territorial. En la medida que el problema es negado, la solución a dicho problema es simulada.
- Pero la simulación no solo existe en coyunturas determinadas, es una práctica común. Una forma de simulación distinta se puede observar en el diseño (“hecha la ley, hecha la trampa”) o en los nombramientos de órganos autónomos a fin de neutralizar dicha autonomía por medio del nombramiento de incondicionales, como han hecho con el Tribunal Electoral, con la bancada priísta en el INE, con el procurador general de la República, con el nombramiento de ministros a modo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o del auditor superior de la Federación. *Simulan autonomía, ganan impunidad*.
- Otra forma de simulación se da en los procesos que integran el actuar cotidiano de alguna institución: las instituciones y los procesos informales que no solo son distintas, sino abiertamente contrarias a los objetivos de las instituciones. El ejemplo más evidente está en el sistema de justicia, tanto en la forma en que operan las procuradurías como los centros penitenciarios. Las primeras fueron creadas para investigar los crímenes y sancionar a los culpables. Los segundos, para generar procesos de reinserción social. Ninguno de los dos cumple dichos objetivos. En ambos casos lo que se observa son una serie de procesos informales, de sobornos, que movilizan, detienen o entierran las investigaciones en el caso de las procuradurías; y que impiden que las personas privadas legalmente de su libertad ejerzan sus derechos como recibir visitas, tener mejor alimentación o una celda menos hacinada. Así, las instituciones informales generan que el principal objetivo de estas instituciones de justicia en realidad sea producir ganancias económicas para los propios operadores del sistema.

Tenemos un recuento de, al menos, cuatro formas de simulación:

1. Simular la solución de un problema social en una coyuntura política.
2. Simular el diseño de un órgano autónomo.
3. Simular la autonomía de un órgano por medio del nombramiento de un incondicional.
4. Simular la actividad cotidiana de un órgano gubernamental por medio del desvío de sus objetivos a través de instituciones y mecanismos informales.

Estas formas de simulación generan distintas problemáticas y complejidades. Por ejemplo, el ente gubernamental puede estar perfectamente capacitado, pero las formas de simulación 3 y 4 tendrán como consecuencia que dichas capacidades no sean utilizadas adecuadamente. De la misma forma, puede existir el reclutamiento de servidores públicos valiosos, pero esas mismas formas de simulación 3 y 4 tendrán como consecuencia que la posibilidad de acción de dicho servidor público sea limitada o, en el peor de los casos, se acople a la lógica institucional informal, o salga de dicho órgano.

Una última reflexión sobre la simulación. Mientras que las simulaciones 1, 2 y 3 suponen una lógica de arriba hacia abajo, de la élite gobernante hacia los operadores del aparato estatal; el punto 4 supone la lógica inversa: el boicot de los operadores a la institución gubernamental con la complacencia o indiferencia de la élite gobernante. Es importante tener claros estos dos procesos de simulación, porque nos permiten advertir que un cambio en la lógica institucional a fin de que un determinado órgano funcione de acuerdo con los objetivos para los que fue creado requiere:

- El interés y la voluntad política de la élite gobernante para que dicho órgano funcione.
- La ausencia de instituciones informales al interior del órgano estatal que sean abiertamente contrarias al objetivo del órgano. Si el órgano es nuevo, la clave estará en el diseño (formal e informal) y en el proceso de reclutamiento de los operadores. Si dicho órgano ya existe y su actuación cotidiana opera mediante mecanismos informales contrarios a sus objetivos, la solución dependerá de la posibilidad de generar incentivos positivos y negativos contrarios a los ya existentes o, en su caso, a la posibilidad de refundar el órgano correspondiente.

Es importante mirar la simulación porque este es el principal problema de la lucha contra la corrupción en México. Cuando el acto de corrupción

no coopta al Estado y es realizado por mandos medios o bajos, el problema es que el sistema de justicia no funciona. En México, la impunidad en las entidades federativas va del 94 al 99 % (Envipe-Inegi),¹⁰ es decir, de cada 100 delitos cometidos en el 2016, entre 94 y 99 quedaron impunes dependiendo la entidad federativa. Peor aún, cuando se está frente a la corrupción cometida por mandos altos, que genera cooptación estatal, existe una demanda explícita y voluntad política para mantener dichos actos en la impunidad, como vimos en el caso analizado.

En la medida que los órganos públicos encargados del combate a la corrupción no funcionan porque sus directivos son incondicionales del grupo en el poder, o porque la corrupción los ha corroído en su actuación cotidiana, la salida impulsada por la sociedad civil suele ir en dos rutas: 1) tratar de ciudadanizar dichos órganos; 2) crear órganos nuevos para realizar las actividades que fueron capturadas. La consecuencia son sistemas como el SNA, con un Comité Ciudadano con buenos nombramientos, pero con facultades acotadas, la generación de nuevos órganos, y la creación de un sistema que, en medio de una complejidad tremenda y una alta burocratización, mantiene un alto nivel de impunidad. Por ende, algo que debemos preguntarnos rumbo al combate a la corrupción futura es *si lo que requerimos son más órganos y sistemas más complejos, o simplemente descapturar los que ya existen y no están funcionando*.

Sin duda, queda mucho por hacer en la lucha contra la corrupción, pero un punto central en la elaboración de los diagnósticos es no caer en la ingenuidad de creer que el Estado es autónomo e imparcial. Por el contrario, en el diagnóstico claramente debemos observar que el Estado no es un ente unitario, sino conformado por cientos de organizaciones que, entre ellas, generan relaciones de cooperación, pero también de conflicto y de indiferencia. Por ende, habrá autoridades que están interesadas en investigar y sancionar los actos de corrupción, como las autoridades panistas de Chihuahua con respecto a los actos de corrupción realizados por sus antecesores priístas; que habrá autoridades que son indiferentes a esos actos de corrupción; pero que también habrá autoridades empeñadas en mantener la impunidad de dichos actos, como lo hacen la PGR, la Fepade y diversos jueces y juezas del poder judicial que actúan para solventar los intereses de opacidad del PRI.

.....

10 Los datos de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) se pueden consultar en <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/envipe/2018/>

Si no se tiene una teoría del Estado que permita mirar todas estas relaciones, no habrá diseño de mecanismos anticorrupción que efectivamente sirvan.

Bibliografía

- CARDONA, LUZ, Horacio ORTIZ y Daniel VÁZQUEZ, “Corrupción y Derechos humanos: de la intuición a la convicción”, en *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 3, 2018, pp. 577-610, en <http://mexicanadesociologia.unam.mx/index.php/v8on3/281-v8on3-a4>
- _____, “Corruption and human rights: Possible relations”, en *Human Rights Quarterly*, núm. 40, 2018, pp. 317-341, en <https://muse.jhu.edu/article/694699>
- _____, “Violación de derechos humanos en México. Un costo poco advertido de la corrupción”, *Política y Gobierno*, vol. XXV, núm. 1, 2018, pp. 153-184, en <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/1084>
- DECRETO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. *Diario Oficial de la Federación*, de 27 de mayo de 2015. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015
- GARAY, Luis y Eduardo SALCEDO, *Drug Trafficking, Corruption and States. How illicit networks shaped institutions in Colombia, Guatemala and Mexico*, Small Wars Journal-El Centro and Vortex Foundation Book, 2015.
- GARAY, Luis, Eduardo SALCEDO, Issac DE LEÓN-BELTRÁN y Bernardo GUERRERO, *La captura y reconfiguración del Estado en Colombia*. Bogotá, Fundación Método / Fundación Avina / Transparencia por Colombia, 2008.
- LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, de 18 de julio de 2016.
- NASH, Claudio, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2014.
- SALCEDO, Eduardo y Luis GARAY, *Macro-criminalidad. Complejidad y resiliencia de las redes criminales*, Bogotá, 2016, Universe.
- VÁZQUEZ, Daniel, “Derechos humanos y corrupción en México: una radiografía”, en Carlos Tablante y Mariela Morales (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 141-174, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>

- _____, “Mexican style democracy: A framework conducive to human rights violation”, en Alejandro Anaya y Barbara Frey (eds.), *México’s human rights crisis*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2018, pp. 187-206.
- _____, *Corrupción y Derechos Humanos. ¿Por dónde comenzar la estrategia anticorrupción?*, New York, Peter Lang, 2018.
- _____, *Democracia, populismo y elitismo*, México, INE, 2016.
- VÁZQUEZ, Daniel, Luz CARDONA y Horacio ORTIZ, *Los derechos humanos y la corrupción en México. Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014*, México, CNDH, 2017, en www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2017_036.pdf
- ZALAQUET, José, *Transparencia y rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile / Chile Transparente, 2007.

■ CORRUPCIÓN JUDICIAL Y AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA INDEMNIDAD SEXUAL: UN CASO PERUANO

Yván Montoya*

Contexto y marco jurídico respecto a la corrupción en el país, en el contexto del vínculo con los derechos humanos y el Estado de derecho

Situación de la corrupción en el Perú

Las encuestas elaboradas por el grupo Ipsos Apoyo, a pedido de la organización Proética, muestran una tendencia muy grave en la percepción y tolerancia de la corrupción en el Perú. A partir de tres tipos de preguntas se puede observar la tendencia de las últimas tres encuestas.

- a) Sobre la corrupción como problema para el desarrollo del país

La VI Encuesta Nacional sobre percepción de la corrupción en el Perú (2012)¹ revelaba que la corrupción de funcionarios se percibía como el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr su desarrollo (51 %), por encima de otros problemas como la falta de eficiencia de funcionarios y servidores o la falta de interés de los ciudadanos.² Esta tendencia se confirma en las Encuestas Nacionales de 2013³ y 2017,⁴ que registran a la

.....
* ymontoy@pucp.pe

1 Proética, *VII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú (2012)*, en <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf>

2 *Idem*, p. 18.

3 Proética, *VIII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú (2013)*, en <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2013/08/VIII-Encuesta-20131.ppt>

4 Proética, *X Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción (2017)*, en <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/>

corrupción como el principal problema que enfrenta el Estado, con un 58 y 62 %, respectivamente.

Estos datos reflejan la desconfianza en la que se encuentran peruanos y peruanas para aceptar situaciones de corrupción tanto en el ejercicio de una eventual función pública como fuera de ella.

b) Sobre las instituciones que se perciben como más corruptas

¿Cuáles son las instituciones públicas que se perciben como más corruptas? Estas instituciones son⁵ (con pequeñas variaciones en cada encuesta): el Poder Judicial, la Policía Nacional, el Congreso de la República y los partidos políticos⁶. Esta situación es preocupante dado que se trata de los órganos directamente relacionados con la investigación, el juzgamiento y la sanción de los casos más graves de corrupción de funcionarios en nuestro país. A ello debe agregarse la poca o escasa confianza de nuestra ciudadanía en la eficacia de las denuncias por corrupción.

c) Sobre la percepción de la corrupción del Perú en el contexto internacional

Las cifras señaladas parecen confirmar los índices de percepción de la corrupción (IPC) elaborados por Transparencia Internacional. De acuerdo con esta medición, en el año 2012⁷ Perú aparece en el puesto 83 de 176 del *ranking* mundial, con un puntaje de 38 en el que 0 indica una situación extrema de corrupción y 100 una situación de máxima transparencia. Esta situación se reitera en el IPC de 2014⁸ donde el Perú aparece igualmente con 38 puntos y en el puesto 85, y en el IPC del 2017 donde aparece con 37 puntos y en el puesto 96 de 189 países.

Como podemos apreciar, hemos empeorado la percepción sobre la corrupción en nuestro país. Nos ubicamos en la mitad inferior de la tabla de países más corruptos.

Sin embargo, el dato más sensible que ilustra la magnitud histórica de la corrupción en el Perú es el que Jorge Quiroz nos revela en la parte final

.....

ProC3%A9tica-X-Encuesta-Nacional-sobre-CorrupciC3%B3n-1-6.pdf

5 *Idem*. El Poder Judicial aparece como la institución más corrupta (48 %), en tercer lugar se ubica la Policía Nacional (36 %) y en sexto lugar la Fiscalía de la Nación (22 %).

6 Si bien en la encuesta no aparece el Ministerio Público, ello obedecería a la confusión que puede existir en la población entre esta institución y el Poder Judicial.

7 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2012*, en http://www.transparency.org/whatwedo/publication/corruption_perceptions_index_2012

8 Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2014*, en <http://ideh-pucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Indice-de-percepciC3%B3n-2014.pdf>

de su trabajo. Quiroz señala que el Perú, durante su vida republicana y a raíz de los recurrentes episodios de gran corrupción atribuibles a su clase política dirigente, perdió aproximadamente el 50 % de sus probabilidades de desarrollo.⁹

Marco normativo

Normas y mecanismos preventivos

Dentro de las normas dirigidas a prevenir el ejercicio abusivo del poder público en provecho personal encontramos principalmente las siguientes:

- a) Ley de transparencia y acceso a la información pública (Ley 27806)

La transparencia y el acceso abierto a los ciudadanos de toda la información pública son considerados los mecanismos más importantes de prevención de la corrupción, pues obligan al órgano público a revelar todas sus acciones y ofrecer a la sociedad civil herramientas para fiscalizar el ejercicio de la función pública.

Se trata de una ley con varios años de vigencia, sin embargo, su capacidad para revertir la cultura del secreto ha sido limitada, sobre todo, por la ausencia durante todos estos años de una autoridad especializada y con plena capacidad para precisar jurisprudencialmente los alcances de la ley, en especial, los supuestos de excepción al acceso a información pública, y para imponer a las instituciones renuentes decisiones que las obligan a otorgar la información requerida.¹⁰ Recientemente, mediante el Decreto Legislativo 1353 de enero de 2017, el Gobierno aprobó la creación de una Autoridad Nacional de Transparencia, la cual ha sido objeto de cuestionamientos en razón del débil estatus normativo de su creación y las limitadas competencias coercitivas que tiene.

- b) La Ley del Servicio Civil (Servir)

En el año 2004, se promulgó la Ley Marco del Empleo Público (Ley 28175), de acuerdo con la cual se iniciaba un proceso de reforma gradual del estatus y las funciones de los empleados y servidores públicos (denominada servicio civil), a través del cual se anunciaba la creación de otras normas sobre la carrera del servidor público, los funcionarios y empleados de confianza, la gestión del empleo público, las incompatibilidades y

9 Alfonso Quiroz, *Historia de la corrupción en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2013, p. 554.

10 Fernando Castañeda, "El Perú necesita una autoridad autónoma de transparencia", en <http://www.dar.org.pe/boletindartranspa/boletino1/noticiao2.htm>

responsabilidades, y el sistema de remuneraciones.¹¹ Todo ello con el propósito de encaminarse a un cuerpo de administración pública competente y fundado plenamente en el mérito.

En 2008, el Gobierno sancionó una serie de decretos legislativos con el fin de fortalecer la institucionalidad del servicio civil y de profesionalizar el segmento directivo del empleo público.¹² Finalmente, en julio de 2013, se aprobó una reforma a la Ley del Servicio Civil (Ley 30057) cuyo objetivo radica en establecer progresivamente un régimen único y de forma exclusiva para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado.

Al respecto, desde el 2008 hasta el 2017, los índices muestran un avance consistente, tanto en lo referido a la extensión de la cobertura de instituciones que ya están en este régimen (no olvidemos que la progresividad se basa en la voluntariedad de su asunción por las instituciones) como en los índices de la calidad del sistema. Concretamente, con relación al indicador de “mérito”, que mide la profesionalización de la carrera administrativa, la reducción de la politización y de prácticas arbitrarias y corruptas, se ha evidenciado un importante avance del 15 %.

Sin embargo, desde 2006 se aprecia un congelamiento en el avance de la cobertura de la Ley de servicio civil, es decir, no se aprecia un número significativo de nuevas instituciones públicas que se incorporen a este nuevo modelo. Por otro lado, se deben mejorar las capacidades en las instituciones para la efectiva implementación del modelo integral de gestión planteado en la Ley de Servicio Civil, de lo contrario, esta puede fracasar. En esa perspectiva, resulta imperiosa la reforma del sistema electoral y de partidos políticos como mencionaremos en las líneas siguientes.

Ninguna de las normas antes indicadas hace referencia a la relación de este nuevo cuerpo de funcionarios y el objetivo de alcanzar la realización plena de los derechos humanos a través de la prestación de los servicios públicos.

- c) La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y el Plan Nacional de lucha contra la corrupción

La CAN es un organismo integrado por instituciones públicas, privadas y la sociedad civil que tiene por finalidad articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país. La CAN fue creada mediante Decreto

.....
 11 Mercedes Iacoviello, *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú*, Lima, BID, en https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7152/ICS_TN_Diagnostico_institucional_del_servicio_civil_Peru.pdf

12 *Idem.*

Supremo 016-2010-PCM y reconocida por norma con rango de Ley (Ley 29976). Actualmente, la Secretaría Técnica de la CAN configura la Secretaría de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y se encarga de la supervisión del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción.

Precisamente en el año 2012, se estableció el primer Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción para el periodo 2012-2016, el cual contenía por primera vez algunas referencias a la relación entre corrupción y vigencia de los derechos humanos. Así, en la presentación de dicho plan se menciona que “la corrupción es un fenómeno que afecta la gobernabilidad del país, la confianza en las instituciones y los derechos de las personas”. Posteriormente, el Plan explica las dos maneras de afectación de la corrupción sobre los derechos humanos. La primera afecta la dimensión individual, principalmente el derecho a la no discriminación en el acceso a los servicios, y la otra dimensión colectiva, en especial a los grupos vulnerables, y añade a su vez el Estado de derecho y los principios democráticos.

Lamentablemente, el actual Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2018-2021, aprobado mediante Decreto Supremo 044-2018, no contiene ninguna referencia a la relación entre corrupción y derechos humanos.

d) Política Nacional de Integridad, aprobada por Decreto Supremo 092-2017-PCM

Esta política tiene como fin orientar las acciones del Estado en sus políticas de gestión dirigidas a la prevención y lucha contra la corrupción. Se trata de un documento extenso que reitera lo referido en el primer Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, es decir, reitera los efectos de este flagelo sobre el disfrute de los derechos humanos en sus dos dimensiones: individual y colectiva.

Mecanismos y normas represivos

El sistema penal

El Código Penal peruano contiene un capítulo extenso de delitos contra la administración pública que se subdividen en dos. Los delitos contra la administración pública cometidos por particulares (como la usurpación de autoridad, violencia o resistencia a la autoridad, entre otros) y los cometidos por funcionarios públicos. Estos últimos son los más relevantes de cara a enfrentar los casos más graves de corrupción pública. Dicho capítulo contiene una amplia lista de delitos, desde los clásicos de peculado, cohecho pasivo y colusión (fraude al Estado), hasta delitos que suponen un adelantamiento de la protección penal como el tráfico de influencias, el patrocinio ilegal y el enriquecimiento ilícito de funcionarios.

Se trata de un cuerpo de normas penales bastante completo orientado a la protección del correcto funcionamiento de la administración pública. La jurisprudencia peruana ha desarrollado durante los diez primeros años del presente siglo una fructífera jurisprudencia penal sobre distintos aspectos dogmáticos vinculados a procesados por estos delitos. Así, por ejemplo, temas sobre la responsabilidad del *extraneus*, el título de imputación con el que responde, el concepto penal de funcionario público o la naturaleza dogmática de estos delitos que define los alcances de la autoría y la participación.

De cualquier forma, el sistema penal anticorrupción (Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Contraloría General de la República y Unidad de Inteligencia Financiera) muestra insuficiencias para la investigación, el juzgamiento y la eventual determinación de responsabilidades en casos complejos de delitos de corrupción de funcionarios, especialmente aquellos que involucran a personajes políticamente expuestos y altos funcionarios del Estado. Uno de los problemas principales de este sistema especial anticorrupción radica en la deficiente coordinación interinstitucional entre sus integrantes, que les permita acceder y compartir en tiempo real información común relevante para las investigaciones. Los avances en este aspecto son limitados a través de convenios de coordinación entre algunas instituciones.

A pesar de la actuación destacable que el sistema tuvo para enfrentar los casos de corrupción de fines de los años noventa, a raíz de la caída del régimen del expresidente Fujimori y de las reformas penales que se han desarrollado en los últimos años (muerte civil, imprescriptibilidad de algunos delitos de corrupción, entre otros), el sistema penal ha evidenciado uno de sus mayores problemas para el desarrollo de sus competencias: la corrupción interna. Ello a raíz del conjunto de audios, recogidos como parte de una investigación fiscal formal, en los que se da cuenta de comunicaciones entre miembros de la Corte Suprema, la Fiscalía Suprema, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Corte Superior del Callao según los cuales los magistrados se intercambian favores vinculados al ejercicio de sus funciones públicas y el sentido de algunas decisiones judiciales se determina en virtud de tráfico de influencias o cohecho.¹³

El sistema administrativo sancionador

En el Perú, el sistema administrativo sancionador es complejo y desordenado dado que cada organismo constitucional autónomo y cada entidad pública

.....
13 Al respecto ver Gustavo Gorriti, Columna de Reporteros, en <https://idl-reporteros.pe/columna-de-reporteros-347/>

regional o local cuenta con su propio sistema disciplinario y, por tanto, con diversos procedimientos y sistema de faltas. Sin embargo, son dos de estos sistemas los de mayor alcance e impacto en el ámbito de la administración pública. El sistema disciplinario sancionador de Servir y el procedimiento administrativo sancionador de la Contraloría General de la República (CGR). A pesar del esfuerzo de cada uno de estos procedimientos, que ha llevado a un número importante de funcionarios a ser sancionados con inhabilitación o cese en el desempeño de su trabajo, se ha cuestionado esta duplicidad de procedimientos administrativos sancionadores debido a que su traslape no ofrece seguridad jurídica a los funcionarios públicos. Igualmente, se cuestiona la perspectiva marcadamente antinormativa con la que operan estos procedimientos, sin incorporar perspectivas como la gestión por resultados o la eficiencia.

Actualmente, en el Perú se encuentra pendiente una importante reforma para prevenir y controlar la corrupción en el país. Se trata de la reforma de la Ley de partidos políticos y la reforma electoral. En el Parlamento de la República se viene desarrollando con lentitud y resistencia un proceso de reforma que apunte a generar partidos políticos sólidos y democráticos en su organización, así como a diseñar un sistema electoral que mejore la representación nacional y establezca las condiciones de igualdad y transparencia en lo referido al financiamiento predominantemente público de los partidos políticos.

Tipos de violaciones de los derechos humanos por actos de corrupción

Como se mencionó, las prácticas de corrupción afectan el ejercicio o disfrute de una variedad de derechos fundamentales, sea en su dimensión individual de vulneración como en su dimensión colectiva, sea de manera directa o de manera indirecta o difusa. En esa perspectiva, casi todos los derechos fundamentales serían afectados de alguna u otra manera en el Perú. Sin embargo, dos estudios¹⁴ sobre la corrupción nos muestran que los derechos humanos o fundamentales más afectados serían el derecho a la alimentación y a la salud individual, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva junto con el derecho a la igualdad, por otro. En el primer caso, los derechos

.....

14 Gustavo Yamada y Ricardo Montero, *Corrupción e inequidad en los servicios públicos en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 2011, en <http://www.cies.org.pe/sites/default/files/files/diagnosticoypropuesta/archivos/dyp-50.pdf>, y Defensoría del Pueblo, *Decimocuarto informe anual de la Defensoría del Pueblo*, 2011, en <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/14-informe-anual-dp.pdf>

son afectados por el Poder Ejecutivo (y en menor medida los gobiernos locales), mientras que en el segundo, obviamente por el Poder Judicial y el Ministerio Público. Esta afirmación se constata no solo al observar las cifras de las encuestas sucesivas sobre percepción de la corrupción, en específico respecto de las instituciones que se perciben más corruptas, sino también a partir de un informe elaborado en el 2011 por la Defensoría del Pueblo en el que se da cuenta de las situaciones de corrupción que con más frecuencia afectan determinadas prestaciones públicas orientadas a la satisfacción de algunos derechos humanos básicos. Con relación a este último aspecto, la Defensoría reporta que, del total de quejas recibidas por corrupción contra los programas sociales habilitadores, 219 fueron declaradas fundadas. De estas últimas, el mayor porcentaje de quejas se concentró en el Programa Integral de Nutrición, seguido del programa Vaso de Leche y el Programa de Complementación Alimentaria. En quinto lugar aparece el Sistema Integral de Salud. Como puede apreciarse, se trata de prestaciones públicas gestionadas en su mayoría por el Poder Ejecutivo, con excepción del programa Vaso de Leche, administrado por los gobiernos locales.

Con relación a las cifras sobre percepción de la corrupción, tres son las instituciones públicas que se perciben como más corruptas y, lamentablemente, esas tres están vinculadas al sistema penal anticorrupción (Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional). Ello nos muestra que son los derechos a la tutela judicial efectiva, así como los relacionados con la igualdad y no discriminación de los usuarios del sistema de justicia los que se ven con mayor frecuencia afectados por la corrupción. Esto último no parece ser solo una percepción ciudadana reiterada, sino que se ha evidenciado, como hemos mencionado, en el reciente develamiento de una red de corrupción que involucra a jueces y fiscales supremos, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), y vocales y jueces del distrito judicial del Callao, el distrito judicial más grande del Perú después de Lima.

Esta selección de derechos humanos más afectados por prácticas extendidas de corrupción no implica negar que el mayor costo económico de este flagelo en el Perú proviene del desvío irregular del presupuesto de la República en los procesos de contratación estatal llevados a cabo por los diversos niveles de la administración (gobiernos nacional, regional y local), para proveerse de bienes, servicios u obras. La Contraloría General de la República ha calculado que anualmente el Estado pierde cerca de 10.000 millones de soles (US\$ 3000 millones), lo que equivale al 0,5 % del producto interno bruto (PIB). Si bien estas pérdidas también inciden sobre el pleno disfrute de algunos derechos

humanos (a la seguridad, a la educación, etc.), se trata de una afectación indirecta y sobre víctimas más difusas, es decir, menos determinables que las que hemos seleccionado.

Desafíos

Se ha evidenciado la ausencia de la perspectiva de derechos humanos en la normativa y los documentos nacionales relacionados con la prevención y el control de la corrupción. Salvo la breve referencia en el Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción, y su reiteración en la Política Nacional de Integridad, esta perspectiva no se aprecia en ninguna otra norma ni en los planes y programas en los que se plantea el combate a la corrupción. La asunción de esta perspectiva no solo resulta necesaria a efectos simbólicos, sino que permitiría, en primer lugar, reafirmar en la conciencia de los funcionarios públicos la importancia especial de la función que desempeñan, esto es, una razón reforzada que les permita, en el contexto de un marco de integridad, desestimar la provocación de comportamientos corruptos en el ejercicio de la función pública.

Igualmente, apreciamos esta ausencia en la jurisprudencia constitucional peruana. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre la importancia de la erradicación de la corrupción al punto de elevar su prohibición a la categoría de principio constitucional.¹⁵ No obstante, no se ha planteado el nexo o vínculo con la vigencia y el goce de los derechos fundamentales. En tanto nuestra jurisprudencia no desarrolle o profile un derecho fundamental a la interdicción o prohibición de la corrupción, resulta necesario desarrollar el vínculo de afectación entre un hecho de corrupción y los derechos fundamentales afectados. Esta perspectiva les permitiría al legislador y al operador judicial evaluar mejor la aprobación de leyes y la adopción de decisiones judiciales que tengan como objeto la prevención, el control o la sanción de la corrupción. Efectivamente, al momento de determinar alguna medida de prevención de la corrupción (por ejemplo, la obligatoriedad para los funcionarios de la presentación de una declaración jurada de intereses), el trabajo legislativo muchas veces debe evaluar la ponderación de los derechos fundamentales en juego con la corrupción, con otros derechos fundamentales (derecho a la vida privada, etc.). Igual situación ocurre con instituciones penales o procesales tales como el derecho a un plazo razonable, aspecto que

.....
¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de mayo de 2012 (Exp. 017-2011 PI/TC), en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

debería valorarse ponderando su importancia de cara a los derechos fundamentales afectados con la práctica corrupta que se juzga.

Teniendo en cuenta esta última perspectiva, resulta importante para el Estado de derecho evitar la impunidad de los casos más graves de corrupción. Una situación de impunidad reiterada en este tipo de casos socaba la vigencia del Estado de derecho en razón de que la arbitrariedad, el abuso de la función pública y su desprecio por la legalidad terminan por imponerse sin mayores consecuencias sancionadoras.

El caso práctico emblemático y la violación de los derechos humanos

Antecedentes

De acuerdo con la sentencia de primera instancia, de marzo de 2014,¹⁶ el acusado Mauricio Huamani Saldivar contactó, a través del Facebook, a la menor de trece años de edad de iniciales XYZ, con el propósito de entablar una amistad y poder luego mantener relaciones sexuales con esta. Es así que el 26 de octubre del mismo año la citó para conducirla al hotel El Dorado (Lima), a lo cual la menor accedió. Sin embargo, la menor se negó a sostener relaciones sexuales frente a lo cual el señor Huamani le exigió mantener relaciones sexuales y, a la fuerza y sin su consentimiento, la mantuvo toda la noche hasta el día siguiente. La agraviada fue contactada nuevamente el 31 de marzo por el acusado y fue llevada al hotel Venus, donde mantuvo relaciones sexuales por segunda vez con el acusado. Finalmente, el 31 de marzo la menor fue contactada nuevamente por el acusado y se dirigió a un paradero para encontrarse con aquel. En ese momento fue seguida por su tío quien, al percatarse que el acusado y la menor se dirigían a un hotel, advirtió a un agente policial sobre el hecho, procediéndose a interceptar y detener al acusado.

La investigación fiscal concluyó con una acusación por delito de violación sexual de menor de 14 años de edad (art. 173 CP) y de proposiciones sexuales a adolescente (183 B CP). La sentencia de primera instancia,¹⁷ emitida el 27 de octubre de 2015 por la Primera Sala Penal de Lima, condena al acusado por los delitos antes indicados a 30 años de pena privativa de la libertad.

.....
¹⁶ Texto basado en el Recurso de Nulidad 3303-2015, Lima, emitido por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema.

¹⁷ Debe advertirse que no hemos tenido acceso a la sentencia de primera instancia. El contenido de esta solo es accesible a través del Recurso de Nulidad 3303-2015, Lima. Es probable que algunas partes inculminatorias importantes hayan sido omitidas en el referido recurso de nulidad.

La Sala Penal desestimó los argumentos del acusado en el sentido de que la víctima era su enamorada en virtud de que esta, en su primera declaración (Declaración Única), manifestó que fue sin su consentimiento y a la fuerza, pero además se trataba de una menor de 14 años, por lo que su consentimiento era irrelevante. Asimismo, la Sala desestima la argumentación del acusado cuando señala que consideraba que la edad de la menor era de 15 años, es decir, incurrió en un error sobre la edad de esta.¹⁸ El condenado interpone recurso de nulidad el mismo que es elevado a la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema. Se puede deducir razonablemente que, luego de la programación de la vista de la causa y el tiempo promedio de dilación que demora la Corte Suprema en resolver estas causas, el presente caso pudo ser resuelto a fines de 2017 y comienzos de 2018, pero por una mala práctica recurrente de las salas de la Corte Suprema la fecha de la sentencia aparece registrada con mucha anterioridad (24 de febrero de 2017).

Los hechos

En diciembre de 2017, una fiscal de crimen organizado del distrito judicial del Callao solicitó a un juez de investigación preparatoria la autorización para realizar interceptaciones telefónicas a números telefónicos vinculados a miembros de cierta organización criminal que operaba en la provincia del Callao. En el desarrollo del proceso, la fiscal fue detectando que tales miembros tenían contacto con funcionarios y magistrados del distrito judicial del Callao y estos, a su vez, con magistrados y funcionarios del CNM.¹⁹ Los términos de las conversaciones apuntaban a la posible existencia de tráfico de influencias y prácticas de cohecho. Luego de solicitar a la compañía de teléfonos la identificación de los titulares de los referidos números se evidenció que pertenecían al presidente de la Corte Superior del Callao y a varios magistrados y funcionarios de su entorno, varios jueces supremos, entre ellos el presidente de la Segunda Sala Penal Suprema Transitoria y varios de los consejeros del CNM.

Pues bien, una de las grabaciones más emblemáticas que se dio a conocer a la opinión pública fue una conversación entre el presidente de la Segunda Sala Penal Transitoria, el juez CHP y un individuo a quien no se registra muy bien su conversación. Esta es la transcripción de la conversación:

.....

¹⁸ En el Perú, la violación sexual de menor se considera cuando la práctica sexual se realiza sobre un o una menor de 14 años de edad (art. 173 CP).

¹⁹ El Consejo Nacional de la Magistratura es un organismo constitucional autónomo encargado de seleccionar, nombrar, sancionar y ratificar a magistrados, jueces y fiscales de toda la República.

CH: ¿Por qué, es menor de edad la chica, seguro?

CH: ¿Cuántos años tiene... diez años... once añitos?

PNI: [...]

CH: ¿Pero está desflorada?

PNI: [...]

CH: Ya... ¿Pero quién le ha hecho eso?

PNI: [...]

CH: Ya... yo voy a... voy a pedir el expediente para verlo ya.

PNI: [...]

CH: ¿Qué es lo que quieren, que le baje la pena o lo declaren inocente?

La sentencia que entenderíamos se corresponde con dicha conversación está registrada, como hemos mencionado, con fecha antigua. Se trata de la sentencia correspondiente al Recurso de Nulidad 3303-2015 Lima, de acuerdo con el cual se absuelve al condenado respecto de los dos delitos mencionados. El fundamento de la sentencia radica en que los hechos se produjeron pacíficamente en el contexto de una relación de enamorados y, sobre todo, en aceptar la tesis del acusado referida al error sobre la edad de la menor. La credibilidad que le otorga la Sala Suprema al error invocado por el acusado se asienta en un extremo de la declaración de la menor quien le habría referido tener 15 años. Sin embargo, no valora dos evidencias tomadas en cuenta por la sentencia condenatoria de primera instancia: el informe policial y la pericia médica que coinciden en afirmar que la contextura y otras características anatómicas denotan a una menor que refleja menos edad que la que tiene realmente (13 años). En esa perspectiva no resultaba creíble o atendible el error invocado.

Debido a este y otros audios registrados, el juez supremo CHP fue acusado constitucionalmente por el Congreso de la República (dado el carácter de funcionario aforado) por los delitos de tráfico de influencias, patrocinio ilegal y pertenencia a organización criminal. Dados los vínculos políticos que, indiciariamente, se aprecian entre el magistrado mencionado con el partido mayoritario del Congreso de la República es que, al parecer, este grupo retardó la aprobación de dicha acusación. Debido a la presión social y mediática el Congreso terminó por aprobar dicha acusación y autorizó al sistema de justicia la investigación y el procesamiento del referido juez supremo.

Análisis jurídico

Como hemos mencionado, el caso aún se encuentra en etapa de investigación preparatoria por lo que en los párrafos siguientes no podremos hacer afirmaciones concluyentes.

Naturaleza del acto de corrupción

De acuerdo con los hechos descritos y realizados por el juez supremo CHP, en tanto ponente de la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (RN 3303-2015 Lima), la decisión de declarar fundado el recurso de apelación de la sentencia que condenó al acusado a 30 años de pena privativa de la libertad, ordenando el archivo definitivo de la causa, constituiría un acto de abuso del ejercicio de la función judicial por parte de los miembros de dicha Sala, pero principalmente del juez supremo ponente CHP en la medida en que se habrían orientado por un interés particular (favorecimiento interesado en la absolución del acusado) en desmedro del interés general concretado, en este caso, en la protección de la indemnidad sexual de la menor.

Se trata de una conducta colectiva comisiva, atribuida a agentes estatales en la medida que realizaron funciones en representación de un órgano constitucional autónomo como es el Poder Judicial. En términos penales, tales conductas podrían dar lugar a investigaciones referidas a un posible delito de cohecho específico (art. 395 CP), pero también corresponderían a investigaciones de naturaleza ético-disciplinaria ante el CNM. Respecto de este último extremo, lamentablemente, los procedimientos disciplinarios se encuentran suspendidos hasta que el CNM sea reestructurado, tal como explicaremos posteriormente.

Derechos vulnerados

El caso nos muestra una víctima concreta de un presunto delito de corrupción, la menor de iniciales XYZ. Respecto de la víctima mencionada se habrían vulnerado diversos derechos y garantías fundamentales del proceso, pero de cara a la sociedad en su conjunto, los hechos descritos en el caso vulnerarían también principios constitucionales relevantes. No haremos referencia al derecho/principio al debido proceso en la medida que se trata de un principio complejo que comprende una serie de garantías o derechos fundamentales específicos de los intervinientes en un proceso.²⁰

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sería el derecho de la víctima que directamente se habría afectado. De acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, este derecho tiene el siguiente contenido: derecho al proceso o al acceso a los tribunales, a

.....
²⁰ Sobre esta complejidad ver la STC de 16 de enero de 2012 (Exp. 03891-2011-PA/TC).

obtener una sentencia fundada en derecho, a la efectividad de las resoluciones judiciales y al recurso legalmente previsto.²¹ De acuerdo con la descripción de los hechos y la configuración de un posible delito de corrupción, la garantía vulnerada sería el derecho a obtener una sentencia fundada en las normas y, concretamente dentro esta garantía, el deber del órgano judicial de fundamentar debidamente el relato fáctico²² y de evidenciar las razones de por qué da por sucedidos determinados hechos. Esta última garantía se vincula directamente con el específico derecho/principio a la debida motivación de resoluciones judiciales (art. 139.5 CP), el mismo que también se encuentra reconocido por la CIDH en el artículo 8 de la CADH.²³ Se trataría, entonces, de una motivación insuficiente en razón de no haber valorado debidamente instrumentos objetivos que dan cuenta de la apariencia de edad de la víctima.

Desde la perspectiva de los denominados derechos/garantías del proceso penal, los actos de corrupción descritos vulnerarían también la garantía de independencia e imparcialidad del juez reconocida en el artículo 139.2 de la Constitución y en el artículo 8 de la CADH.²⁴ De acuerdo con esta última, la garantía de un juez imparcial implica el derecho a contar con funcionarios que en una perspectiva subjetiva “se aproximen a los hechos de una causa (que estén conociendo) careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal”²⁵ contra alguna de las partes. Este alcance del derecho resulta relevante dado que una de las motivaciones del sentido de la resolución de la sala Transitoria de la Corte Suprema podría ser el prejuicio machista de considerar en este caso la existencia de una provocación sexual de la mujer menor de edad hacia el agresor. En su dimensión objetiva este derecho/garantía supone cualquier comportamiento o circunstancia que pueda suscitar dudas sobre la imparcialidad del juez.²⁶ Teniendo conocimiento posterior de las conversaciones telefónicas sostenidas por el ponente de la causa, juez

.....
 21 César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima, INPECCP, 2015, p. 108. De manera expresa también el artículo 4 del Código Procesal Constitucional del Perú.

22 *Ibid.*, p. 110.

23 Juana María Ibáñez Rivas, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 230 y 231.

24 *Ibid.*, pp. 224 a 226, quien también cita reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica y otros).

25 *Ibid.*, 224.

26 *Ibid.*, p. 224 y 225, citando nuevamente reiterada jurisprudencia de la CIDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Apitz Barbera vs. Venezuela y otros).

supremo CHP, no quedaría duda de la existencia de razones de parcialización a favor del acusado y en desmedro de la víctima menor de edad. Si esto es así, tampoco quedaría duda de la vulneración del derecho/principio a la igualdad en la aplicación de la ley penal (art. 2.2 de la Constitución).

Finalmente, no se pueden dejar de mencionar los derechos conexos a la tutela judicial efectiva afectados. Nos referimos al derecho a la indemnidad sexual en tanto manifestación de las condiciones o los presupuestos que deben protegerse respecto de los y las menores para que estos/estas puedan ejercer posteriormente su libertad sexual con responsabilidad (art. 2.4 CP y art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño que impide el abuso sexual contra niños y niñas).

Cabe añadir que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, a partir del artículo 44 de la Constitución política, protección constitucional al efecto preventivo de las penas.²⁷ Este principio/mandato se habría visto resquebrajado en la medida que la ciudadanía cobra conciencia de que la impunidad de algunos casos es derivada de posibles actos de corrupción.

Medidas adoptadas

Reformas institucionales

Las comunicaciones interceptadas a magistrados y miembros del CNM se hicieron públicas a través de un equipo de periodistas de investigación (IDL-Reporteros) y posteriormente a través de diversos medios de comunicación.²⁸ El impacto del contenido de las comunicaciones (cohechos y redes de tráfico de influencias recíprocos, patrocinios ilegales, etc.) en la opinión pública fue devastador para el sistema de administración de justicia. Principalmente, el audio que hemos transcrito en este capítulo indignó a la población peruana en la medida que con ello se confirmaban las sospechas de que el sistema de justicia no protege a los débiles ni a los sectores vulnerables, sino todo lo contrario: protege a los sectores de poder. Esta indignación se plasmó en varias movilizaciones masivas de protesta en Lima y a nivel nacional.²⁹

.....
27 Exp. 0019-2005-AI/TC (Procesos de inconstitucionalidad contra Ley 28568 que equiparaba para efectos del cómputo de la pena, el plazo de detención domiciliaria con el de detención preventiva). Fecha de resolución: 21 de julio de 2005.

28 Ver IDL Reporteros, "Corte y corrupción", en <https://idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/>

29 Ver los diarios *La República*, 11 de julio de 2018, y *El Comercio*, 12 de julio de 2018.

La reacción del Poder Ejecutivo fue rápida. El mismo 12 de julio de 2018 convocó a una serie de personalidades peruanas para integrar una Comisión de Reforma del Sistema de Justicia presidida por el excanciller Allan Wagner, la cual plantearía una serie de recomendaciones vinculadas a la reforma del sistema de justicia y al sistema político-electoral. El 25 de julio de 2018, la Comisión de Reforma del Sistema de Justicia presentó al presidente de la República un informe que contenía diez reformas institucionales.³⁰ A partir de estas recomendaciones, el presidente de la República dirigió un mensaje a la nación anunciando la presentación de una serie de proyectos de ley y la propuesta de reformas constitucionales vía referendo, encaminadas a la reforma de algunas instituciones políticas e institucionales. Estas propuestas se presentaron el 10 de agosto de 2018 y son cuatro:

- Proyecto de Ley de Reforma Constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura.
- Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que prohíbe la reelección inmediata de congresistas.
- Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que establece la bicameralidad del Congreso de la República y el fomento de la igualdad de participación de mujeres y hombres.
- Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que regula el financiamiento de las organizaciones políticas.

Para comprender la importancia que se imprimió a estos proyectos de ley, el presidente de la República, a través del presidente del Consejo de Ministros, hizo cuestión de confianza la aprobación de estos cuatro proyectos y su sometimiento a un referendo popular.

El Congreso de la República, en el contexto de las demandas de la población y la presión ejercida por la cuestión de confianza, aprobó los cuatro proyectos de ley; el Proyecto de Reforma Constitucional del CNM quedó de la siguiente manera:

- Se sustituye el CNM por la Junta Nacional de Justicia integrada por siete miembros seleccionados en concurso público por una comisión integrada por el defensor del pueblo, que la preside, el titular del Poder Judicial, el fiscal de la Nación, el presidente del Tribunal Constitucional, el Contralor General de la República, un rector elegido por universidades privadas y otro por las públicas.

.....
30 Ver *El Comercio*, 26 de julio de 2018.

- La Junta Nacional de Justicia asume las funciones de selección y nombramiento (por concurso público), y ratifica y dispone sanciones disciplinarias a magistrados, jueces y fiscales del sistema de justicia.

Rol de la justicia penal en la lucha contra la corrupción

Desde una perspectiva política criminal de base constitucional, asentada en un modelo de Estado democrático de derecho, heredero de la Ilustración, el sistema penal es una herramienta de *ultima ratio* en la prevención y el control de conductas socialmente dañosas, en este caso, de conductas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública. Bajo esta mirada, el sistema punitivo solo podría asumir legítimamente la represión de conductas corruptas graves, dejando la prevención y el control de los diversos comportamientos ilegales de los funcionarios públicos a mecanismos extra-penales (derecho administrativo o disciplinario sancionador) o extrajurídicos (políticas de integridad, de transparencia y acceso a la información, etc.). En otras palabras, debería asumir un rol complementario de los mecanismos preventivos y educativos que enfrentan la corrupción.

Sin embargo, concretamente desde comienzos de la década anterior, a propósito de los casos de corrupción derivados del gobierno del expresidente Fujimori, el sistema penal peruano empezó a tomar un protagonismo inusitado en la lucha contra la corrupción. La creación de un subsistema en delitos de corrupción de funcionarios (procuradores, fiscales y jueces especializados en estos delitos) determinó una serie de investigaciones y juzgamientos que concluyó en la condena de un expresidente de la República, exministros de Estado, jueces y fiscales supremos, exgenerales de las Fuerzas Armadas, entre otros altos funcionarios. Lamentablemente, este esfuerzo genuino de los mejores elementos del Poder Judicial y del Ministerio Público no generó, como debió ocurrir, un efecto preventivo a largo plazo. Pocos años después se evidenció una situación de corrupción a gran escala en los gobiernos regionales y locales.³¹ Igualmente, se reconoció la fuerte penetración de la corrupción de diversas empresas brasileñas como Odebrecht, Camargo Correa y otras consorciadas en altos funcionarios del Poder Ejecutivo de diversos gobiernos democráticos que se sucedieron con posterioridad a la caída del régimen del expresidente Fujimori. A ello debe agregarse, como hemos mencionado, el

.....

31 Ver *El Correo*, “Más de 3 mil casos de corrupción vinculados a gobiernos regionales”, en <https://diariocorreope.pe/politica/mas-de-3-mil-casos-de-corrupcion-vinculados-a-gobiernos-regionales-750999/>

develamiento de la existencia de redes de corrupción en el sistema de administración de justicia y el CNM.

Frente a este panorama, el sistema penal ha acentuado su protagonismo de tal manera que ha dejado de cumplir su rol complementario, para pasar a asumir una función ético-social relevante.³² Efectivamente, en una sociedad como la peruana, que carece de un esquema general de valores cívicos compartidos e interiorizados, el derecho penal viene a desempeñar con mayor intensidad funciones de protección de dichos valores.³³ Esta situación ha generado que el derecho penal, sin pretenderlo, termine por constituirse, prácticamente, en el único parámetro de reproche ético-público de los funcionarios y ciudadanos. En ese sentido, si el funcionario público supera con éxito una investigación o proceso penal por alguna imputación de corrupción, se consideraría que aquel se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad y de reproche. Si su conducta no resulta penalmente condenada, no habría forma de reprocharla en otro nivel jurídico.

A manera de conclusión: las reformas pendientes

La situación descrita en los párrafos anteriores da cuenta de los límites del sistema penal en su función preventiva de delitos de corrupción, especialmente cuando se producen en el contexto de redes de corrupción. El sistema punitivo, en sociedades como las nuestras, cumple necesariamente un rol relevante, con una expectativa de la sociedad que va más allá de lo que el sistema penal puede hacer: reconstrucción institucional y regeneración ético-pública de los funcionarios y los ciudadanos que interactúan con el Estado.

Es por ello que consideramos que, a fin de reconducir progresivamente al sistema penal a su función complementaria pero efectiva de la lucha contra la corrupción debemos, paralelamente, poner un mayor énfasis en las políticas preventivas y en las de integridad de los diversos órganos del Estado.

Bibliografía

CASTAÑEDA, Fernando, “El Perú necesita una autoridad autónoma de transparencia”, en <http://www.dar.org.pe/boletindartranspa/boletino1/noticia02.htm>

.....
 32 En un sentido crítico, que no comparto en todos sus extremos, ver Jesús María Silva Sánchez, *En busca del Derecho penal*, Buenos Aires, IB de F, 2015, pp. 36 y 46.

33 *Idem*.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Decimocuero informe anual de la Defensoría del Pueblo, 2011*, en <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/14-informe-anual-dp.pdf>
- GORRITI, Gustavo, “Columna de reporteros”, en <https://idl-reporteros.pe/columna-de-reporteros-347/>
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, “Artículo 8. Garantías judiciales”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 230 y 231.
- PROÉTICA, *VII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú (2012)*, en <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf>
- PROÉTICA, *VIII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú (2013)*, en <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2013/08/VIII-Encuesta-20131.ppt>
- PROÉTICA, *X Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción (2017)*, en <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/Pro%C3%A9tica-X-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupci%C3%B3n-1-6.pdf>
- QUIROZ, Alfonso, *Historia de la corrupción en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2013.
- SILVA Sánchez, Jesús María, *En busca del derecho penal*, Buenos Aires, IB de F, 2015.
- SAN MARTÍN Castro, César, *Derecho procesal penal. Lecciones*, Lima, INPEC-CP, 2015
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2012*, en http://www.transparency.org/whatwedo/publication/corruption_perceptions_index_2012
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2014*, en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Indice-de-percepci%C3%B3n-2014.pdf>
- YAMADA, Gustavo y Ricardo MONTERO, *Corrupción e inequidad en los servicios públicos en el Perú*, Lima, Universidad del Pacífico, 2011, en <http://www.cies.org.pe/sites/default/files/files/diagnosticoypropuesta/archivos/dyp-50.pdf>
- Prensa y links de interés**
- EL CORREO, “Más de 3 mil casos de corrupción vinculados a gobiernos regionales”, en <https://diariocorreio.pe/politica/mas-de-3-mil-casos-de-corrupcion-vinculados-a-gobiernos-regionales-750999/>

IACOVIELLO, Mercedes, *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú*, Lima, BID, en https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7152/ICS_TN_Diagnostico_institucional_del_servicio_civil_Peru.pdf

IDL Reporteros, “Corte y corrupción”, en <https://idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/>

Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de mayo 2012 (Exp. 017-2011 PI/TC), en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>
 Recurso de Nulidad 3303-2015, Lima, emitido por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema.

STC de 16 de enero de 2012 (Exp. 03891-2011-PA/TC).

Exp. 0019-2005-AI/TC (Procesos de inconstitucionalidad contra Ley 28568 que equiparaba para efectos del cómputo de la pena, el plazo de detención domiciliaria con el de detención preventiva). Fecha de resolución: 21 de julio de 2005.

■ **SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y CORRUPCIÓN**

Claudio Nash*

Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) disponen de un amplio abanico de herramientas para la promoción y protección de los derechos humanos, entre ellas pueden nombrarse: a) relatorías (CIDH), b) informes anuales (CIDH), c) informes de países y temáticos (CIDH), d) audiencias temáticas (CIDH), e) comisiones especiales de investigación y misiones permanentes (CIDH), f) peticiones y casos individuales (CIDH y Corte IDH), y, g) opiniones consultivas (Corte IDH). Para lograr una efectiva protección de los derechos humanos y el control de la actividad de los Estados, la actuación tanto de la Comisión como de la Corte está determinada por la realidad de las violaciones de derechos humanos (DDHH) que le corresponde enfrentar. De ahí que una adecuada lectura de los contextos políticos, económicos y sociales, así como de las condiciones fácticas y jurídicas son determinantes para la efectividad de la protección internacional de los derechos humanos.

En consecuencia, es acertado plantearse la pregunta de si es pertinente incorporar como elemento de análisis el fenómeno de corrupción presente en la región como parte de la “realidad” o el contexto en el que se producen las violaciones de los derechos humanos. La respuesta parece ser cada día más evidente: sí es necesario; en primer lugar, porque la corrupción impacta en forma negativa el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, ya que provoca directamente violaciones de dichos derechos y, en muchas situaciones, coadyuva a que estas se produzcan; y, además, pone en situación de riesgo a personas y

.....
* cnash@derecho.uchile.cl

grupos que están involucrados en su combate. Asimismo, desde una mirada estratégica, también es necesario incorporar el fenómeno de corrupción en el análisis de derechos humanos porque esta consideración permite afinar el diagnóstico y, por tanto, mejorar las respuestas frente a las diversas violaciones de estos que se presentan en la región. En efecto, tanto las violaciones como los contextos en los que estas se insertan y la respuesta desde el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) solo se entienden correctamente, si se asume y enfrenta el fenómeno de corrupción que afecta a la región.

A continuación, revisaremos algunos ejemplos de la forma en que los órganos del SIDH (CIDH y Corte IDH) han incorporado la temática sobre corrupción en el ámbito de sus funciones, y buscaremos analizar los alcances de estos acercamientos al tema en la línea de un proceso de convergencia entre las agendas de derechos humanos y de lucha contra la corrupción en las Américas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Funciones y mecanismos

Tanto en el sistema de informes como en el de casos individuales, la Comisión ha tenido oportunidad de referirse al fenómeno de la corrupción como parte de su análisis de los derechos humanos. Esta aproximación no es de larga data, pero ha venido *in crescendo* en las últimas décadas. A continuación, se da cuenta de algunos ejemplos del proceso de recepción de los temas de corrupción en sus informes, casos individuales y resoluciones.

Informes

En este apartado reseñaremos algunos informes que conectan de forma general el fenómeno de la corrupción con las violaciones de los derechos humanos. Atendido el hecho de que en años pasados este no ha sido un tema desarrollado sistemáticamente en los informes de la CIDH, para mayor claridad, el análisis se dividirá temáticamente porque esta ha sido la forma en que la Comisión ha hecho referencia a la corrupción en sus distintos informes, tanto de países como temáticos.

Aproximaciones generales

Una primera aproximación al tema fue de carácter general y consistió en establecer el vínculo entre el fenómeno de la corrupción y la estabilidad democrática,¹ y destaca cómo el debilitamiento de las instituciones públicas que

.....
1 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001. OEA/Ser/L/VII.110. Doc. 52, párr. 41.

produce la corrupción impacta en el disfrute efectivo de los derechos humanos de la colectividad en general.² La CIDH también se ha referido al impacto que tiene la corrupción en la capacidad financiera del Estado para fomentar el desarrollo humano³ y, recientemente, señaló que cuando la corrupción es extendida, “los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos”⁴ y, por ello, se deben adoptar medidas preventivas, dentro de las cuales destaca “gobernar con base en los principios de publicidad, transparencia y responsabilidad pública efectiva” que son esenciales para el funcionamiento de una sociedad democrática.⁵

Acceso a la justicia

En materia de acceso a la justicia, impunidad y corrupción, la CIDH ha enfocado el tema desde un doble punto de vista. Por una parte, la corrupción es parte de los problemas que afectan al Estado de derecho en relación con la ineficacia que la corrupción genera en los sistemas de justicia para el cumplimiento de sus funciones.⁶ Un buen ejemplo de la ineficacia de un sistema de justicia corrupto son los hechos sucedidos en Ayotzinapa, México, donde la Comisión constató que la “impunidad y la corrupción menoscaban la confianza de la ciudadanía en las autoridades, lo cual también genera impunidad que exacerba el clima de violencia”.⁷ Por otra parte, la CIDH ha destacado el impacto que tiene la corrupción en el derecho de los individuos a una respuesta judicial efectiva,⁸ en particular, en contextos de

.....

2 *Ibid.*, párr. 45. En el mismo sentido, ver CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Capítulo IV. “Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Ecuador”, 27 de febrero de 2006. OEA/Ser/L/V/II.124. Doc. 7, párrs. 130 y 131.

3 CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II, Doc. 43/15, párr. 53.

4 CIDH, Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de País, 31 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 209/17, párr. 146

5 *Ibid.*, párr. 147.

6 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001, OEA/Ser/L/VII.110. Doc. 52, párr. 47, CIDH, Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala – 2003, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 5, rev. 1, párrs. 3 y 45. En un sentido similar, ver CIDH, Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de derecho? Desafíos para Haití y la comunidad internacional, 26 de octubre de 2005.

7 CIDH, Situación de los derechos humanos en México, 31 de diciembre del 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 44/15, párr. 41.

8 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Capítulo II. “Administración de Justicia”, 7 de agosto de 2009, OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, párr. 57.

crimen organizado,⁹ y de violencia contra operadores de justicia.¹⁰ Asimismo, se ha relevado como un problema la falta de respuesta por parte de la policía frente a los crímenes que sufre la población, cuando las instituciones policiales son afectadas por hechos de corrupción y por sus vínculos con el crimen organizado.¹¹ Por ello, la Comisión ha destacado los mecanismos internacionales de apoyo a los sistemas nacionales como la Misión de Apoyo Contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH)¹² y la Comisión Internacional con la Impunidad en Guatemala (Cicig);¹³ así como el deber de los Estados de “luchar por la erradicación de la corrupción” y, con dicho fin, los ha instado a reforzar los mecanismos de la administración de justicia, y a garantizar la independencia e imparcialidad de los operadores de justicia.¹⁴

En cuanto a la corrupción y la violencia por parte de agentes del Estado, la CIDH ha constatado los graves problemas de violencia policial vinculadas con corrupción,¹⁵ así como los abusos, atropellos y corrupción en dependencias policiales.¹⁶ Por otra parte, también ha señalado que el narcotráfico genera una situación de “violencia y corrupción” que puede alcanzar niveles intolerables y que amenaza con destruir el tejido social, político y económico de un país, sea por la violencia que este ejerce contra sus agentes o por la corrupción que instala en organismos policiales.¹⁷ En el informe sobre

.....

9 CIDH, Situación de los derechos humanos en Honduras, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 42/15, párr. 3.

10 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, 5 de diciembre de 2013, OEA/Ser/L, párrs. 149ss, 160 y 167.

11 CIDH, Situación de los derechos humanos en Honduras, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 42/15, párr. 9.

12 *Ibid.*, párr. 311-314.

13 CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 43/15, párrs. 57-61.

14 CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos, 29 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 207/17, recomendación núm. 21.

15 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 5, rev. 1, párr. 560.

16 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998, OEA/Ser/L/V/II.100. Doc. 7, rev. 1, párrs. 388 y 693. En el mismo sentido, CIDH, Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de derecho? Desafíos para Haití y la comunidad internacional, 26 de octubre de 2005, OEA/Ser/L/V/II.123. Doc. 6 rev. 1, párr. 119.

17 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 26 de febrero de 1999, OEA/Ser/L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, párrs. 50 y 51.

Ya en su informe sobre Brasil de 1997, la Comisión había dejado constancia de que algunas muertes de presuntos delincuentes por parte de la policía militar se debían

Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (2009), la Comisión estableció que la corrupción y la impunidad le han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer verdaderas estructuras de poder paralelas al Estado, y que la sensación de impunidad está vinculada con “altos niveles de corrupción que impiden una adecuada administración de justicia”;¹⁸ por lo que recomienda “implementar los mecanismos necesarios para prevenir, investigar y sancionar cualquier forma de corrupción que afecte el buen funcionamiento del sistema de administración de justicia”.¹⁹

Libertad de expresión

En materia de libertad de expresión, la Comisión ha señalado que

... la corrupción en el gobierno es el mayor obstáculo para un desarrollo económico equitativo, y la mejor manera de luchar contra la corrupción es exponer las prácticas corruptas a la luz del escrutinio público y garantizar la participación de todos los sectores de la sociedad en decisiones de carácter público que afectan diariamente sus vidas.

Por esta razón, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es decisivo para el desarrollo económico de los países.²⁰ Asimismo, ha manifestado una especial preocupación por las situaciones de violencia contra aquellos que publican o divulgan información sobre estos temas,²¹ incluidos los periodistas extranjeros.²² Dicha violencia tendría como objetivo eliminar a aquellos periodistas que realizan investigaciones sobre ilícitos cometidos por agentes del Estado e intimidar a aquellos que realizan tareas investigativas.²³ Del mismo modo, ha denunciado la violencia ejercida por actores no

.....

a la desconfianza en la policía civil y lo que buscaba la primera era dar “efectividad” a la lucha contra crimen y así evitar la impunidad basada en la corrupción policial civil, ver http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_3.htm

18 CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 31 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 57, párrs. 33 y 167.

19 *Ibid.*, recomendación específica 16.f).

20 CIDH, Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002, 7 de marzo de 2003, OEA/Ser/L/V/II.117. Doc. 1 rev. 1, párr. 6.

21 CIDH, Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala – 2003. Capítulo III: “Situación de los defensores de derechos humanos y los operadores de justicia”, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 5 rev. 1, párrs. 196, 199.

22 CIDH, Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de País, 31 de diciembre del 2017, OEA/Ser/L/V/II. Doc 209/17, párrs. 285 y 292

23 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estudio especial sobre la situación de las investigaciones sobre el asesinato de periodistas por motivos que

estatales involucrados con el crimen organizado, la corrupción, el tráfico de drogas, entre otros.²⁴

Por otra parte, la Comisión ha destacado el rol de los denunciantes (*whistleblowers*), que siendo empleados (gubernamentales o sector privado), divulgan información sobre casos de corrupción y ha señalado que existe el deber de protegerlos frente a “sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de buena fe”.²⁵ Finalmente, se ha destacado el rol que en estas materias cumple la acción de *habeas data* para fiscalizar y contribuir a dilucidar casos y situaciones relacionadas con actividades ilícitas de agentes del Estado que constituyen violaciones de derechos humanos y corrupción.²⁶

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

En materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), la CIDH ha destacado que “la corrupción estatal afecta directamente a los pobres”, por ejemplo, en relación con los presupuestos relacionados con asignaciones de proyectos de obras públicas; y, de ahí, concluye que estos actos tienen un “impacto específico en el disfrute efectivo de los derechos humanos de la colectividad en general y de los pobres en particular”.²⁷ Frente a dicho escenario, ha propuesto implementar una “combinación de esfuerzos” dirigidos a elevar el nivel de transparencia en los actos de gobierno, a fin de que se generen formas efectivas de control.²⁸ Por otra parte, la CIDH ha destacado el peligro de “implementar políticas preventivas contra la corrupción y el uso clientelar de los recursos destinados al área social”.²⁹

.....

podrían estar relacionados con su actividad periodística, Periodo 1995-2005, 8 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131. Doc. 35, párr. 89.

24 CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 54, párr. 672.

25 CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011. Volumen II: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, 30 de diciembre de 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc.69, v. 2, párr. 244. En un sentido similar, ver CIDH, Situación de los derechos humanos en Honduras, 31 de diciembre del 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc 42/15, párr. 494; CIDH, Zonas silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, 15 de marzo de 2017, OEA/Ser/L/V/II.164. CIDH/RELE/INF. 16/17, párr. 151.

26 CIDH, Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala – 2003. Capítulo III: “Situación de los defensores de derechos humanos y los operadores de justicia”, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 5 rev. 1, párr. 410.

27 CIDH, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2002. Capítulo IV: “Libertad de expresión y pobreza”, 7 de marzo de 2003, OEA/Ser/L/V/II.117. Doc. 1 rev. 1, párr. 21.

28 *Ibid.*, párr. 23.

29 CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 19 de julio de 2008, OEA/Ser/L/V/

En su informe sobre Pobreza y Derechos Humanos (2017), la Comisión destacó los problemas que genera “una alegada corrupción y manipulación de fondos públicos” destinados a los programas de transferencias³⁰ y, además, puso especial énfasis en la necesidad de rendición de cuentas efectivas y con participación ciudadana³¹ y recomendó a los Estados “combatir con vigor la impunidad y la corrupción”.³²

Recientemente, ha reiterado que “los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos cuando existe una corrupción extendida”.³³ Más aún, para la CIDH 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;³⁴ además, la corrupción estimularía la discriminación y agravaría la situación socioeconómica de las personas que viven en situación de pobreza o de exclusión y de discriminación histórica.³⁵ Por ello, exhortó al Estado a investigar de manera inmediata las denuncias reseñadas en el informe sobre corrupción relativa a Desca y, de ser el caso, sancionar a los responsables y, por lo mismo, urgíó la adopción de medidas de prevención y fiscalización para evitar estos casos y así garantizar el ejercicio de estos derechos.³⁶

Grupos en situación de discriminación

Otro ámbito donde ha habido referencias al tema de la corrupción es en relación con los grupos en situación de discriminación. Estos grupos, que han sido históricamente discriminados, se encuentran en una situación de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos humanos, por lo que el fenómeno de la corrupción los afecta en forma desproporcionada y diferenciada. Sobre los alcances de estas afectaciones, la Comisión ha hecho algunas referencias en sus informes.

.....

II.132. Doc. 14, párr. 40.

30 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II.164. Doc 147, párr. 484.

31 *Ibid.*, párrs. 485, 487 y 491.

32 *Ibid.*, recomendación 4 (Rendición de cuentas).

33 CIDH, Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de País, 31 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II. Doc 209/17, párr. 412.

34 *Idem.*

35 *Idem.*

36 *Idem.*

En cuanto a las mujeres, la CIDH ha hecho referencia al tema de la violencia a la que se ven expuestas las defensoras de derechos de las mujeres por contextos de corrupción, por ejemplo, en materia de migraciones.³⁷

En materia de grupos afrodescendientes, se ha dejado expresa constancia de denuncias en el sentido de que la corrupción impedirían satisfacer los derechos de dicha población,³⁸ y también de las denuncias sobre la corrupción policial que conducen a una “doble victimización” de la población afrodescendiente en la región.³⁹

En cuanto a los pueblos indígenas y tribales, la Comisión ha señalado que la implementación de la consulta indígena de buena fe es incompatible con prácticas como la “corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos”.⁴⁰

Por otra parte, respecto de trabajadores migratorios, la CIDH señaló que en materia de trata de personas en condiciones de esclavitud existía un vínculo directo con actos de corrupción de las autoridades en el país de destino “ya sea porque están implicadas en el negocio o porque, aun sabiendo de la existencia de situaciones en que ciertas personas son sometidas a estos terribles abusos, no intervienen”.⁴¹ Asimismo, ha recogido denuncias sobre la impunidad en relación con los servicios encargados de interactuar con los migrantes vinculados a diversos incidentes de corrupción.⁴² Igualmente, ha recomendado fortalecer los mecanismos tendientes a combatir la corrupción, a promover la rendición de cuentas y a aplicar sanciones a

.....
37 CIDH, Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas 2017, párr. 337.

38 CIDH, Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia, 27 de marzo de 2009, OEA/Ser/L/V/II.134. Doc. 66, párr. 115.

39 CIDH, La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, 5 de diciembre de 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 62, párr. 172.

40 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 56/09, párr. 319.

41 CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Capítulo VI: “Tercer informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias”, 16 de abril de 2002, OEA/Ser/L/V/II.114 doc. 5 rev., párr. 126.

42 CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Capítulo V: “Quinto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias. Visita *in loco* a México”, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 70 rev. 2, párr. 212.

funcionarios responsables de delitos y violaciones de los derechos humanos de los migrantes.⁴³

Por otra parte, en relación con personas privadas de libertad, ha hecho referencias explícitas al tema de corrupción como una de las causas del fenómeno del “autogobierno carcelario”⁴⁴ y ha señalado que “la corrupción y abuso de poder no están ausentes en el ámbito penitenciario”,⁴⁵ por lo que es deber de los Estados investigar debidamente las denuncias de corrupción y tráfico de influencias presuntamente ocurridos dentro de las prisiones, que se debe sancionar a los responsables y adoptar medidas necesarias para corregir dichos males.⁴⁶ En su Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2011, la CIDH estableció como uno de los problemas más graves y extendidos en la región el de la “corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria”,⁴⁷ donde los centros de privación de libertad son ámbitos carentes de monitoreo y fiscalización en los que ha imperado “la arbitrariedad, la corrupción y la violencia”,⁴⁸ máxime cuando la autoridad no controla efectivamente los recintos penitenciarios y se generan “peligrosos círculos de corrupción”.⁴⁹ Refiriéndose –en concreto– al problema de la corrupción, señaló que “el fenómeno de la corrupción en los centros de privación de libertad se manifiesta de diversas formas según sea el contexto específico de que se trate, y en el que pueden estar involucradas autoridades de distintos niveles”,⁵⁰ y que los patrones de corrupción e ilegalidad se dan con mayor frecuencia en sistemas de “autogobierno o gobierno compartido”.⁵¹ A su juicio, en algunas cárceles existe una “cultura de corrupción”⁵² que aumenta las desigualdades reales entre reclusos, lo que acentúa la vulnerabilidad de los más débiles y provoca un desbalance en la distribución de los escasos recursos disponibles.⁵³ También denuncia los problemas de hacinamiento y los servi-

.....

43 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, 31 de diciembre del 2015. OEA/Ser/L/V/II. Doc 45/15, párr. 653, recomendación 11.

44 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998, OEA/Ser/L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, párr. 262.

45 *Ibid.*, párr. 264.

46 *Ibid.*, párr. 289.

47 CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 31 de diciembre de 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 64, párr. 2.

48 *Ibid.*, párr. 4.

49 *Ibid.*, párr. 14.

50 *Ibid.*, párr. 183.

51 *Ibid.*, párr. 184.

52 *Ibid.*, párr. 185.

53 *Ibid.*, párr. 186.

cios médicos como espacios propicios para actos de corrupción.⁵⁴ Concluye que “la corrupción en el ámbito penitenciario es siempre un obstáculo para el cumplimiento de los fines esenciales de las penas privativas de la libertad”⁵⁵ y recomienda ejercer un monitoreo de las actividades y decisiones de las autoridades administrativas y judiciales a fin “prevenir, investigar y sancionar posibles irregularidades y actos de corrupción”⁵⁶

En definitiva, es posible ver cómo la corrupción agrava la situación de exclusión, marginación y discriminación estructural de los grupos históricamente violentados en la región. Es evidente que la discriminación que sufren estos colectivos se ve agravada cuando se dan formas de interseccionalidad en las violaciones de sus derechos en el marco de procesos de corrupción estructural.⁵⁷ Esto plantea uno de los principales desafíos para el SIDH, esto es, disponer medidas correctivas que transformen estas situaciones basales y que, a la vez, erradiquen la corrupción que las permite.

* * *

En definitiva, vemos un proceso de creciente convergencia en la aproximación de la CIDH al tema de la corrupción en sus informes temáticos y de países. Se puede observar un paso hacia una recepción más sustantiva del fenómeno de la corrupción como criterio de análisis. Así, la CIDH ha pasado de utilizar esta flagelo como un elemento de contexto, a un uso más sustantivo, donde se establece el impacto de la corrupción en la legitimidad del sistema democrático y en los derechos humanos. Además, el fenómeno de corrupción es tratado como un elemento de análisis que complejiza la realidad de las violaciones de derechos humanos, y la Comisión hace explícita la forma en que esta impacta en los derechos y las obligaciones del Estado de garantizar tales derechos en dichas situaciones. Asimismo, en algunos casos, la corrupción es la causa de las violaciones de derechos humanos (libertad de expresión) o directamente constituye un componente esencial de una forma de violación de derechos (sistema carcelario).

Sin duda, es en materia de grupos en situación de discriminación donde existe un déficit en el análisis de la Comisión que no da cuenta adecuadamente

.....
54 *Ibid.*, párrs. 455, 456, 540 y 541.

55 *Ibid.*, párr. 191.

56 *Ibid.*, párr. 630 numeral 5.

57 Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318.

de los contextos de corrupción estructural en los que se encuentran estos grupos y el impacto diferenciado que tiene en ellos este fenómeno.

Lo que se esperaría del trabajo de la Comisión en materia de supervisión de la situación de derechos humanos mediante sus visitas *in loco*, informe anual, informes de países y temáticos, es que se incorpore la situación de corrupción como parte de los elementos de análisis de su actividad de monitoreo. Además, en aquellos casos en que la corrupción esté presente en forma estructural, se espera que se adopte un enfoque de mayor escrutinio respecto de las medidas que la autoridad está adoptando para su erradicación. En los casos más graves, este debería ser un elemento por agregar en la decisión de qué Estados son incorporados en el Capítulo IV del Informe Anual como objeto de mayor preocupación en la región.

Solo de esta forma, el fenómeno de corrupción dejará de ser un elemento marginal o anecdótico y la CIDH podrá cumplir plenamente con un rol analítico en su trabajo de supervisión.

Casos individuales y audiencias temáticas

A diferencia del sistema de informes, en el sistema de casos contenciosos ante la CIDH ha habido solo pronunciamientos indirectos y esporádicos sobre el tema de corrupción. A continuación, se reseñan algunos de los más relevantes.

Violencia contra periodistas que investigan actos de corrupción

Una primera aproximación de la CIDH al tema de la corrupción en sus casos contenciosos se da en el contexto de violencia contra periodistas y personas que trabajan en medios de comunicación. Así, en su informe 50/99 (caso 11.739), relativo a la falta de una investigación efectiva del asesinato de un periodista mexicano, la Comisión dejó expresa constancia de que el problema planteado por los peticionarios tenía relación con la no investigación acerca de los responsables intelectuales del crimen, que serían personas vinculadas con una investigación realizada por la víctima, precisamente por hechos de corrupción. Para la CIDH, en estos casos, que tienen alto impacto en la comunidad, es deber del Estado “castigar a los perpetradores”.⁵⁸

En el mismo sentido se pronunció la Comisión en su informe 130/99 (caso 11.740), también referido al asesinato de un periodista que había denunciado actos de corrupción, donde se dejó expresa constancia de que el Estado mexicano “debe enviar a la sociedad el mensaje firme de que no habrá tolerancia para quienes incurran en violaciones tan graves al derecho a la

.....

⁵⁸ CIDH, Informe 50/99, Caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), 13 de abril de 1999, párr. 52.

libertad de expresión”.⁵⁹ En un caso similar, sobre el asesinato de un periodista que había denunciado actos de corrupción de funcionarios públicos en Brasil (informe 7/16, caso 12.213), la CIDH fue más explícita al establecer el vínculo entre las denuncias y el asesinato, por lo que resolvió que el Estado era responsable por la violación de los artículos 4.1 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y no solo por la no investigación como en los casos anteriores.⁶⁰

Medidas cautelares

En el sistema de medidas cautelares⁶¹ ha habido algunos pronunciamientos donde se vinculan dichas medidas con el tema de corrupción.⁶² Uno de los más interesante es el de la magistrada Gloria Porras,⁶³ ya que en la resolución que concede la medida cautelar hay expresas referencias en los antecedentes del hecho tanto del contexto de violencia contra miembros de la administración de justicia que han estado investigando casos de corrupción en Guatemala⁶⁴ como la situación personal de la magistrada.⁶⁵ Sobre dicha base, la CIDH concluye que existe riesgo para la vida e integridad de la magistrada Porras y su familia,⁶⁶ que hay urgencia en las medidas y riesgo de irreparabilidad porque se están afectando sus derechos (vida e integridad) y ello impacta en el cumplimiento de sus labores como magistrada en condiciones de “independencia, libre de amenazas, agresiones u hostigamientos”.⁶⁷ Otro caso en

.....

59 CIDH, Informe 130/99, Caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), 19 de noviembre de 1999, párr. 58.

60 CIDH, Informe 7/16, Caso 12.213, Aristeu Guida da Silva y Familia (Brasil), 13 de abril de 2016, párrs. 171 y 172.

61 Artículo 29 del Reglamento de la CIDH que la faculta en casos graves y urgentes para adoptar medidas que eviten daños irreparables a las personas.

62 Analizamos los más recientes, pero hay antecedentes anteriores, ver CIDH, MC-433-14, Claudia Escobar y otros respecto de Guatemala; MC-125-13, Iris Yassmín Barrios Aguilar y otros respecto de Guatemala, MC-497-16, Thelma Esperanza Aldana Hernández y familia respecto de Guatemala, y MC-366-16.

63 CIDH, Resolución sobre Medida cautelar 431-17, Gloria Patricia Porras y familia respecto de Guatemala, 29 de agosto de 2017.

64 *Ibid.*, párrs. 19, 20 y 21.

65 *Ibid.*, párr. 22.

66 “Tomando en consideración las características específicas del presente asunto y el contexto particular en el cual se presenta, la CIDH considera que se ha establecido *prima facie* que la vida e integridad personal de la señora Gloria Patricia Porras Escobar se encuentran en riesgo. Las características del presente asunto, en el marco de posibles represalias por las labores que desempeña la señora Gloria Patricia Porras Escobar, sugieren que los miembros de su núcleo familiar comparten los mismos factores de riesgo” (*ibid.*, párr. 23).

67 *Ibid.*, párr. 25.

el mismo sentido es el de las medidas cautelares a favor de don Miguel Ángel Gálvez y su familia, quien en su condición de juez estaba investigando casos de corrupción de alta connotación⁶⁸ y, atendido el contexto del país (también Guatemala)⁶⁹ y las investigaciones a su cargo,⁷⁰ lo ponían en una situación de amenaza grave a sus derechos.⁷¹

Finalmente, en el ámbito de las audiencias públicas, la Comisión también ha conocido de diversas situaciones vinculadas con el impacto de la corrupción en materia de derechos humanos.⁷² Este es un instrumento cada vez más utilizado por la sociedad civil para plantear ante la CIDH aquellas situaciones que afectan a un país o que son de carácter general, a fin de visibilizar estos problemas, generar un diálogo con los Estados, involucrar a la CIDH y, en el mejor de los escenarios, generar cambios en la forma en que los Estados abordan estas temáticas. Al ser el fenómeno de la corrupción un tema de transversal preocupación en la región, no es de extrañar que este mecanismo se siga utilizando a fin de visibilizar los impactos negativos de la corrupción en materia de derechos humanos.

* * *

En síntesis, el uso del contexto de corrupción ha sido considerado solo indirectamente en informes de fondo, pero ha sido usado de una manera más sustancial en casos de medidas cautelares y es más común en materia de audiencias temáticas.

No hay duda de que es en materia de casos contenciosos donde deberían darse pasos por parte de la CIDH para develar el impacto del fenómeno de la corrupción en los derechos humanos, sea a nivel contextual o directamente como una forma de violación de derechos. En este sentido, el sistema

.....
68 CIDH, Resolución sobre Medida cautelar 351-16 y 366-16, Miguel Ángel Gálvez y familia respecto de Guatemala, 21 de agosto de 2016.

69 *Ibid.*, párr. 11.

70 *Ibid.*, párr. 10.

71 *Ibid.*, párrs. 12, 13 y 14.

72 A modo de ejemplo, ver Audiencia “Corrupción y derechos humanos: el rol de los sistemas de justicia en América Latina”, periodo de sesiones 171, 14 de febrero de 2019; Audiencia “Rol de la Cicig en la lucha contra la corrupción y su impacto en la situación de los derechos humanos en Guatemala (de oficio)”, periodo de sesiones 169, 01 de octubre de 2018; Audiencia pública sobre “Derechos humanos y denuncias sobre impunidad y corrupción en República Dominicana”, periodo de sesiones 164, 07 de septiembre de 2017; Audiencia “Denuncias sobre corrupción en las instituciones públicas en Honduras”, periodo de sesiones 156, 22 de octubre de 2015; Audiencia “Procesos de personas acusadas de corrupción en Perú”, periodo de sesiones 123, 17 de octubre de 2005. Todas las sesiones disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Advanced.aspx?Lang=es>

de casos permitiría visibilizar la forma en que la corrupción es capaz de violar derechos humanos, se puede identificar a las víctimas de la corrupción, cuantificar el daño conforme a los estándares internacionales que van más allá de los elementos monetarios y disponer medidas de reparación que apunten a las víctimas y también a la sociedad en su conjunto. En este sentido, el fenómeno de corrupción debería ser parte integral del análisis de casos, sea para ver si esta ha provocado una violación de los derechos humanos, o como un elemento determinante del contexto o de la situación particular de las víctimas.

Sobre la forma en que la corrupción puede ser la fuente directa de violaciones de los derechos humanos en el sistema interamericano es necesario tener presente algunas consideraciones.⁷³ Hay una violación de los derechos humanos (responsabilidad internacional) cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva el incumplimiento de una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado.⁷⁴ Si dicho acto ilícito atribuible al Estado ha generado daño, las víctimas (persona o grupo de personas o un colectivo) deben ser reparadas integralmente.⁷⁵ Para determinar el deber de reparación es necesario establecer el vínculo causal entre el ilícito internacional provocado por acto de corrupción y el daño producto de la violación de derechos humanos. Este vínculo causal debe consistir, en lo fundamental, en una relación previsible y necesaria entre el acto ilícito y el resultado lesivo.⁷⁶

Un primer grupo de casos donde hay responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos asociadas a corrupción corresponde a aquellos en que el incumplimiento de una obligación internacional tiene como fuente directa un acto o situación de corrupción. Un segundo tipo de casos corresponde a aquellos en que mediante actos de corrupción se afecta el deber de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos.⁷⁷

.....
73 Para un análisis detallado en la materia, ver el Estudio introductorio en este libro.

74 Comisión de Derecho Internacional (CDI), *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

75 *Ibid.*

76 Anne Peters, "Corruption and Human Rights", *Working Serie Papers*, 20, Basel Institute on Governance, Basilea, 2015.

77 Ver, en este mismo sentido, Naciones Unidas, Asamblea General. Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015, párr. 29.

En estos casos también estamos ante ilícitos internacionales atribuibles al Estado, y si bien para que se configure responsabilidad internacional no es necesario establecer la fuente del incumplimiento de la obligación estatal, sí es un elemento relevante para configurar el daño de la violación y, consecuentemente, la reparación integral del mismo.⁷⁸

Por ello, desde un punto de vista sustantivo, la corrupción sí es un elemento importante para la responsabilidad internacional de los Estados, ya que configura el contexto de las violaciones, permite determinar adecuadamente el daño producido, visibiliza a las víctimas y precisa cuáles son las medidas de cese de la violación y de reparación pertinentes.

Este nuevo enfoque también debería tener consecuencias procedimentales en los casos ante el sistema interamericano. Así, es necesario que el fenómeno de corrupción sea considerado como uno de los criterios agravantes de la violación de derechos que permita una tramitación preferente (art. 29.2.d. del Reglamento de la Comisión).⁷⁹ Además, debería ser considerado como un criterio relevante para determinar el riesgo y la gravedad de la afectación de derechos al momento de analizar el dictamen de medidas cautelares (art. 25 Reglamento de la Comisión) y provisionales (art. 63.2 de la CADH).

En cuanto a los elementos probatorios, el contexto de corrupción estructural que vive la región debe ser considerado a la hora de tener por demostrada la situación en la que se encuentran las personas que combaten, investigan y denuncian la corrupción, por lo que su protección se hace más urgente y necesaria. En el mismo sentido, debe ser considerado como un elemento de análisis sobre la situación agravada de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos humanos respecto de personas en situación de discriminación estructural en la región que, producto de la corrupción, no solo sufren desproporcionadamente sus efectos, sino que en muchos casos se ven expuestas a formas diferenciadas de afectación debido a la corrupción.

Resoluciones

Desde 2017 a la fecha, la Comisión ha emitido dos resoluciones dedicadas, específicamente, al tema de corrupción y derechos humanos. Estas resoluciones

.....
78 Un desarrollo de este argumento en el Estudio introductorio de este libro.

79 Artículo 29.2: “La petición será estudiada en su orden de entrada; no obstante, la Comisión podrá adelantar la evaluación de una petición en supuestos como los siguientes: [...] d) cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes: i) la decisión pueda tener el efecto de remediar situaciones estructurales graves que tengan un impacto en el goce de los derechos humanos; o ii) la decisión pueda impulsar cambios legislativos o de práctica estatal y evitar la recepción de múltiples peticiones sobre el mismo asunto”.

fueron dictadas en el marco del cumplimiento de las funciones propias de la CIDH en materia de derechos humanos, esto es, en aplicación del artículo 41.b de la CADH,⁸⁰ y del artículo 18 de su Estatuto.⁸¹

Primera Resolución 1/2017 respecto a Guatemala

La primera, de 12 de septiembre de 2017,⁸² fue motivada por la decisión del Gobierno de Guatemala que declaraba persona *non grata* al comisionado titular de la Cicig y ordenaba su expulsión del país. En su resolución, la CIDH, no solo destaca la labor de la Cicig en su combate a la impunidad y la corrupción, sino que formula algunas consideraciones generales sobre el tema de corrupción y su impacto en la región. Así, vincula la impunidad con la corrupción y destaca el deber de los Estados de establecer mecanismos efectivos para erradicarla; releva el rol que tiene la lucha contra la corrupción en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA); observa con preocupación cómo el flagelo de la corrupción afecta a los países de la región y reafirma la importancia que tiene para los derechos humanos la lucha contra esta a fin de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos (en especial los Desca); asimismo, recuerda que ya había observado que las consecuencias de la corrupción no solo afectan la legitimidad de los gobernantes y los derechos de las personas gobernadas, sino que además daña el erario con consecuencias negativas para satisfacer los derechos de la población. Asimismo, recuerda que le ha señalado a Guatemala 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 del Estado de derecho y restringen el pleno goce de los derechos convencionalmente garantizados. Por último, recalca el

.....

80 Norma aplicable a los Estados parte de la Convención: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

81 Norma aplicable a los Estados parte de la Carta de la OEA: “Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones: [...] b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos”.

82 CIDH, Resolución 1/17, “Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción”, 12 de septiembre de 2017.

efecto negativo que tiene la corrupción para personas, grupos y colectividades históricamente excluidas, en particular quienes viven en situaciones de pobreza y pobreza extrema.

Segunda Resolución 1/2018

La segunda resolución, sobre corrupción y derechos humanos (2018),⁸³ es el esfuerzo más integral de la CIDH para abordar el tema de la corrupción y su impacto en los derechos humanos hasta ahora. La resolución se estructura de la siguiente forma: una parte introductoria donde la Comisión establece la forma en que el fenómeno de la corrupción impacta en los derechos humanos; luego, se desarrollan algunos ámbitos de especial preocupación para la CIDH en la materia, tales como: independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; y cooperación internacional. En cada uno de estos temas la Comisión establece el vínculo con corrupción y formula recomendaciones a los Estados.

Es interesante que la CIDH haya optado por un acercamiento integral al tema de la corrupción en relación con los derechos humanos. Como hemos visto, en los informes, casos y en la Resolución 1/17, ya había un acercamiento indirecto o contextual sobre el impacto del fenómeno de la corrupción en los derechos humanos; en cambio, en la Resolución de 2018, la CIDH asume que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad; opta por una concepción amplia de corrupción que da cuenta de situaciones complejas como la captura del Estado a través de distintos “esquemas criminales”; da cuenta de la afectación diferenciada y agravada respecto de grupos históricamente discriminados; propone establecer mecanismos efectivos para erradicar la corrupción con el fin de garantizar derechos humanos; destaca la necesidad de transparencia en la gestión pública; la necesidad de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce la corrupción. Para concluir, hace un aporte interesante al debate, ya que establece los principios pertinentes para combatir la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos: el papel central de la víctima, la universalidad e inalienabilidad; la indivisibilidad; la interdependencia y la interrelación entre los derechos humanos; la no discriminación y la igualdad; la perspectiva de género e interseccionalidad;

.....
83 CIDH, Resolución 1/18, “Corrupción y derechos humanos”, 02 de marzo de 2018.

la participación e inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados.

En cuanto a las recomendaciones que se formulan, hay algunas que son simplemente respetar y garantizar los derechos convencionalmente consagrados, pero otras apuntan al diseño de mecanismos más complejos como el fortalecimiento de instituciones de control; implementación o mejoras en los sistemas de acceso a la información; generación de datos estadísticos e información sobre denuncias de corrupción; adopción de políticas públicas y mecanismos efectivos para erradicar la corrupción con un enfoque integral de derechos humanos; fortalecimiento de mecanismos de monitoreo y evaluación de programas sociales; supervisión y fiscalización de actividades de extracción, explotación y desarrollo; adopción de medidas que hagan efectiva la cooperación internacional. Este tipo de medidas integrales son consecuencia de esta mirada amplia sobre el impacto de la corrupción y su carácter estructural, y como una mera suma de actos de abusos personales de poder.

A modo de síntesis

En definitiva, los elementos desarrollados en informes y casos, sumados a las recientes resoluciones, dan cuenta de una hoja de ruta del trabajo que se puede proyectar para la CIDH en materia de lucha contra la corrupción. Sin lugar a dudas, sobre esta base es posible bosquejar un esfuerzo sistemático de incorporación de la temática de corrupción en el trabajo de diagnóstico, interpretación de derechos, contenido de las obligaciones generales y protección especial de ciertos grupos en la implementación de todos los mecanismos con los que cuenta la Comisión para la promoción y protección de los derechos humanos en la región.

Sobre esta base, la CIDH se encuentra elaborando un informe temático⁸⁴ sobre el tema de corrupción y derechos humanos en las Américas. Esta es una oportunidad para que la Comisión desarrolle los aspectos centrales vinculados con el impacto que tiene la corrupción en el goce y ejercicio de derechos humanos en la región. Es importante que la CIDH pueda mantener su aproximación amplia al fenómeno de la corrupción y los impactos en distintas dimensiones de dicho fenómeno en la democracia, el Estado de

.....

84 Artículo 58, Reglamento de la Comisión: “La Comisión rendirá un informe anual a la Asamblea General de la OEA. Además, la Comisión preparará los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y los publicará del modo que juzgue oportuno. Una vez aprobada su publicación, la Comisión los transmitirá por intermedio de la Secretaría General a los Estados miembros de la OEA y sus órganos pertinentes”.

derecho y los derechos humanos. A partir de una idea amplia de corrupción, que describa adecuadamente el fenómeno estructural de este flagelo en la región, se podrán dar pasos para visualizar las áreas de mayor impacto de la corrupción en materia de derechos humanos (Desca, administración de justicia, libertad de expresión y derechos políticos) y respecto de grupos y personas afectados (defensores de derechos humanos, medioambientalistas, periodistas, denunciantes y testigos, entre otros), sectores afectados desproporcionada y diferenciadamente por esta (mujeres, LGTBI, niños, niñas y adolescentes, afrodescendientes, pueblos indígenas y tribales, personas en situación de migración y refugio, personas en situación de discapacidad, y privados de libertad) y personas acusadas de corrupción cuyos derechos pueden ver violados. Además, es una oportunidad para que la CIDH proponga un grupo integral y coherente de medidas con un enfoque de derechos humanos que guíe las políticas de lucha contra la corrupción.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Funciones y mecanismos

La Corte IDH ha tenido oportunidad de referirse al fenómeno de la corrupción como parte de su competencia contenciosa, pero hasta ahora solo lo ha hecho de manera indirecta. Esta aproximación es posible tanto al establecer los hechos de cada caso como al fijar el contenido y alcance de los derechos convencionales. A continuación, se da cuenta de algunos ejemplos del proceso de recepción de los temas de corrupción a partir del análisis de derechos en los casos individuales en los que se ha pronunciado la Corte.

Libertad de expresión, acceso a la información y corrupción

Libertad de expresión

Al igual que en la CIDH, la Corte IDH también tuvo un primer acercamiento a los temas de corrupción de forma indirecta desde la protección del derecho a la libertad de expresión. Un primer ejemplo, donde se plantea el tema de la relevancia que tiene para la democracia que exista un control de los actos públicos, es en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004),⁸⁵ donde la Corte IDH desarrolló ampliamente el derecho a la libertad de expresión y vinculó su ejercicio con la consolidación y dinámica propia de una sociedad

.....
85 Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107.

democrática.⁸⁶ A partir de esta base, desarrolló el tema del “control democrático” y estableció que este fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, por ello debe existir un margen reducido para cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público⁸⁷ y, concretamente en materia de libertad de expresión, debe existir “un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”.⁸⁸

En el mismo sentido, en la sentencia *Canese vs. Paraguay* (2004),⁸⁹ la Corte IDH se refirió al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de campañas electorales. Ahí precisó que la libertad de expresión “se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”.⁹⁰ El ejercicio de la libertad de expresión es fundamental para la formación de la “voluntad colectiva”, ya que esta se nutre de las diferentes opciones que le presentan los partidos políticos a través de sus candidatos, y también permite cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de dichos candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones.⁹¹

Sin embargo, hay un caso en que la Corte IDH se apartó de la jurisprudencia reseñada al interpretar de manera restrictiva el ámbito sobre el cual se extiende el interés público.⁹² El caso se refiere a la condena penal por injurias impuesta a Carlos y Pablo Mémoli, este último periodista, a raíz de las denuncias públicas hechas por estos sobre presuntas irregularidades financieras cometidas por una asociación privada respecto del manejo de bienes públicos, en particular de un cementerio municipal. La Corte IDH resolvió la tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra que implicaba el caso a través de un juicio de proporcionalidad. En el esquema de este juicio, la consideración que inclinó la balanza de la Corte IDH fue la determinación del carácter privado de la actividad sobre la cual recaía la

86 *Ibid.*, párr. 116.

87 *Ibid.*, párr. 127.

88 *Ibid.*, párr. 128.

89 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111.

90 *Ibid.*, párr. 88.

91 *Ibid.*, párr. 90.

92 Corte IDH, *Caso Mémoli vs. Argentina*, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 265.

denuncia ya que no estaban involucrados funcionarios públicos, aunque los bienes sí lo eran.⁹³ Se equivoca la Corte, porque el interés público no se ciñe únicamente a la actividad estatal u oficial, sino que abarca funciones que, si bien son desempeñadas en estricto rigor por sujetos privados, envuelven problemas de interés público. Más todavía, si la actividad que realizan los privados afecta de forma directa bienes públicos, como sucedía en este caso. El interés público no solo se puede ver menoscabado por acciones de funcionarios públicos, sino también, en una amplia variedad de casos, por la corrupción de agentes privados. Este fallo dio cuenta de una visión restrictiva de la corrupción, definida exclusivamente a partir de los agentes involucrados y no de los intereses en cuestión.

Derecho de acceso a la información pública

Otra referencia indirecta al tema del control ciudadano de la gestión pública la hace la Corte IDH en los casos relativos al derecho al acceso a la información pública. En el Caso Marcel Claude *vs.* Chile (2006),⁹⁴ se refirió al deber de los Estados de regirse por los principios de “publicidad y transparencia en la gestión pública”, ya que esto hace posible que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer un control democrático de las gestiones estatales.⁹⁵ Por su parte, en el Caso Gomes Lund *vs.* Brasil (2010),⁹⁶ dejó claramente establecido que la entrega de la información pública permite que esta circule en la sociedad de manera que esta pueda conocerla, acceder a ella y valorarla y, por tanto, el acceso a la información también está amparado por las dos dimensiones propias de la libertad de expresión –individual y social–, y ambas deben ser garantizadas por el Estado.⁹⁷

* * *

De esta forma, el acercamiento de la Corte IDH al tema de la lucha contra la corrupción desde la libertad de expresión es similar al de la CIDH, esto es, una mirada indirecta donde el punto de conexión se da en el uso de la libertad de expresión y el acceso a la información para el control de la gestión pública necesario en una sociedad democrática, así como en el establecimiento de límites a la actividad sancionatoria del Estado frente al ejercicio de la crítica

.....
93 *Ibid.*, párr. 146.

94 Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151.

95 *Ibid.*, párrs. 86 y 87.

96 Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219.

97 *Ibid.*, párr. 198.

pública, principalmente de periodistas y personas vinculadas a los medios de comunicación.

Legitimidad de la lucha contra la corrupción

La Corte IDH también ha hecho algunas referencias indirectas y directas en relación con los derechos humanos de las personas que son objeto de denuncias como autores de actos de corrupción. La Corte tuvo un primer acercamiento al tema en el Caso López Mendoza *vs.* Venezuela (2011),⁹⁸ relativo a una sanción administrativa a un alcalde que consistía en la restricción de sus derechos políticos. En su sentencia, la Corte analizó los estándares en materia de debido proceso que deben seguirse en casos donde se aplican sanciones administrativas que impactan en el ejercicio de los derechos humanos, cuestión muy relevante en materia de lucha contra la corrupción. Al efecto, la Corte fijó estándares aplicables a las investigaciones administrativas de actos de supuesta corrupción; por ejemplo, que los órganos administrativos que aplican sanciones están sujetos a los mínimos convencionales establecidos en el artículo 8 de la CADH y, por tanto, que debe garantizarse a la persona el derecho a ser oída, el derecho a la defensa y el deber de motivar la decisión sancionatoria. Respecto de este último, la sentencia fijó un estándar muy relevante en materia de sanciones administrativas por actos de corrupción, ya que la Corte IDH estableció que “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”.⁹⁹ En específico, se estableció que la decisión final de la autoridad administrativa en este tipo de casos (corrupción) debe realizar un “análisis concreto de relación entre la gravedad de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa”,¹⁰⁰ aunque infortunadamente no profundizó en el alcance de estos últimos conceptos.

Otro caso relativo a las garantías judiciales en el marco de denuncias de corrupción es Zegarra *vs.* Perú (2014),¹⁰¹ el cual se basaba en una acusación formulada a la víctima de ser parte de una red de corrupción vinculada con emisión fraudulenta de pasaportes. Es interesante esta sentencia porque se

.....
98 Corte IDH, Caso López Mendoza *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

99 *Ibid.*, párr. 141.

100 *Ibid.*, párr. 146.

101 Corte IDH, Caso Zegarra Marín *vs.* Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 331.

desarrollaron algunos estándares en materia de prueba (la base de la condena era la declaración de los coimputados), presunción de inocencia y deber de motivar. La Corte IDH reiteró los estándares tradicionales en materia de presunción de inocencia, sin hacer excepciones por la naturaleza del caso.¹⁰² Luego, en materia de carga de la prueba, es relevante el criterio que establece la Corte respecto de las declaraciones de los coimputados, ya que este es un medio probatorio que tiene enorme importancia en materia de lucha contra la corrupción, y al efecto señala que este medio de prueba solo puede tener un valor indiciario y no conclusivo y, por tanto, es necesario que los hechos sean corroborados por otros medios probatorios.¹⁰³ En relación con la figura de la inversión de la carga probatoria, la Corte IDH descarta su legitimidad y reitera el principio general de que la carga de la prueba se sustenta en el Estado, quien tiene el deber de probar la hipótesis de la acusación y la responsabilidad penal, por lo que “no existe la obligación del acusado de acreditar su inocencia ni de aportar pruebas de descargo”.¹⁰⁴ Finalmente, en materia de motivación de la sentencia, reitera los principios elaborados en el Caso López Mendoza, en el sentido que es deber de la autoridad estatal desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a los individuos acusados penalmente,¹⁰⁵ y agrega que la falta de una adecuada motivación afecta el derecho a la defensa y la efectividad del derecho a un recurso judicial.¹⁰⁶

Por último, en el Caso Andrade vs. Bolivia (2017),¹⁰⁷ la Corte IDH hace una referencia explícita al impacto que tiene en el análisis del plazo razonable de una investigación el hecho de que esta se dirija contra un funcionario público por supuestos actos de corrupción y el impacto que esto tiene en los derechos políticos, así como el mal uso que puede hacerse de este tipo de denuncias con fines distintos al de luchar contra la corrupción que la Corte califica como “sana” y como “deseable”: la persecución de los delitos contra la administración pública.¹⁰⁸

.....
102 *Ibid.*, párrs. 121-126.

103 *Ibid.*, párrs. 127-135.

104 *Ibid.*, párr. 140.

105 *Ibid.*, párr. 147.

106 *Ibid.*, párr. 157.

107 Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330.

108 “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

* * *

Como vemos, en esta materia la Corte IDH tiene un desarrollo más completo de lo que ha hecho la CIDH. Lo más interesante es que la Corte asume que hay una tensión entre la efectividad de la lucha contra la corrupción y los derechos vinculados a un debido proceso de los que siguen siendo titulares quienes son acusados de actos ilícitos, particularmente, el derecho a ser oído, a un plazo razonable, a la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el deber de motivación. Sin duda, esta tensión se da por la complejidad de las investigaciones en materia de corrupción y la necesidad de darle efectividad, pero sin perder legitimidad.

Sin duda, a futuro este será un tema central para el sistema ya que la lucha contra la corrupción se va incrementando en la región y muchas veces existe la tentación de obtener resultados a “cualquier precio”. En este sentido, se comienza a presentar un debate que tiene ribetes parecidos al de los límites a la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. En efecto, es necesario que el Estado actúe en forma eficiente contra la corrupción y ello implica procesos sancionatorios eficaces, rápidos y transparentes. Asimismo, es necesario que dichos procesos no pierdan legitimidad por violar derechos humanos.

Si bien existe el riesgo de que las personas acusadas de corrupción utilicen los estándares internacionales en busca de impunidad, esto no puede ser óbice para garantizar sus derechos. Obviamente, la discusión sobre el ejercicio de derechos y su restricción debe darse dentro del SIDH. Por ello, en caso de ser necesarias medidas eficaces, como prisión preventiva, límites al derecho de defensa o a la presunción de inocencia, la duración de los procesos, entre otros, estas deben cumplir con los estándares interamericanos, esto es, ser medidas legales, con un objetivo legítimo y necesarias en una sociedad democrática (necesarias, idóneas y proporcionales). Los órganos de control deben ser capaces de evaluar estos requisitos teniendo en consideración la complejidad de los casos de corrupción, su naturaleza secreta, el poder de los involucrados y las expectativas de impunidad de quienes participan en ellas. Ese ejercicio de ponderación será clave para resolver la tensión anotada.

.....

situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme 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” (*ibid.*, párr. 178).

Violación de derechos humanos y corrupción.

La importancia del contexto

Las referencias indirectas y directas más constantes de la Corte sobre el tema corrupción se dan al describir los contextos de las violaciones de derechos humanos. A continuación, se pasa a reseñar algunos casos donde se ha hecho esta relación y se verifica si la Corte ha evolucionado en su acercamiento y lo ha explicitado de forma más clara durante los últimos años.

La Corte se ha referido al tema de la corrupción dentro de la preocupación por las personas defensoras de derechos humanos. En el Caso *Fleury y otros vs. Haití* (2011), la Corte describió el contexto de violencia en el que desarrollaba sus labores de defensa de derechos humanos la víctima, e incorporó a su análisis el hecho de que la policía se vio implicada en casos de corrupción, abuso de poder, narcotráfico y otras actividades criminales, entre otras.¹⁰⁹

Asimismo, hay referencias al tema de corrupción en casos relativos a la situación carcelaria. Por ejemplo, en la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador* (2004), la Corte consideró violada la integridad personal de la víctima, entre otras cosas, por su encierro en “la cuarentena” y dio por probado que la víctima tuvo que pagar para obtener comida;¹¹⁰ en otras palabras, sin mencionar explícitamente que la extorsión constituyera por sí misma una violación de derechos convencionales, la Corte consideró el encierro bajo esas condiciones, en cuanto implicaba estándares de vida incompatibles con la dignidad humana y constituía una violación a la integridad personal.¹¹¹ En una situación análoga, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs. Paraguay* (2004),¹¹² la Corte explicitó la relación entre corrupción y violación de derechos convencionales. En este, la Corte constató la existencia de “condiciones inhumanas y degradantes”, las cuales exponían a los niños a “un clima de violencia, inseguridad, abusos, corrupción, desconfianza y promiscuidad, donde se imponía la ley del más fuerte con todas sus consecuencias”, que derivó en una violación

.....

109 Corte IDH, Caso *Fleury y Otros vs. Haití*, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 236, párr. 76.

110 Este es un sistema de pagos por espacios donde concurren internos y personal a cargo de los recintos penitenciarios, ver Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, párr. 76, letra f).

111 *Ibid.*, párr. 151.

112 Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 112.

de la integridad personal de los niños¹¹³ y determinó que “estas circunstancias [incluyendo el clima de corrupción], atribuibles al Estado, son constitutivas de una violación del artículo 5 de la Convención Americana respecto de todos los internos que permanecieron en el Instituto”.¹¹⁴

En el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006),¹¹⁵ la Corte IDH identificó un retraso injustificado en el proceso de reivindicación territorial que la comunidad peticionaria había iniciado con arreglo a la legislación nacional. De acuerdo con el testimonio de uno de los peritos, el sistema de restitución de tierras padecía prácticas deshonestas en la determinación de precios y selección de terrenos, que resultaban “en la compra de tierras no reclamadas y la sobrefacturación de otras”.¹¹⁶ Asimismo, se verificaron prácticas deshonestas por parte de la empresa, que había obtenido firmas de comuneros en forma fraudulenta con el objeto de desacreditar el procedimiento de restitución.¹¹⁷ Pese a esto, en su sentencia, la Corte se abstuvo de hacer un examen explícito del modo en que la corrupción del sistema de restitución de tierras afectaba a la comunidad peticionaria y su derecho a la propiedad comunitaria. Donde la Corte sí estableció el vínculo entre prácticas corruptas de una empresa (intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos o negociaciones individuales) y la violación del derecho a la consulta libre de comunidades indígenas por parte del Estado (en tanto responsable del proceso de participación de la comunidad), es en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012).¹¹⁸

Un caso donde los actos de corrupción se destacan de manera importante para el análisis de los hechos y también para configurar las violaciones de derechos es Gutiérrez y Familia vs. Argentina (2013).¹¹⁹ Este caso trató sobre el asesinato de un policía argentino presuntamente a manos de otro, cuando el primero investigaba un caso de corrupción, narcotráfico y asociación ilícita de funcionarios públicos. En la investigación de dicho homicidio

.....
113 *Ibid.*, párr. 170.

114 *Ibid.*, párr. 171.

115 Corte IDH, Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146.

116 *Ibid.*, párr. 34.i.

117 *Ibid.*, párr. 73.31.

118 Corte IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245, párrs. 186, 194 y 203.

119 Corte IDH, Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 271.

la Corte dio por probado que ocurrieron varias irregularidades y obstaculizaciones, entre las que sobresalen amenazas e intimidaciones a testigos y funcionarios judiciales e incluso el asesinato del comisario que estuvo a cargo de la investigación desde su inicio; asimismo, ya en su análisis sustantivo, estableció que las denuncias de soborno y robo de evidencia configuraron irregularidades que afectaron la investigación y que redundaron en infracciones al debido proceso.¹²⁰

Un ejemplo del modo en que el contexto de corrupción estructural puede afectar directamente la vigencia de los derechos humanos son los casos que ha conocido la Corte sobre adopciones ilegales. Un primer acercamiento se dio en el Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina (2012),¹²¹ en el cual se denunció al Estado por la entrega en adopción de la hija del señor Fornerón, contra su voluntad y pese a los esfuerzos desplegados por este para evitarlo. Los peticionarios alegaron que los hechos se enmarcaban en un contexto generalizado de corrupción y tráfico de niños;¹²² empero, la Corte no se pronunció sobre el contexto, dado que el hecho no había sido establecido en el informe de la Comisión. Mas, sí consideró que la demora en la tramitación de los juicios de guarda y visitas fue relevante porque dicha dilación fue usada como argumento para otorgar la adopción pese a la oposición paterna.¹²³

En un caso reciente sobre el mismo tema, Ramírez Escobar *vs.* Guatemala (2018), la Corte fue por primera vez mucho más explícita en el contexto de corrupción en el que se desarrollaron prácticas de adopciones ilegales en dicho país, y señaló cuáles son las obligaciones del Estado en materia de lucha contra la corrupción:

La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción. No obstante, como se mencionó previamente, el sistema de protección de la niñez y los mecanismos de adopción vigentes en Guatemala en la época de los hechos, lejos de cumplir estas obligaciones, proporcionaron espacios para que tuviera lugar y permitieron la formación y mantenimiento de las redes de adopciones ilegales en Guatemala. El presente caso podría reflejar una materialización de este contexto. La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro

.....

120 *Ibid.*, párr. 121.

121 Corte IDH, Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, Sentencia 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 242.

122 *Ibid.*, párr. 18.

123 *Ibid.*, párr. 76.

de un marco de corrupción, en el que un conjunto de actores e instituciones públicos y privados operaban bajo el manto de la protección del interés superior del niño, pero con el real propósito de obtener su propio enriquecimiento. En este sentido, la maquinaria que se montó y toleró alrededor de las adopciones ilegales, la cual afectaba de manera particular a sectores pobres, tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos.¹²⁴

Adicionalmente, en la misma sentencia, la Corte formuló algunas apreciaciones generales sobre el tema de corrupción que son inéditas en su jurisprudencia. En efecto, el Tribunal “destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables”;¹²⁵ y, además, plantea que los alcances negativos de la corrupción no son solo individuales, sino también institucionales (democracia y Estado de derecho) ya que afectan la confianza en las instituciones.¹²⁶

Es posible observar un proceso donde el tema de corrupción va adquiriendo una mayor relevancia en el análisis de contexto (tanto en el impacto general de la corrupción en la democracia y los derechos humanos como en la configuración de los hechos que enmarcan los elementos fácticos de la responsabilidad internacional del Estado) y también como un elemento que se va considerando parte de los ilícitos convencionales atribuibles a agentes estatales. Es evidente que en varios de estos casos pudo hacerse el análisis que ya planteamos en materia de casos individuales ante la Comisión, esto es, establecer el vínculo directo entre la corrupción y el incumplimiento de las obligaciones generales de los Estados (arts. 1.1 y 2 CADH) y, sobre esa base, configurar el daño considerando el fenómeno de corrupción como elemento del ilícito (fuente el incumplimiento) y disponer medidas de reparación que se hagan cargo de las medidas de prevención, corrección y transformación de dicha situación de corrupción que ha permitido, generado o facilitado la violación de derechos humanos.

.....
 124 Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351, párr. 242.

125 *Ibid.*, párr. 241.

126 *Idem.*

Asimismo, parece evidente que la Corte tiene pendiente refinar su análisis en cuanto al rol de los contextos de corrupción estructural y las medidas de reparación, como sí lo ha hecho en materia de discriminaciones estructurales de derechos humanos.¹²⁷ Una vez establecido el contexto de corrupción y su vínculo con los incumplimientos convencionales, el análisis de la Corte debería elevar el estándar de escrutinio acerca de las medidas que ha adoptado la autoridad estatal para erradicar dichas prácticas y disponerlas como parte de las medidas de reparación integral con vocación transformadora.¹²⁸

En esta materia, el elemento probatorio es fundamental. Para acreditar los contextos de corrupción los órganos de control deben tener en cuenta los elementos que permiten visibilizarla, estos son: indicadores internacionales (Index de Transparencia Internacional, Informes Banco Mundial), informes de organismos internacionales (Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción - Mesicic), Informes de organismos de derechos humanos (Consejo Derechos Humanos, Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entre otros), informes de prensa debidamente documentados, resoluciones judiciales, entre otros. Asimismo, es relevante la descripción de los hechos para ver formas de trato diferenciado que no sean justificadas sino por formas ilícitas de conducta de los agentes estatales, al respecto, los privilegios y las preferencias son un buen indicador de posibles situaciones de corrupción.

A modo de síntesis

Es evidente que la Corte IDH ha abordado el tema de la corrupción como uno de los elementos relevantes para la resolución de los casos que son sometidos a su conocimiento, pero aún no hay un desarrollo sistemático sobre la materia.

Los principales desafíos que tiene la Corte en esta materia son de orden hermenéutico. Por una parte, interpretar los derechos relacionados con materia de corrupción asumiendo el rol que dicho fenómeno juega en el goce y ejercicio de los derechos humanos; no es posible interpretar los derechos sin visibilizar las formas en que la corrupción los impacta y, a la vez, el rol que estos mismos derechos tienen en la lucha contra la corrupción. En materia de obligaciones generales, se deben hacer esfuerzos más sistemáticos

.....
127 Sobre este tema, ver Nash, *et al.*, 2004.

128 Sobre reparaciones en casos de violaciones estructurales de derechos humanos, ver Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205, párr. 450, y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 267.

por parte de la Corte IDH para asumir el impacto de la corrupción en la interpretación que debe hacer dicho tribunal en materia de respeto, garantía y no discriminación; asimismo, este debe ser un tema al analizar los límites legítimos de derechos humanos. Se debe profundizar el impacto que tiene la lucha contra la corrupción en los derechos de quienes son acusados de corrupción; esta materia irá en aumento y la Corte debe compatibilizar una eficaz lucha contra actos de corrupción y la legitimidad del sistema; para ello, el análisis de restricción de derechos y cómo opera cada uno de sus elementos en casos de corrupción será fundamental. El contexto de corrupción debe ser asumido para el ejercicio de análisis de casos tal como se ha hecho en otras materias, como la discriminación. En cuanto a la corrupción como fuente de violaciones de derechos humanos, este es un paso que aún la Corte IDH tiene pendiente y que debe dar para así dotar a la respuesta internacional, particularmente en materia de reparaciones, de la integralidad que la compleja realidad de la región le exige.

Desafíos para el SIDH en materia de corrupción

Como se ha sostenido en este estudio, el fenómeno de la corrupción en la región tiene un impacto gravemente negativo en materia de derechos humanos. Por ello, es interesante que este fenómeno se esté asumiendo en todas sus dimensiones por parte de los órganos de control y protección de derechos humanos en el sistema interamericano.

Este proceso de convergencia creciente entre la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción debe dar paso a la adopción de medidas eficaces tanto a nivel de los organismos de derechos humanos como al nivel de los Estados miembros.

Así, los organismos de derechos humanos del SIDH deberían:

- Asumir el fenómeno de la corrupción como un elemento de análisis en materia de control y protección de derechos humanos.
- Considerar la situación de corrupción al momento de analizar las situaciones más graves de violaciones de derechos humanos de que da cuenta el capítulo IV del Informe Anual de la CIDH.
- Considerar la situación de corrupción al momento de realizar visitas o informes de países. Se debe analizar la forma en que la corrupción está impactando las instituciones democráticas, el Estado de derecho y el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.
- Considerar la situación de corrupción estructural en la región al momento de estudiar informes temáticos y resoluciones.

- Considerar la situación de corrupción al momento de dar prioridad a la tramitación de casos individuales y solicitudes de audiencias temáticas.
- Visibilizar las formas en que la corrupción está violando derechos humanos y aquellas situaciones en las que es un elemento coadyuvante para que estas se produzcan. Para ello es necesario que en materia de casos individuales se establezca el vínculo entre corrupción y responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de los derechos humanos; también y sobre todo, en casos de responsabilidad de los Estados por actos de terceros.
- Establecer criterios probatorios que permitan efectivamente dar cuenta del impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos.
- Tener especial preocupación por visualizar a las víctimas de la corrupción en todos los mecanismos de control y protección de derechos humanos, a fin de que se adopten las medidas de reparación integral conforme a los estándares internacionales en la materia.
- En materia de protección de personas en situación de riesgo, considerar el fenómeno de la corrupción como un agravante para determinar medidas cautelares (CIDH) y provisionales (Corte IDH) de personas encargadas de luchar contra la corrupción (jueces/zas, fiscales, policías), personas que la denuncian e investigan (defensores de derechos humanos, medioambientalistas, periodistas, entre otros) y de quienes denuncian actos que conocen o en los que han intervenido o son testigos de los mismos.

Obviamente, para que estas medidas tengan un real impacto se requiere que los órganos políticos de la OEA se comprometan efectivamente en la lucha contra la corrupción. Es necesario que se dé un nuevo rol a la Mesicic, mucho más activo en el control y la denuncia; es necesario que el Secretario General se comprometa realmente con los esfuerzos de control internacional (MACCIH en Honduras); que la Asamblea General decida revisar y elaborar una nueva Convención Interamericana contra la Corrupción que ponga al día el texto de 1994. Además, se requiere que los Estados asuman este como un problema prioritario y le den recursos al sistema para que pueda actuar y no obstaculicen las labores de la CIDH y la Corte IDH en materia de lucha contra la corrupción.

Además del Informe sobre Corrupción y Derechos Humanos en las Américas que está elaborando la CIDH, se puede pensar en la creación de una Relatoría sobre Corrupción y Derechos Humanos (o extender la Relatoría sobre Libertad de Expresión en este sentido) y los Estados deberían aportar

el financiamiento suficiente. Un instrumento de este tipo daría cuenta de la relevancia que tiene el tema y permitiría dar prioridad a la materia, elaborar informes sobre materias específicas, apoyar los informes de países y temáticos, dar seguimiento a los casos, apoyar la protección de las personas en riesgo, generar promoción, entre otras medidas urgentes que hoy no están siendo asumidas por el sistema interamericano de derechos humanos.

Conclusiones

A partir de una revisión del acercamiento de la CIDH y la Corte IDH al tema de corrupción es posible ver una creciente convergencia de preocupación institucional entre ambos ámbitos. El tema de la corrupción dejó de ser una cuestión ajena a los derechos humanos y se plantean cada vez más fluidamente los impactos que este fenómeno tiene en la plena vigencia de estos derechos. Considerar el tema de la corrupción dentro del contexto de las violaciones de derechos humanos o como parte de las violaciones mismas han sido los caminos explorados a nivel interamericano.

Asimismo, los límites que encuentra la lucha contra la corrupción en los derechos humanos han sido un tema de preocupación tanto de la Corte IDH como de la CIDH. Sin duda, el riesgo de deslegitimar la necesaria lucha contra la corrupción al no respetar los derechos de las personas acusadas es una cuestión relevante de la que se debe ocupar cada sistema de protección de derechos humanos.

A la fecha, el acercamiento de los órganos de protección de derechos humanos al tema de la corrupción ha ido *in crescendo*, y es posible notar cómo se incorpora al análisis del contexto en el que se dan las violaciones de derechos humanos en los Estados; en cambio, en el análisis de los derechos todavía no hay una interpretación que incorpore la variable de corrupción al momento de fijar el contenido y alcance de los derechos o las obligaciones generales, salvo en materia de derechos de las personas acusadas de corrupción; en cuanto a las medidas que se disponen, estas aún son muy generales (particularmente en la CIDH). En un continente donde la corrupción tiene características estructurales es completamente injustificable que aún no existan casos donde los Estados hayan sido condenados por actos de corrupción por parte de sus agentes. Esto ha impedido relevar el fenómeno de corrupción y su impacto en los derechos humanos, no ha permitido visibilizar a las víctimas y, en consecuencia, que se siga viendo este como un fenómeno “con víctimas”; y, finalmente, tampoco ha permitido desarrollar un cuerpo

coherente de medidas de reparación enfocadas en el fenómeno de la corrupción, sus causas y factores facilitadores.

Por otra parte, el proceso de convergencia de ambos temas tiene un enorme potencial que en los próximos años debería verse reflejado en temas relevantes para la protección de derechos humanos en la región, como son las medidas de reparación y, particularmente, el rol que pueden jugar las garantías de no repetición como un instrumento de lucha internacional contra la corrupción; el papel que puede tener la corrupción como un criterio relevante para priorizar casos ante la CIDH, para la concesión de medidas cautelares y provisionales, entre otros, son cuestiones que seguramente estarán en la agenda interamericana. Además, en el futuro, sería deseable un litigio (estratégico) en este sentido para permitirles a los órganos del SIDH ver, analizar y juzgar estos tipos de actos de corrupción como violaciones (directas o indirectas) de derechos humanos.

Para que este proceso de convergencia se consolide, es necesario profundizar en una concepción amplia de corrupción, develar las consecuencias que tiene el fenómeno para los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho y comenzar a estudiar con mayor profundidad las consecuencias que este fenómeno tiene en la determinación de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos y, particularmente, respecto de grupos en situación de discriminación. Aquí el vínculo entre la corrupción estructural y las violaciones estructurales de derechos humanos sería relevante tanto para el análisis de los casos como para las medidas de reparación.

Bibliografía

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º periodo de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

PETERS, Anne, "Corruption and Human Rights", *Working Serie Papers* 20, Basel Institute on Governance, Basilea.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015.

NASH, *et al.*, 2004.

Resoluciones Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 24 de septiembre de 1998, OEA/Ser/L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1.
- CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 26 de febrero de 1999, OEA/Ser/L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1.
- CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 9 de marzo de 2001, OEA/Ser/L/VII.110. Doc. 52.
- CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Capítulo VI: “Tercer informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias”, 16 de abril de 2002, OEA/Ser/L/V/II.114. Doc. 5 rev.
- CIDH, Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002, 7 de marzo de 2003, OEA/Ser/L/V/II.117. Doc. 1 rev. 1.
- CIDH, Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala – 2003, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 5 rev. 2.
- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 4 rev. 2.
- CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Capítulo V: “Quinto informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias. Visita *in loco* a México”, 29 de diciembre de 2003, OEA/Ser/L/V/II.118. Doc. 70 rev. 2.
- CIDH, Haití: ¿Justicia frustrada o Estado de Derecho? Desafíos para Haití y la comunidad internacional, 26 de octubre de 2005, OEA/Ser/L/V/II.123. Doc. 6 rev. 1.
- CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Capítulo IV “Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Ecuador”, 27 de febrero de 2006, OEA/Ser/L/V/II.124. Doc. 7.
- CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estudio especial sobre la situación de las investigaciones sobre el asesinato de periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con su actividad periodística, Periodo 1995-2005, 8 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131. Doc. 35.
- CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 19 de julio de 2008, OEA/Ser/L/V/II.132. Doc. 14.
- CIDH, Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia, 27 de marzo de 2009, OEA/Ser/L/V/II.134. Doc. 66.

- CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Capítulo II: “Administración de Justicia”, 7 de agosto de 2009, OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40.
- CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 54.
- CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 56/09.
- CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 31 de diciembre de 2009, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 57.
- CIDH, La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, 5 de diciembre de 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 62.
- CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011. Volumen II: “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, 30 diciembre 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 69, v.2.
- CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 31 diciembre 2011, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 64.
- CIDH, Situación de los derechos humanos en Honduras, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 42/15.
- CIDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc 43/15.
- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc 45/15.
- CIDH, Situación de los derechos humanos en México, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc 44/15.
- 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, 5 de diciembre de 2013, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44.
- CIDH, Zonas Silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión, 15 de marzo de 2017, OEA/Ser/L/V/II.164. CIDH/RELE/INF. 16/17.
- CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos, 29 de diciembre del 2017, OEA/Ser/L/V/II. Doc 207/17, recomendación 21.
- CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II.164. Doc 147.

CIDH, Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de País, 31 de diciembre de 2017, OEA/Ser/L/V/II Doc 209/17.

Jurisprudencia Internacional (CIDH)

CIDH, Informe 50/99, Caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), 13 de abril de 1999, párr. 52.

CIDH, Informe 130/99, Caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), 19 de noviembre de 1999, párr. 58.

CIDH, Informe 7/16, Caso 12.213, Aristeu Guida da Silva y Familia (Brasil), 13 de abril de 2016

CIDH, MC-433-14, Claudia Escobar y otros respecto de Guatemala.

CIDH, MC-125-13, Iris Yassmín Barrios Aguilar y otros respecto de Guatemala.

CIDH, MC-497-16, Thelma Esperanza Aldana Hernández y familia respecto de Guatemala, 22 de julio de 2016.

CIDH, Resolución sobre Medida cautelar 431-17, Gloria Patricia Porras y familia respecto de Guatemala, 29 de agosto de 2017.

CIDH, Resolución sobre Medida cautelar 351-16 y 366-16, Miguel Ángel Gálvez y familia respecto de Guatemala, 21 de agosto de 2016.

CIDH, Audiencia “Corrupción y derechos humanos: el rol de los sistemas de justicia en América Latina”, periodo de sesiones 171, 15 de febrero de 2019.

CIDH, Audiencia “Rol de la Cicig en la lucha contra la corrupción y su impacto en la situación de los derechos humanos en Guatemala (de oficio)”, periodo de sesiones 169, 01 de octubre de 2018.

CIDH, Audiencia pública sobre “Derechos humanos y denuncias sobre impunidad y corrupción en República Dominicana”, periodo de sesiones 164, 07 de septiembre de 2017.

CIDH, Audiencia “Denuncias sobre corrupción en las instituciones públicas en Honduras”, periodo de sesiones 156, 22 de octubre de 2015.

CIDH, Audiencia “Procesos de personas acusadas de corrupción en Perú”, periodo de sesiones 123, 17 de octubre de 2005.

CIDH, Resolución 1/17, “Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción”, de 12 de septiembre de 2017.

CIDH, Resolución 1/18, “Corrupción y derechos humanos”, de 02 de marzo de 2018.

Jurisprudencia internacional***(Corte Interamericana de Derechos Humanos)***

CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107.

CORTE IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 111.

CORTE IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 112.

CORTE IDH, Caso Tibi *vs.* Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114.

CORTE IDH, Caso Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146.

CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151.

CORTE IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205.

CORTE IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219.

CORTE IDH, Caso López Mendoza *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.

CORTE IDH, Caso Fleury y Otros *vs.* Haití, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 236.

CORTE IDH, Caso Atala Rizzo y niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239.

CORTE IDH, Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, Sentencia 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 242.

CORTE IDH, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245.

CORTE IDH, Caso Mémoli *vs.* Argentina, Excepciones preliminares, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 265.

CORTE IDH, Caso Gutiérrez y Familia *vs.* Argentina, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 271.

CORTE IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318.

CORTE IDH, Caso Andrade Salmón *vs.* Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330.

CORTE IDH, Caso Zegarra Marín *vs.* Perú, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 331.

CORTE IDH, Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.

Esta obra examina el brote recurrente de corrupción en Latinoamérica desde una perspectiva basada en los impactos que tiene este fenómeno sobre las bases del Estado de derecho y el pleno respeto de los derechos humanos. Los aportes son el resultado de un análisis valioso de reconocidos autores latinoamericanos de diferentes países a partir de una reflexión del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Parte del análisis de los autores reconoce la corrupción, no como mero catalizador, sino también como causa principal de algunas violaciones de derechos humanos y erosiones del Estado de derecho, una preocupación no consolidada aún, pero con una clara evolución reciente desde la lupa del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Con base en una vista integral y un panorama regional de la corrupción, el libro analiza los principales casos de corrupción en algunos países latinoamericanos y, a partir de una comparación de las medidas adoptadas, pretende sugerir estrategias de fortalecimiento del Estado de derecho y goce de los derechos humanos que pueda, a la vez, aportar material de debate técnico al SIDH y a la lucha contra este flagelo en la región.